

ESSAIS DE TÉLÉOLOGIE JURIDIQUE

II

LES MOBILES
DANS LES ACTES JURIDIQUES
DU DROIT PRIVÉ

PAR

LOUIS JOSSERAND

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON



PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

—
1928

AVIS

Ce livre constitue le prolongement et l'achèvement du précédent (1) comme lui, il nous montre en action les ressorts de la volonté, tendus vers un but les mêmes mobiles que nous avons rencontrés à la base de l'exercice des droits auquel ils impriment, suivant leur valeur ou leur démerite, un caractère licite ou abusif, président aussi à l'enfantement et à la naissance des actes juridiques sur la destinée desquels ils font sentir leur toute puissance, le même contrat étant valable ou annulable ou nul selon que la volonté des parties ou de l'une d'elles a été sollicitée par tel ou tel ressort psychologique, selon qu'il est le produit de telle ou telle volition et qu'il est orienté vers tel ou tel but, correct ou prohibé : de même que les droits doivent être exercés dans un certain plan, conformément à leur esprit, de même les catégories juridiques que la loi met à la disposition des particuliers pour y inclure leurs volontés obligatoires ne doivent être utilisées qu'à bon escient, sous l'impulsion de mobiles appropriés et en vue d'un but licite.

Ainsi s'affirme l'harmonie juridique ; ainsi devient possible la cohésion de la règle de droit avec son application ainsi droits et actes juridiques sortent du

1. *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dites de l'abus des droits.* Librairie Dalloz, 1927.

domaine de l'abstraction à la fois et de celui de l'anarchie, pour se réaliser socialement, conformément à leur essence intime et en fonction de leur finalité ils ne sont plus seulement inscrits dans les codes ou dans les grimoires, sur le papier, mais ils deviennent une réalité vivante et bienfaisante c'est le but qui crée le droit ; c'est la fin poursuivie qui justifie les moyens employés, et le droit tout entier, public ou privé, interne ou international, se ramène à une vaste téléologie sociale.

Nous voulions signaler ce lien qui unit nos deux ouvrages et porter ainsi le témoignage de l'unité de la conception maîtresse dont ils procèdent l'un et l'autre.

Lyon, avril 1928.

L. JOSSERAND.

LES MOBILES

DANS LES ACTES JURIDIQUES DU DROIT PRIVÉ

INTRODUCTION

1. — Etudier les mobiles, c'est pénétrer jusqu'à l'essence même du droit, jusqu'à la cause profonde des actes juridiques ; car les mobiles ne sont autres, nous l'établirons, que les ressorts de la volonté qui est elle-même l'animatrice du droit individuelle ou collective, privée ou publique, on la retrouve dans toutes les innombrables manifestations de la règle sociale obligatoire ; et toujours elle est déclenchée par les mobiles, de même qu'elle est invariablement orientée vers un but.

Ces trois notions de *volonté*, de *mobile* et de *but* représentent vraiment le *substratum* du droit et offrent un caractère d'indivisibilité en ce sens que la première assure la liaison entre les deux autres : le mobile tend vers le but par l'intermédiaire et sous l'action de la volonté qui s'emploie à cet effet : pas de mobiles sans but ; pas de but qui ne soit postulé par un mobile et dont la réalisation n'implique un effort de volonté.

C'est qu'en effet la science juridique est d'ordre essentiellement téléologique ; elle est dominée de bout en bout par le concept du but et, du même coup, par celui du mobile qui ne saurait en être séparé. Comme l'a proclamé Ihering (1), le droit n'est pas un but en soi, mais seulement un moyen d'atteindre un but qui lui est extérieur, à

(1) IHERING, *Le but dans le droit*, trad. de MEULENAERE (sous le titre « *L'évolution du droit* »).

savoir le maintien, la conservation et le développement de la société. Le monde moral obéit à la loi de finalité au lieu que le monde physique est régi par la loi de causalité, différence essentielle, irréductible au dire de Ihering, et qui se traduit sous sa plume par ces deux formules lapidaires « Point d'action sans but » ; « point d'effet sans cause », la première valable pour l'humanité, la seconde pour le monde matériel qui l'entoure (1).

2. — Il nous apparaît cependant que Ihering est allé trop loin et qu'il a forcé l'opposition entre le monde matériel et le monde moral lorsqu'il a affirmé que celui-ci était régi exclusivement par la loi de finalité ; sans doute, nos actions sont accomplies en vue d'un but à atteindre, en fonction de l'avenir, et c'est la part de la finalité ; on peut dire, en ce sens, que « l'avenir renferme le motif pratique de la volonté » (2) ; mais bien souvent nos actions sont en même temps la résultante de faits, de circonstances, de phénomènes antérieurs par quoi elles se rattachent au passé, et c'est la part de la causalité. Si, par exemple, j'achète une automobile, je me propose évidemment un but en dehors duquel mon acte serait incompréhensible et qui joue le rôle de cause finale ; mais, d'autre part, ma décision m'a été dictée par les considérations ou des événements qui jouent le rôle de cause efficiente la voiture que je possédais était hors d'usage, ou elle n'était plus suffisamment moderne, ou bien mes ressources ont augmenté, ou encore ma nouvelle profession rend une telle acquisition utile ou indispensable. Si je l'ai réalisée, ce n'est donc pas seulement « afin que » ; c'est aussi « parce que » ; mon acte a des racines dans le passé en même temps qu'il plonge, par ses virtualités, dans l'avenir. En réalité, les deux lois de causalité et de finalité se pénètrent,

(1) IHERING, *op. cit.*, p. 2.

(2) IHERING, p. 3.

se conjuguent constamment l'une l'autre ; le même acte, tout en relevant du passé, postule l'avenir (1).

La volonté et le désir des hommes ne s'exercent que dans les limites tracées par les événements, par la nature, par le destin. Ihering, dans la construction à laquelle il procède si magistralement, fait une trop large place, voire une place exclusive au libre arbitre ; trop influencé par les doctrines de Kant et de Schopenhauer, il semble croire avec celui-ci que c'est notre cerveau qui crée souverainement le monde, lequel ne serait qu'une représentation de notre pensée. En réalité, des échanges incessants s'opèrent entre le monde interne et le monde extérieur ; l'un réagit sur l'autre, et réciproquement ; et il y a toujours une part à faire, si réduite soit-elle, au déterminisme, aux causes efficientes, à la loi dite de la causalité.

3. — Sous le bénéfice de cette très importante réserve, il est bien vrai que toutes nos actions tendent à un but et qu'elles sont donc inspirées par des mobiles, même les plus insignifiants et si peu développée que puisse y être notre liberté de détermination, même les actes de l'enfant, du faible d'esprit ou de l'aliéné. Les ressorts de la volonté peuvent bien être distendus ou faussés, mais ils existent toujours ; sans eux, l'acte ne se fût pas produit. Et, en ce

(1) IHERING, qui a prévu l'objection, répond que, dans la réalité, la prétendue cause efficiente n'est qu'un but transposé ; le *parce que* n'est, pour lui, qu'un *pour* déguisé (p. 13) ; car, on pourrait dire tout aussi bien que j'achète une voiture afin de remplacer celle qui est usagée ou afin d'exercer ma profession, etc. Il n'en reste pas moins vrai que les facteurs en jeu se réfèrent d'abord au passé ; on ne peut pas, par une transposition injustifiée, les projeter purement et simplement dans l'avenir. Il est bien vrai que le même fait peut jouer les deux rôles de cause efficiente et de cause finale, mais successivement plutôt que simultanément. Si ma voiture n'était pas hors d'usage, l'idée ne me serait pas venue à l'esprit de la remplacer par une autre. Les deux lois de causalité et de finalité se pénètrent sans s'annihiler et sans se confondre.

sens et dans cette mesure, on peut dire que « dans le domaine du droit, rien n'existe que par le but et en vue du but; le droit tout entier, n'est qu'une unique création du but. » (1).

On comprend donc que le concept des mobiles, lui-même indissolublement lié au concept du but, ait inquiété et passionné juristes et philosophes, et on s'explique l'abondance croissante de la littérature sur des problèmes tels que celui de la cause ou de l'erreur dans les contrats, problèmes qui ressortissent au sujet plus vaste dont nous entreprenons l'étude.

4. — *Plan.* — Nous commencerons par définir les mobiles, en les différenciant de la volonté et de l'intention, ainsi que du but, et en les situant dans le domaine des valeurs d'ordre psychologique.

Puis, dans une deuxième partie, de beaucoup la plus substantielle, nous rechercherons quelle est l'influence des mobiles dans le domaine du droit privé, quel rôle leur est dévolu.

Donc, deux rubriques essentielles *définition et classification*; puis, *rôle des mobiles*.

(1) IHERING, *op. cit.*, p. 291.

PREMIÈRE PARTIE

**DÉFINITION ET CLASSIFICATION
DES MOBILES**

Leur place dans l'échelle
des valeurs psychologiques.

5. — Nous sommes sollicité, au seuil même de cette étude, par une difficulté qui, pour être formelle, n'en intéresse pas moins le fond même du sujet ; nous devons, avant tout autre soin, fixer la terminologie ; du même coup, nous préciserons le domaine de nos investigations, nous ferons apparaître les limites du champ à explorer et nous prendrons implicitement parti sur bien des questions litigieuses car ici, comme en tant d'autres matières, la forme emporte en quelque mesure le fond et il est rigoureusement vrai de dire que la science se ramène à une langue bien faite comme à des classifications rigoureusement établies ; il est des définitions qui valent des solutions.

Or, nous rencontrons, dans ces recherches de téléologie juridique, toute une série de vocables, qui appartiennent d'ailleurs au langage courant, mais qui, du moment qu'on prétend en faire un emploi juridique, veulent être catalogués et précisés : les auteurs parlent non seulement de *mobiles*, mais aussi, et parfois indifféremment de *volonté*, d'*intention*, de *but*, de *cause*, de *motifs* ; autant de notions qui sont contiguës, qui se meuvent dans un même cercle,

qui ont un air de famille, mais qui, à la réflexion, n'apparaissent point comme identiques et interchangeable comment les différencier ? Où trouver la pierre de touche qui permettra de les situer exactement dans l'horizon juridique ?

6. — Pour la découvrir, nous nous adresserons à une branche de la science, particulièrement propice à nos investigations, encore qu'elle ressortisse, non au droit privé, mais au droit public c'est le droit pénal que nous interrogerons, c'est à lui que nous demanderons une direction pour la solution d'un problème qui est cependant d'abord un problème de droit privé. C'est que le droit pénal est la terre d'élection des questions de volonté et de moralité ; il est le droit subjectif par excellence, le droit individualisé. L'incrimination ne va pas sans un élément moral qui, réserve faite des simples contraventions et des rares délits y assimilés, domine le procès et sur lequel s'est exercée la sagacité, voire la subtilité des criminalistes qui se sont évertués à préciser les concepts de la *culpabilité*, de la *responsabilité*, de l'*imputabilité*, et qui ont été amenés ainsi à se préoccuper de la *volonté*, de l'*intention criminelle* et des *mobiles* auxquels l'agent a pu obéir en commettant l'acte qui lui est reproché. Ces auteurs se sont livrés, à cet effet, à un examen psychologique extrêmement poussé de la volonté, des mobiles qui la mettent en mouvement, des buts vers quoi elle tend. Sans doute, cette volonté qu'ils dissèquent, c'est la volonté criminelle ; mais la terminologie qu'ils consacrent, les classifications qu'ils établissent ont une valeur générale l'analyse très fine qu'ils ont faite de la volonté vaut, sinon dans toutes ses conclusions, au moins en elle-même, pour toutes les disciplines, d'ordre public ou d'ordre privé ; car la volonté humaine est une ; elle présente, à côté des singularités inhérentes aux différents

milieux dans lesquels elle s'affirme, des caractères spécifiques invariables ; elle se met en mouvement, elle se développe et elle aboutit suivant des lois uniformes. Et nous sommes donc fondé à utiliser, pour ce qui est du droit privé, les résultats obtenus dans le domaine du droit criminel, sauf ensuite à creuser plus particulièrement tels ou tels sillons, à procéder à un travail d'adaptation rendu nécessaire par la diversité des domaines explorés.

7. — *Le droit pénal* (1). — Pour décrire l'analyse psychique à laquelle il est procédé dans l'ordre du droit pénal, nous raisonnerons sur une espèce précise un individu tire un coup de fusil ; une personne tombe, mortellement atteinte. Voilà un fait, simple et brutal, qui s'offre à l'examen du criminaliste. Lorsque celui-ci veut résoudre la question de savoir s'il y a infraction à la loi pénale, et quelle sorte d'infraction, lorsqu'il veut déterminer la moralité de l'acte, il doit élucider plusieurs points.

D'abord et avant tout, il s'agit de savoir si l'acte a été accompli volontairement. Il est possible, en effet, que le coup soit parti par mégarde, alors que l'agent faisait jouer le mécanisme de son arme qu'il ignorait peut-être avoir été chargée, ou encore il se peut qu'un choc, le contact avec une branche ait exercé une pression sur la détente ; en pareille occurrence le coup est parti involontairement ; la volonté de l'agent ne saurait être incriminée et la moralité de l'acte s'en ressent profondément comme aussi la sanction peut-être y a-t-il eu homicide par imprudence, mais l'inculpation de meurtre est à écarter ; l'agent n'encourra ni la peine capitale, ni des peines criminelles même réduites ; seules, les peines correctionnelles prévues dans

(1) Nous nous sommes inspiré principalement, dans les développements qui vont suivre, du *Précis de droit criminel* de M. R. GARRAUD, dont la 14^e éd. a été donnée avec la collaboration de M. P. GARRAUD ; nos 76 et s.

l'article 319 du code pénal lui seront applicables, et il pourra donc en être quitte pour une simple amende. Telle est l'importance théorique et pratique de cette première recherche qui porte sur la volonté proprement dite, *stricto sensu*, laquelle se réfère à un acte purement matériel, le coup de fusil, et peut être défini la volition envisagée par rapport à un acte et abstraction faite de ses conséquences.

Supposons que cette première phase de l'enquête ait établi le caractère volontaire de l'acte incriminé l'agent a bien voulu décharger son arme sur la victime. Alors, une nouvelle analyse s'impose ; il faut aller plus avant dans le domaine de la volonté *lato sensu* ; il faut s'inquiéter des résultats que l'agent attendait de son acte, du *but* qu'il se proposait d'atteindre ; il faut pénétrer jusqu'à son *intention*, c'est-à-dire jusqu'à quoi tendait sa volonté. Recherche plus délicate que la précédente, puisque avec elle on s'éloigne du fait matériel pour pénétrer davantage dans le domaine de la moralité ; recherche aussi importante, car, selon les conclusions auxquelles on aboutira, l'infraction revêtira plus ou moins de gravité. Peut-être l'accusé se proposait-il seulement de blesser sa victime, et alors il sera poursuivi pour coups et blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner, ce qui l'expose à des peines déjà sévères et jusqu'aux travaux forcés à temps (art. 309, c. pén.) ; peut-être son dessein était-il de tuer, auquel cas il encourt les travaux forcés à perpétuité ou la peine capitale suivant que son acte était ou non prémédité (art. 302 et s.). Selon qu'il se proposait tel ou tel but, qu'il poursuivait telle ou telle fin, il se verra donc appliquer des peines dont la gamme, extrêmement étendue, va d'une simple amende jusqu'au châ-timent suprême.

Ainsi apparaît le rôle essentiel joué par l'intention qui se présente à nous comme le vouloir appliqué aux résultats immédiats de l'acte incriminé et qui s'oppose donc

nettement à la volonté proprement dite, laquelle s'adapte simplement à l'acte matériel, envisagé en soi. Cette opposition est classique ; elle a été consacrée par le législateur dans l'article 309 du code pénal : « Si les coups portés ou les blessures faites *volontairement*, mais *sans intention* de donner la mort, l'ont pourtant occasionnée... » Les coups et blessures ont bien été portés volontairement, c'est-à-dire en connaissance de cause, avec la volonté de les porter mais ils l'ont été non intentionnellement, en ce sens du moins que le résultat qu'en attendait l'agent n'était point la mort de sa victime ; il a tué « sans intention », car l'événement a dépassé les prévisions de son entendement.

Supposons que l'intention du coupable soit percée à jour ; par exemple, il se proposait de tuer sa victime. Cette conclusion ne constitue pas l'aboutissement des investigations judiciaires ; pénétrant plus avant encore dans le drame, il faut rechercher pourquoi l'agent a voulu donner la mort, comment l'idée de ce crime a pu germer dans son esprit, il faut dégager les *mobiles* de son action. Ils sont susceptibles de varier à l'infini il a pu tuer pour voler, pour hériter, pour se venger, pour se débarrasser d'un témoin gênant, pour défendre sa vie ou son honneur, etc..

Il faut remarquer que les mobiles, à la différence de la volonté et de l'intention, n'influent ordinairement pas sur l'incrimination, du moins légalement par exemple, celui qui tue pour se venger encourt la peine capitale comme celui qui se proposait de dépouiller sa victime. Il est vrai que la règle n'est point absolue il arrive que les mobiles jouent, aux yeux du législateur lui-même, un rôle très atténuant (code pénal, articles 324 et 326) voire absolutoire (art. 328). Mais ce sont là des cas exceptionnels qui présupposent l'existence d'une règle en sens inverse, à savoir l'indifférence des mobiles, non pas pour le jury, pour la Cour ou pour le tribunal, mais pour le législateur, et cela parce que ces mobiles sont extrinsèques

à l'acte lui-même et relèvent du domaine de la conscience : l'homicide commis au cours d'un duel régulier et loyal est assimilable, quant à l'incrimination légale, à tout autre homicide.

Telles sont les trois étapes que nous fait parcourir l'analyse des faits criminels et les trois stades qu'elle dégage dans le mécanisme de la volonté, au sens compréhensif du mot le vouloir, qui se concrétise dans un acte matériel ; l'intention qui est affaire de but, qui démasque les fins poursuivies ; les mobiles qui sont les ressorts du vouloir, qui l'ont mis en action.

8. — Cette analyse doit-elle être limitée au droit pénal ? Ou bien vaut-elle, *mutatis mutandis*, pour les autres branches de la science juridique ? Pour répondre à cette question, nous allons recourir à la méthode expérimentale nous partirons d'un fait ressortissant au droit privé ou au droit public, et nous rechercherons s'il peut servir de point de départ à une analyse psychologique analogue à celle que nous venons d'effectuer pour le droit criminel.

9. — *Le droit civil.* — Raisonnons, ici encore, sur un fait simple et brutal : une personne a remis à une autre une somme d'argent. Où réside ici la volonté, *stricto sensu* ? Rappelons-nous qu'elle n'est autre que le vouloir appliqué à un fait matériel, dans l'espèce la remise des deniers. Et, en effet, cette remise ne pourra produire tous ses effets juridiques qu'à la condition de présenter un caractère volontaire, lequel se retrouvera presque invariablement d'ailleurs ; il arrivera bien rarement qu'un acte de ce genre ne soit pas accompli avec réflexion ; pour qu'il en fût ainsi, il faudrait supposer qu'il émanât d'un individu absolument incapable, tel qu'un enfant, un aliéné, ou bien qu'il eût été accompli sous l'empire de la contrainte. Même en cette occurrence, il produirait encore des effets juri-

diques ; il deviendrait la base d'une action en restitution ou d'une action *de in rem verso*, mais il n'engendrerait pas les effets qui y sont normalement attachés.

Nous supposons désormais que la remise des deniers fut volontaire dans quel but est-elle intervenue ? Quels résultats les parties se proposaient-elles d'atteindre ? A quoi tendaient leurs volontés que nous supposons convergentes ? C'est se demander quelles étaient leurs intentions, c'est s'éloigner du fait matériel, la remise, pour pénétrer dans le champ de la psychologie. Or, l'objectif des parties peut varier à l'infini peut-être le *tradens* a-t-il voulu consentir une libéralité ; peut-être a-t-il entendu placer ses capitaux, ou faire un dépôt, régulier ou irrégulier, ou encore et tout simplement s'acquitter d'une dette, effectuer un paiement. Et ce ne sont là que les interprétations courantes la formation d'une société où la passion du jeu peuvent expliquer, elles aussi, la remise qui a eu lieu.

Dans tous les cas, la détermination de l'intention est essentielle, puisqu'elle commande à la nature même de l'opération qui est intervenue entre les parties, puisque c'est elle qui donne un sens à cette opération, qui la colore, qui vient qualifier la volonté des contractants. Ici encore, et comme dans le domaine du droit pénal, l'intention nous apparaît comme une précision, une qualification du vouloir par le dégagement du but immédiat auquel ce vouloir s'est attaché.

L'intention des parties est établie par exemple, c'est un prêt à intérêt qu'elles ont entendu réaliser. Le juriste indiscret ne s'en tiendra pas là ; il recherchera peut-être les raisons qui ont pu déterminer celui-ci à prêter, celui-là à emprunter ; il scrutera les mobiles auxquels les parties ont obéi, et, notamment, il s'inquiétera de l'emploi que doivent recevoir les deniers de la part de l'emprunteur et au su du bailleur de fonds ; emploi très variable, d'après

la personnalité des contractants, elle-même ondoyante et diverse l'emprunteur peut être un commerçant aux abois, un fils de famille prodigue, une société de commerce, une compagnie de chemins de fer, l'Etat ; tandis que, de son côté, le bailleur de fonds sera soit un capitaliste, ou un banquier, ou un usurier, peut-être tout simplement un ami obligeant. Cette personnalité, et plus encore, la destination des deniers empruntés ne vont-elles pas réagir sur la valeur juridique de l'opération ? Ne sont-elles pas de nature à la vicier ? Nous nous contentons pour l'instant de poser ce point d'interrogation, et sous une forme plus générale les mobiles d'un acte juridique ne sont-ils pas de nature à réagir sur l'acte auquel ils se réfèrent, voire à en compromettre la solidité ? C'est un problème que nous examinerons en son temps ; pour le moment, il nous suffisait de différencier nettement les mobiles d'avec l'intention, notamment, de montrer qu'ils sont extérieurs à l'acte et qu'ils sont susceptibles, pour un type de contrat déterminé, de varier presque à l'infini.

Nos constatations seraient les mêmes si, au lieu de raisonner sur une remise de deniers, nous supposions la tradition d'un corps certain ; il faudrait rechercher dans quel but cet acte, supposé volontaire, a été accompli, quelle a été l'intention des parties. Elle peut être extrêmement diverse, et l'on doit envisager quantité de combinaisons possibles libéralité, vente, échange, commodat, gage, dépôt, etc. Ici encore, la détermination de l'intention des parties est décisive, car elle nous fixera sur la nature de l'opération intervenue, donc sur les effets qui en résulteront ; l'intention ne peut changer sans que l'essence et le nom de l'acte en soient eux-mêmes modifiés. Enfin, cette intention connue, il reste à scruter les mobiles qui ont incité les parties à contracter si donation il y a, pourquoi le disposant a-t-il voulu gratifier l'*accipiens* ?

D'où est partie cette impulsion à la générosité et à quoi tend-elle ? Le mobile qui a déterminé la volonté peut être louable, condamnable ou simplement indifférent à la morale et à la collectivité : selon que l'on se trouvera dans telle ou telle de ces éventualités, la donation ne sera-t-elle pas valable ou nulle ? Sa moralité, donc son efficacité juridique, ne dépendent-elles pas des mobiles qui l'ont inspirée ?

Ainsi, dans le droit privé, et spécialement dans le droit civil, il y a place pour l'analyse de la volonté à laquelle ont procédé, en ce qui concerne le fait délictueux, les criminalistes ; il y a place pour la division tripartite de la volonté, de l'intention et des mobiles. Nous ne prétendons pas que la distinction soit toujours aussi tranchée ni l'analyse aussi précise ; parfois, l'intention s'incorpore dans la volonté et ne fait qu'un avec elle — connaissant l'une, on connaît l'autre. Mais cette identification accidentelle ne prouve rien contre la vérité de la distinction ; et d'ailleurs les mobiles, eux, se retrouvent presque toujours à l'état isolé, nettement distincts et de la volonté et de l'intention.

10. — *La procédure.* — Si nous quittons le droit civil pour poursuivre notre enquête dans le domaine du droit sanctionnateur, nous constatons que l'instance judiciaire se prête à une analyse semblable à celle que nous venons d'effectuer à deux reprises différentes, pour le droit pénal et pour le droit privé. Le plaideur qui intente une action fait assurément œuvre de volonté ; quant à son intention, elle ressort de ce que les Romains de la période classique du droit appelaient l'*intentio* ; de nos jours, nous dirons qu'elle se dégage des *conclusions* — le demandeur réclame à son adversaire une somme d'argent ou bien la restitution d'une chose ; c'est à ce résultat que tend sa volonté. Quant aux mobiles qui ont pu le déterminer à saisir le tribunal, encore qu'ils soient moins variables que pour

un acte extra-judiciaire, ils constituent cependant une gamme assez riche le plaideur a pu vouloir obtenir son dû, ou bien il s'est proposé d'interrompre la prescription, ou d'obtenir la reconnaissance de ses droits ; peut-être aussi a-t-il agi méchamment, par esprit de tracasserie, de chicane, et cette mentalité est susceptible de lui faire encourir une responsabilité spéciale qui se traduira par une condamnation à des dommages-intérêts venant se superposer aux dépens de l'instance (1).

11. — *Droit administratif* (2). — Dans ce domaine aussi, la distinction apparaît nettement entre la décision et les raisons qui l'ont provoquée, entre l'intention et les mobiles.

L'arrêté d'un maire ou d'un préfet peut s'expliquer par des préoccupations d'ordres très différents, relevant ordinairement de l'intérêt général, mais s'inspirant parfois d'intérêts particuliers, comme si un maire interdit la vente de denrées à la criée, non pas afin de sauvegarder la salubrité publique, mais en vue de soustraire le petit commerce à une concurrence redoutable, ou comme s'il fait défense à un entrepreneur de faire stationner ses voitures dans la commune, d'y prendre ou d'y déposer des voyageurs, et cela dans le but de favoriser un concurrent à qui l'on confierait ainsi comme un monopole de fait, ou enfin comme s'il révoque ou suspend un agent municipal pour des raisons qui lui sont personnelles et afin de satisfaire ses propres rancunes. Dans des éventualités semblables, les mobiles de l'administrateur sont en opposition avec le texte ou avec l'esprit de la loi ; il s'en-

(1) Voy. L. JOSSEMAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, nos 45 et s.

(2) Voy. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^e éd., p. 382 et s. ; ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir* ; JEAN APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif*.

suit un abus de fonctions, un *détournement de pouvoir* qui pourra être dénoncé au Conseil d'Etat et qui entraînera la nullité de l'acte, intrinsèquement correct, mais vicié par les directives, par les mobiles dont il est sorti : « c'est dans les motifs de la décision que se révèle le détournement de pouvoir » (1) ; cette voie de recours « permet de restreindre le pouvoir dans ce qu'il a de plus discrétionnaire les mobiles qui le font agir » (2) ; si bien que l'on peut dire qu'ici « la moralité dépasse la légalité » et que, par conséquent, « le détournement de pouvoir dépasse en profondeur d'action la violation de la loi. » (3).

12. — *Droit international public.* — Enfin, si, partis du droit privé interne, nous nous transportons à l'autre extrémité de l'horizon juridique, si nous envisageons le droit des gens, nous constatons que les mobiles qui animent les belligérants et qui ont pu déterminer l'un d'eux à provoquer la conflagration sont infiniment variables et qu'ils sont à même d'imprimer au conflit sa physionomie véritable; selon qu'elle se rattachera à telle ou telle cause, la guerre sera nécessaire ou volontaire, héroïque, honorable ou odieuse, justifiée ou impie ; elle sera une guerre d'agression ou une guerre de défense (4) ; et il n'en ira pas autrement de l'exercice de droits tels que le droit d'expulsion qui, d'après une jurisprudence internationale de plus en plus ferme, ne saurait intervenir qu'à bon escient en vue de fins légitimes (5).

(1) HAURIOU, *Préc. élém. de droit admin.*, p. 198.

(2) HAURIOU, *Préc. de droit adm. et de droit public*, 11^e éd., p. 419.

(3) HAURIOU, *id.*, p. 420. — VOY. L. JOSSERAND, *op. cit.*, nos 192 et suiv.

(4) On sait que l'Assemblée de la Société des Nations a adopté, sur l'initiative de la Pologne, une proposition tendant à interdire toute guerre d'agression (séance du 24 sept. 1927). Une formule plus ample et visant toute guerre n'avait pu rallier l'unanimité des suffrages et dut être remaniée dans les termes plus restreints que nous rappelons.

(5) L. JOSSERAND, *op. cit.*, nos 203 et suiv. ; POLITIS, *Le problème des limitations de la souveraineté*, pp. 101 et s.

13. — Ainsi, dans toutes les dépendances de l'immense domaine juridique s'affirme là réalité du concept des mobiles qui se distinguent assez constamment de la volonté et de l'intention, qui donnent leur véritable valeur aux actes, comme la lumière met en relief les objets, comme le sel donne leur saveur aux mets ; c'est en eux qu'il faut chercher l'essence et comme la moelle des situations juridiques les plus complexes comme des faits les plus simples. Entre le touriste qui entreprend une ascension et le guide qui l'accompagne, ce sont les mobiles qui différencient les deux situations en présence ; le but est commun aux deux parties, du moins le but immédiat ; pour l'un comme pour l'autre, il s'agit d'atteindre tel sommet ; mais l'un agit pour son agrément ou pour sa santé, au lieu que l'autre, qui fait acte professionnel, est guidé par le désir de gagner sa vie. De là les rapports juridiques qui les unissent, qui font de l'un l'employeur de l'autre, et de là les différences qui, sur le terrain du droit, séparent et opposent leurs situations au cours d'une entreprise cependant conçue et exécutée en commun.

14. — Ayant ainsi parcouru les différents domaines de la science juridique et après avoir procédé à une vérification expérimentale de la classification tripartite que nous avons présentée et dont la valeur générale se trouve confirmée, nous sommes à même de définir et de préciser les notions énoncées au seuil de cette étude volonté, intention, but, mobiles, finalité.

La volonté, au sens strict du mot, c'est le vouloir appliqué à une situation, à un fait déterminé, comme la remise d'une somme d'argent ou d'une chose, abstraction faite des conséquences que cet acte est de nature à provoquer. Ici, le but poursuivi — il n'y a pas d'action sans but — réside dans l'acte lui-même au delà duquel on ne regarde pas ; il s'incorpore en lui, comme s'y incorpore la volonté

elle-même ; il est aussi proche que possible de cette conlonté. S'agit-il, par exemple, de coups portés à autrui, la volonté stricte et le but immédiat résident dans le désir chez l'agent de frapper sa victime ; dans ce premier stade évolutif, tout se tient l'action, la volonté et le but forment un peloton serré ; ils font bloc.

L'intention nous éloigne déjà de l'acte accompli, puisqu'elle est la volonté appliquée aux conséquences qui découleront directement de cet acte, puisqu'elle est une adaptation de cette volonté à des fins extérieures à l'acte et par rapport auxquelles cet acte devient un simple moyen. L'agent a frappé afin de tuer ; le *tradens* a remis une somme d'argent à l'*accipiens* afin de le gratifier ou pour se libérer d'une dette préexistante. Le but réapparaît encore, mais sous un aspect différent ; il nous fait sortir du domaine matériel pour pénétrer dans le monde des idées, pour nous faire nous préoccuper du « pourquoi » de l'action ; celle-ci a été accomplie « afin que ». L'intention c'est la « *causa finalis* » des glossateurs et des postglossateurs, notamment de Bartole qui, dans la donation, identifie cette cause avec l'intention libérale.

Mais il faut bien observer que l'intention ainsi comprise n'est pas représentative d'un état d'âme complet, d'une mentalité intégrale ; elle ne préjuge rien quant à la moralité de l'acte, quant à la bonne ou à la mauvaise foi de son auteur ; elle est envisagée en elle-même, abstraitement ; elle est caractérisée par la réponse à l'interrogation de style « Quelles sont vos intentions ? » A quoi il sera répondu qu'on se propose de gratifier telle personne ou de lui prêter une somme d'argent. Or, avec cette réponse, on connaît bien la direction dans laquelle l'auteur de l'acte engage sa volonté et son activité, mais on ignore tout du mérite ou du démérite de son acte, de la valeur morale de son attitude et de sa détermination.

Pour être fixé sur ce dernier point, il convient de pous-

ser plus avant les investigations et de scruter les mobiles qui ont incité l'agent à accomplir l'acte en cause. Les mobiles peuvent, en effet, se définir : les raisons d'agir, les ressorts de la volonté ; ils représentent la « *causa impulsiva* », ou « *causa remota* » que Bartole opposait à la « *causa finalis* », suivi en cela par Doneau qui établit la même distinction, notamment pour préciser la portée de l'adage « *cessante causa, cessat effectus* », lequel se réfère à la cause finale, à l'exclusion de la cause impulsive, c'est-à-dire des motifs déterminateurs (1). Ces motifs sont, eux aussi, inséparables de l'idée de but, mais, avec eux, ce but s'éloigne davantage encore qu'avec l'intention l'agent a commis son crime pour voler ou pour se venger ; le *tradens* a gratifié le donataire parce que celui-ci lui avait rendu un service, ou parce qu'il est son enfant naturel ; le demandeur plaide pour obtenir son dû ou bien pour satisfaire ses instincts de chicane ou encore pour persécuter son adversaire. Ainsi, les mobiles nous apparaissent comme les divers sentiments, les divers intérêts, les innombrables passions dont l'âme humaine est susceptible d'être agitée ; avec eux, nous pénétrons vraiment dans le for intérieur des parties ; nous touchons et à la finalité de leurs actes et à leur détermination, nous scrutons le passé en même temps que nous interrogeons l'avenir ; quoique dise Ihering, les mobiles répondent au « *quia* » tout aussi bien qu'à l'« *ut* », puisqu'ils ont joué un rôle propulsif, puisqu'ils ne sont autres que les moteurs de la volonté ; et ils colorent l'intention de même que celle-ci colore la volonté.

15. — Cette analyse à laquelle nous venons de procéder n'a pas qu'une valeur doctrinale ; elle nous met sur la voie des différences, nombreuses et efficientes, qui séparent

(1) H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, n° 75.

ces deux notions contiguës, les mobiles et l'intention (1).

1° L'intention, qui a une valeur organique, fait corps avec l'acte juridique ; elle en est inséparable ; par exemple, l'intention libérale ne saurait être dissociée de la donation entre vifs ou du legs ; l'intention de se procurer une somme d'argent est inséparable, pour l'emprunteur, du prêt de consommation ; au lieu que les mobiles véritables, purement *adventices*, sont extérieurs à l'acte dont ils ne constituent point l'armature et auquel ils préexistent. Théoriquement, cet acte est complet, abstraction faite des raisons qui ont incité les parties à le conclure ; une donation est parfaite, encore que nous soyons dans l'ignorance des circonstances, des considérations qui ont pu la provoquer ; de même qu'un prêt est pourvu de tous ses organes constitutifs, abstraction faite des facteurs, moraux ou économiques, dont il est cependant la préparation à la fois et l'aboutissement. Bartole en avait déjà fait l'observation la cause impulsive de l'opération, la « *causa* » est « *remota* », et, s'il s'agit par exemple d'un legs, elle ne fait point corps avec lui, elle est « *non coherens legato* » (2).

2° Et c'est pourquoi cette cause impulsive, ces mobiles sont susceptibles de varier à l'infini pour un même acte donné ; extérieurs à l'opération, ils n'ont rien de constant ; ils sont *individuels*, essentiellement *subjectifs*, ondoyants et divers comme les hommes dont ils déterminent le vouloir ; *adventices* et non pas organiques. L'intention, tout au contraire, et précisément parce qu'elle se confond avec l'acte juridique dont elle constitue l'essence même,

(1) Dans la pratique, et surtout devant la Cour d'assises, la différenciation de l'intention d'avec les mobiles n'est pas toujours scrupuleusement établie, il s'en faut. Comme le remarque M. GARRAUD (*op. cit.*, p. 183), le jury identifie trop volontiers les mobiles avec l'intention criminelle ; si les mobiles ne sont pas odieux, il est porté instinctivement à l'acquiescement ; pour lui « les crimes passionnels ne sont pas des crimes » et cela parce que « la confusion entre l'intention et le mobile est le pain quotidien de ses décisions ».

(2) CAPITANT, *op. cit.* ; *loc. cit.*

a une valeur constante ; elle est toujours la même pour une catégorie juridique donnée.

Cette nuance n'avait pas échappé à Demolombe ce civiliste observait que la cause finale — il visait par ces mots la cause du code civil, donc à peu près ce que nous nommons l'intention — est « toujours identiquement la même dans tous les contrats identiques », tandis que la cause impulsive, c'est-à-dire le mobile, est essentiellement variable ; un prêt d'argent, remarquait-il, évoque toujours l'idée d'une remise d'espèces, « mais regardez la cause impulsive, et tout aussitôt des différences et des variétés infinies vont surgir » ; l'un emprunte pour payer ses dettes ; le second pour doter sa fille ; le troisième pour faire de grosses réparations à son immeuble ; un quatrième pour jouer « le champ devient alors sans limites de tous les motifs, sérieux ou frivoles, qui peuvent porter une personne à un contrat » (1).

3^o Cette énumération, qui pourrait être allongée à l'infini, souligne un nouveau contraste entre les deux facteurs téléologiques que nous étudions tandis que l'intention possède toujours une valeur juridique propre qu'elle tire de l'opération même avec laquelle elle se confond, les mobiles sont des éléments de fait qui sont susceptibles, nous aurons à rechercher dans quelle mesure, d'exercer un retentissement sur le droit, mais sans présenter en eux-mêmes, et si on les envisage abstraitement, isolément, une signification juridique quelconque le déposant a confié sa chose au dépositaire parce qu'il se propose de faire une longue absence, ou parce qu'il n'a point trouvé d'appartement, ou encore parce qu'il estime qu'elle sera mieux gardée que chez lui ; l'emprunteur a voulu se procurer une somme d'argent afin de s'établir ou d'effectuer un voyage ou de procéder à des réparations

(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, n^o 355.

ou de jouer : autant de projets et autant de buts qui ne sont pas spécifiquement juridiques, qui, sans doute, peuvent être et sont fréquemment l'occasion de rapports obligatoires, mais qui, pris en eux-mêmes, ne sont point productifs ni constitutifs de rapports de ce genre.

4° Précisément parce que l'intention est de l'essence de l'acte, parce qu'elle est juridique et parce qu'elle est une, elle se réfère toujours au but immédiat de cet acte elle est la « *causa proxima* » en même temps que la « *causa finalis* » ; sans quoi elle perdrait son caractère d'unité, car les buts éloignés, médiats peuvent varier beaucoup ; or, une volonté une, invariable, ne peut produire que des effets identiques, donc inhérents à l'acte lui-même le *but intentionnel* est postulé, lui aussi, par la nature de l'acte intervenu. Les mobiles, au contraire, évoquent des buts plus lointains, divers comme les désirs qui tendent à eux ; ils plongent plus ou moins profondément dans l'avenir tout en se rattachant, nous le savons, au passé. L'agent a frappé sa victime, non pas seulement et uniquement pour la tuer, mais pour la dépouiller, pour se débarrasser d'un témoin gênant ou pour se venger. Avec les mobiles, on possède à la fois la genèse de l'acte et sa virtualité dernière, l'« *ultima ratio* » ; et, du même coup, on pénètre l'intention.

5° Car, et c'est un nouveau contraste, les mobiles démasquent l'intention tandis que celle-ci ne suffit pas à révéler les mobiles si je sais que le coupable voulait supprimer un témoin compromettant, je sais par cela même qu'il voulait tuer ; s'il est établi que le bailleur de fonds voulait faire un placement durable et profitable de ses capitaux, je suis à peu près assuré que l'opération à laquelle il a consenti était un prêt à intérêt c'est ainsi que les mobiles sont, le plus ordinairement, révélateurs de l'intention. Mais la réciproque n'est pas vraie de ce que le coupable a voulu commettre un meurtre, je ne suis pas

autorisé à conclure, de sa part, à tel mobile plutôt qu'à tel autre ; de ce que les parties ont aménagé un prêt à intérêt, je ne puis pas déduire que chacune d'elles ait poursuivi tel ou tel but, ni que les deniers empruntés aient telle destination plutôt que toute autre : pour être fixé sur ce dernier point, force sera d'entreprendre de nouvelles investigations, en allant de l'abstrait au concret, ou, pour employer la terminologie kantienne, du phénomène au noumène ; en d'autres termes, il faudra procéder à l'individualisation de la catégorie juridique en question.

6° On voit donc que les mobiles et l'intention n'occupent pas la même place dans le temps chronologiquement, les premiers sont antérieurs à la seconde. Avant de remettre une somme d'argent, le bailleur de fonds a été sollicité à y consentir par diverses préoccupations préalables, de même que la vente implique d'abord, chez le vendeur comme chez l'acheteur, une préparation intellectuelle indispensable : les ressorts doivent d'abord tendre la volonté ; c'est ensuite seulement que celle-ci se déclenche pour atteindre le but assigné.

7° Les mobiles ne font pas seulement connaître l'intention ; ils la colorent, ils en déterminent la moralité ; telle intention sera louable, héroïque, indifférente ou odieuse selon les raisons qui l'ont fait naître. Un individu se fait céder une créance contre tel débiteur à quel mobile obéit-il ? Peut-être entend-il recevoir, sous cette forme, le paiement de ce qui lui était dû par le cédant alors, c'est une sorte de dation en paiement qui est intervenue, très légitimement ; mais peut-être aussi est-il un professionnel, un acheteur de créances, un spéculateur qui se propose de traquer sans merci le débiteur cédé ; alors son intention est moins pure, troublée qu'elle est par les mobiles qui l'ont inspirée. De même, et à l'inverse, le meurtrier va peut-être pouvoir améliorer sa situation en invoquant pour sa défense des mobiles qui jouent un

rôle plus ou moins décisif, parfois simplement atténuant en cas de crime passionnel, parfois aussi justificatif, comme en cas de légitime défense suivant les circonstances de la cause; les mobiles vicieront l'intention ou bien ils la purifieront. La réciproque est-elle vraie ? L'intention est-elle susceptible de réagir sur les mobiles ? Non pas, puisqu'elle est impuissante, nous le savons, à les révéler ; elle est la cause, tandis qu'ils sont les effets ; et, si l'on comprend que la cause retentisse sur les effets, on ne s'expliquerait guère que, par un phénomène contre nature, ceux-ci réagissent sur celle-là. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il est des intentions qui excluent certains mobiles, ou à peu près ; par exemple, le prêt à intérêt exclut normalement les mobiles d'ordre altruiste ; mais il ne s'agit là que d'une influence négative et incertaine qui s'exerce de la part de l'intention sur les mobiles par une sorte de choc en retour c'est vainement que l'on voudrait découvrir, dans le même sens, une influence directe et positive le passé a pu déterminer le présent, mais sans réciprocité concevable.

8° Enfin, il faut se demander si un contraste plus important encore n'oppose pas les deux concepts que nous examinons ici l'intention a une valeur juridique essentielle et constante; elle tient en suspens l'incrimination de l'agent ou la nature de l'acte accompli. Les mobiles remplissent-ils un rôle aussi capital et de façon régulière ? On peut en douter, puisqu'ils ne font pas corps avec l'acte qui en est dérivé et auquel ils restent extérieurs c'est là un très grave problème à l'étude duquel sera consacrée précisément la deuxième partie de cette étude (1). Auparavant, nous devons rechercher si tous les mobiles sont à placer sur la même ligne ou s'il ne convient pas de les répartir dans diverses catégories.

(1) *Infrà*, nos 17 et s.

16. — *Les différentes catégories de mobiles.* — Les recherches auxquelles nous venons de procéder en vue de différencier la volonté, l'intention et les mobiles, nous conduisent à nous engager plus avant dans la voie de la précision, à pousser plus loin l'analyse en distinguant, parmi les mobiles, entendus au sens le plus compréhensif du mot, différentes familles dont chacune présente, à travers des lignes ethniques communes, sa physionomie particulière.

Il est d'abord des mobiles qui, assez improprement nommés; et dérogeant à la loi que nous avons posée (1), font corps avec l'acte auquel ils se réfèrent et dont ils constituent l'un des éléments organiques ce sont ceux qui se localisent à la base, non pas de cet acte lui-même, mais seulement des obligations auxquelles il a donné naissance. Avec eux, on sait pourquoi le débiteur a assumé telle obligation, pourquoi, par exemple, l'acheteur s'est engagé à verser une somme d'argent entre les mains du vendeur c'est que celui-ci a promis, de son côté, de le rendre propriétaire de telle chose. Ces mobiles-là sont connus, très ordinairement, sous le nom de *cause* (2), et l'on dit en ce sens que, dans les contrats synallagmatiques, les obligations des parties se servent réciproquement de cause (3); sans eux, on ne concevrait même pas l'existence de l'acte auquel ils se réfèrent, dont ils sont partie intégrante et dont ils sont donc contemporains ce sont des mobiles *intrinsèques*, des mobiles *constituants*, ayant une valeur *organique* et toujours les mêmes pour une catégorie juridique donnée; en réalité, ils se confondent avec l'intention elle-même, telle que nous l'avons définie (4) et dont ils ne sont que les diverses affirmations et les différents éléments ce sont des *mobiles intentionnels*.

(1) *Suprà*, n° 15.

(2) *Infrà*, nos 108 et s.

(3) *Ibid.*

(4) *Suprà*, nos 14 et 15.

Les véritables mobiles sont, au contraire et comme nous l'avons noté, extrinsèques à l'acte auquel ils se rapportent, et ils sont individuels (1) même sans eux, cet acte possède encore tous ses éléments constitutifs ; seulement, il présente alors un caractère abstrait qui le rend incompréhensible pour le psychologue ou le juriste ; il représente un phénomène isolé de toute causalité et de toute finalité ; pour lui donner un sens, pour le mettre en pleine valeur, il est indispensable de le situer dans son ambiance intellectuelle et morale, c'est-à-dire de découvrir les mobiles individuels qui l'expliquent, et au service desquels il a été mis.

Ces mobiles qui, à la différence des précédents, sont à la base, non plus de tel ou tel engagement, mais de l'opération elle-même envisagée dans son ensemble, se dédoublent à leur tour en deux catégories, suivant qu'ils remontent au passé ou qu'ils tendent vers l'avenir.

Les premiers qu'on désigne ordinairement sous le nom de *motifs*, ne sont autres que les antécédents de l'acte ; ils ont un caractère nettement *causal* un individu achète une voiture parce que celle qu'il possède est hors d'usage ; il emprunte une somme d'argent parce que ses ressources sont épuisées. Nous touchons déjà ici à la « *causa impulsiva* » des glossateurs, à la cause efficiente du contrat. Mais, par elle, nous ne sommes qu'incomplètement renseignés ; nous connaissons bien le point de départ de la volonté juridique, mais non le résultat ultime à quoi elle tend ; nous savons dans quelles conditions cette volonté s'est mise en mouvement, mais nous ignorons le but qu'elle poursuit.

Pour dégager ce but, il est besoin de recourir à des mobiles d'un ordre différent, à ceux qui, au lieu d'appartenir au passé, plongent dans l'avenir, aux *mobiles téléologiques*, aux

(1) *Suprà*, n° 15.

mobiles-buts un individu achète une voiture pour faire du tourisme ou du commerce, pour circuler dans la ville ou la montagne ; il emprunte une somme d'argent pour doter sa fille ou pour développer son commerce ou pour jouer. De tels mobiles ont une puissance de réalisation, plutôt encore que de détermination ; ils se rattachent à la loi de finalité plutôt qu'à celle de causalité ; ils portent l'avenir en eux-mêmes ; ils nous édifient, non plus seulement sur les conditions dans lesquelles la volonté s'est déclenchée, mais aussi et surtout sur le but qu'elle poursuit, sur sa finalité, sur sa virtualité.

Nous entendons bien que la ligne de démarcation en saurait être tracée toujours et nettement entre le passé et l'avenir et qu'un même mobile se réfère parfois à la genèse du contrat en même temps qu'à son but : j'achète une voiture *parce que* celle que je possède est usagée, donc *afin* de remplacer celle-ci ; mais cette coïncidence entre la causalité et la finalité d'une même opération est loin d'être constante ; en achetant une voiture neuve, je puis me proposer un but inédit et sans attache avec le passé, comme si je destine le nouveau véhicule à un service différent de celui qui m'était fourni par l'ancien.

Il est si vrai que les mobiles purement déterminateurs sont autre chose que les mobiles téléologiques, qu'ils ne postulent pas, avec la même précision que ceux-ci, les conditions de l'acte intervenu sous leur pression il ne suffit pas de connaître les circonstances qui ont déterminé une personne à acheter une automobile ou à emprunter une somme d'argent pour être fixé sur les qualités qu'elle exigera du nouveau véhicule, sur le prix qu'elle consacrera à son acquisition ou sur l'importance des sommes qu'elle empruntera ; tandis que, si l'on a découvert le but par elle poursuivi, on connaît par cela même, au moins approximativement, le cercle dans lequel elle maintiendra l'opération. Le simple motif postule un acte envisagé *in genere*,

vente, achat, emprunt ; il présente encore un caractère quelque peu *abstrait* ; au lieu que le mobile-but commande à l'acte même, tel qu'il est intervenu sous son influence ; il a, en ce sens, un caractère *concret*.

Nous concluons donc que trois catégories de mobiles, *lato sensu*, doivent être discriminés

1° Le mobile qui joue le rôle de cause directe et immédiate d'une obligation et qui fait partie intégrante de l'acte dont il est donc contemporain ; il n'évoque rien dans le passé et il ne fait aucunement présager l'avenir : c'est lui qu'on qualifie ordinairement de *cause* : nous l'appellerions plus volontiers le *mobile intrinsèque* ou le *mobile organique*, ou même le *mobile intentionnel*, puisqu'il est un des éléments constitutifs de l'acte qui ne saurait exister sans lui ; en réalité il est moins un mobile véritable qu'une partie intégrante de l'intention.

2° Le mobile qui se réfère au passé, qui représente les antécédents de l'acte, qui a exercé un rôle déterminateur, et dans lequel on voit, suivant le langage habituel, le *simple motif* ; nous lui appliquerions volontiers l'épithète de *causal* ou de *déterminant* ;

3° Enfin, le mobile qui plonge dans l'avenir, qui révèle le but de l'opération et qui la conditionne c'est le mobile par excellence, le *mobile-but* ou *mobile téléologique* (*causafinalis* des glossateurs).

Il est aisé de discerner ces trois catégories de mobiles dans un acte juridique quelconque, par exemple dans le prêt d'une somme d'argent qui est consenti à un joueur et pour alimenter la partie le mobile intrinsèque et organique est représenté par la remise des deniers c'est là ce qu'on appelle ordinairement la cause de l'obligation de l'emprunteur qui ne s'engage à restituer que parce qu'il a reçu ; le mobile-but est, par hypothèse, connu, la somme empruntée étant destinée au jeu ; quant au simple motif, à celui qui a déterminé le prêteur à remettre la somme

au joueur, il peut varier à l'infini il résidera dans un sentiment d'amitié ou de reconnaissance, ou dans le désir d'obliger le joueur, ou dans l'insistance que celui-ci a mise à réclamer le service rendu, peut-être aussi dans la prise en considération des intérêts de l'établissement, cercle ou casino, dont la prospérité est fonction du jeu.

La donation consentie à un parent à l'occasion de son mariage ou de son établissement professionnel se prête à une analyse semblable le mobile organique et intentionnel réside dans l'intention libérale (*animus donandi*) ; le mobile causal (simple motif) est représenté par les liens de parenté qui unissent le disposant ou gratifié, tandis que l'établissement de celui-ci joue le rôle de mobile-but, de mobile téléologique (*causa finalis* de l'opération).

16 bis. — Après ce travail d'analyse et de classification, nous pouvons examiner quelle part d'influence doit être reconnue sur la nature, les effets, la validité des actes juridiques, aux différents éléments psychologiques que nous venons de dégager et de préciser seule, l'intention est-elle décisive ? Est-ce uniquement sur elle que le juriste doit concentrer son attention ? Ou bien ne convient-il pas de s'arrêter aussi aux mobiles proprement dits qui, malgré leur caractère d'extériorité par rapport à l'acte, n'en ont pas moins exercé en lui, et en tant qu'animateur de la volonté juridique, une décisive influence ? Et, si c'est dans ce dernier sens que la question doit être résolue, ne doit-on pas établir une discrimination entre les différentes catégories de mobiles, pour négliger les uns et ne retenir que les autres ?

Nous entrons ainsi dans le vif du problème dont nous venons de poser les termes.

DEUXIÈME PARTIE

INFLUENCE ET RÔLE DES MOBILES EN DROIT PRIVÉ

17. — *Le problème tel qu'il se pose en législation ; le rôle des mobiles envisagé en fonction des différentes conceptions du droit.* — Avant de déterminer la mesure dans laquelle le législateur et le juge français ont reconnu l'efficience des mobiles, entendus dans le sens que nous venons de fixer, nous devons examiner le problème sous son aspect philosophique et législatif en le situant sous l'angle des différentes conceptions du droit. Il est aisé de comprendre, en effet, que, suivant qu'on assignera à cette science sociale telle ou telle base, on sera par cela même enclin à reconnaître aux mobiles une action plus ou moins effective et profonde. L'édifice juridique, à la construction duquel les mobiles prétendent participer, est conditionné tout entier par les fondements sur lesquels on le fait reposer (1).

18. — *Les mobiles dans la conception germanique du droit.* — Si l'on adopte la pure conception germanique qui prétend construire le droit tout entier sur l'idée de force, on ne distingue pas bien de quelle importance pourraient alors être les mobiles des parties ; si le droit se

(1) Voy. sur les différentes conceptions du droit, le livre devenu classique de FOUILLÉE, *L'idée moderne du droit*, ainsi que celui de Ch. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*.

ramène à des conflits de forces qu'il tend à résoudre en faisant à chacun la part due à sa puissance, peu important, en bonne logique, les raisons profondes qui président aux actes juridiques ou extra-juridiques (1); le législateur, le juge ont la tâche de contrôler, de déclarer les limites que chacun s'est conquis dans la lutte vitale et à l'intérieur desquelles chaque individu doit être considéré ainsi qu'un souverain absolu. C'est la conception de Schopenhauer pour qui « le droit n'est que la mesure de la puissance de chacun »; (2) avant lui, Spinoza avait dit « chacun a autant de droit qu'il a de puissance ». Le droit se présente alors sous l'aspect d'une mécanique sociale; il est affaire de quantité, non de qualité; la moralité des parties est reléguée à l'arrière-plan. Le droit, a écrit Ihering, est « la politique de la force » (3); il est la force organisée, la « force juste » (4).

Cette conception brutale, qui est tributaire de la philosophie hégélienne (5), a singulièrement vieilli, surtout depuis la grande guerre. En somme, elle est la négation même du droit; elle est démentie par les faits comme par les institutions les dispositions qui tendent à mettre les faibles hors des atteintes des forts, qui protègent les contractants contre le dol, la violence, la lésion; qui admettent la recherche de la paternité naturelle; qui prennent le parti du débiteur contre celui du créancier (c. civ., art. 1162); qui décrètent l'insaisissabilité partielle du salaire et l'insaisissabilité totale de certains biens, toutes ces

(1) Effectivement, le droit allemand — comme d'ailleurs le droit suisse — consacre la notion de l'acte abstrait, c'est-à-dire de l'acte qui produit ses effets abstraction faite de toute cause, ou si la cause envisagée ne se réalise pas. — V. CAPITANT, *De la cause des obligations*, n° 84.

(2) SCHOPENHAUER, *Parerga*, p. 203.

(3) IHERING, *Le but dans le droit*, trad. de MEULENAERE, p. 169.

(4) *Ibid.*

(5) HEGEL avait écrit « une nation qui perd sa force, perd son droit ».

mesures et bien d'autres encore ne peuvent s'expliquer par le triomphe de la force sur la faiblesse. Suivant la juste remarque de Fouillée, « l'idée du droit... est si peu celle de la force qu'elle n'éclate nulle part avec plus d'énergie qu'en présence de la faiblesse. Si le droit est une puissance, il est dans notre esprit la puissance des faibles comme des forts. » (1) En effet, le droit assure l'égalité ; là où il règne vraiment, tous les individus sont égaux devant la loi. Même dans le domaine international, c'est bien avec cette signification qu'il s'affirme et qu'il se développe il tend à éliminer la force des relations entre peuples, à substituer au règne de la violence celui de la justice, donc de l'égalité ; par définition même, il vise partout à cette élimination de la domination brutale et il est donc singulièrement paradoxal de prétendre l'asseoir sur la notion même qu'il tend à exclure.

Au reste, et comme l'a montré victorieusement J.-J. Rousseau, dire que le droit repose sur la force, c'est parler pour ne rien dire et tourner dans un cercle vicieux une puissance physique ne peut pas résoudre un problème de justice, ou du moins elle ne le résoudra que provisoirement, jusqu'à plus ample informé « sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec la cause ; toute force qui surmonte la première succède à son droit... puisque le plus fort a toujours raison, il ne s'agit que de faire en sorte qu'on soit le plus fort. Or qu'est-ce qu'un droit qui périt quand la force cesse ? S'il faut obéir par force, on n'a pas besoin d'obéir par devoir, et si l'on n'est plus forcé d'obéir on n'y est plus obligé. On voit donc que ce mot de droit n'ajoute rien à la force ; il ne signifie ici rien du tout » (2).

Nous pouvons conclure avec Rousseau que « force ne

(1) FOUILLÉE, *op. cit.*, p. 59.

(2) J.-J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, livre I, chap. 3.

fait pas droit » (1) ; que le droit, loin de se confondre avec la force, en constitue l'antidote et qu'il n'y a donc rien à tirer de la force, conception allemande, contre la valeur et l'efficacité des mobiles en thèse générale (2).

19. — *Les mobiles dans la conception anglaise.* — Cette conception, non moins classique que la précédente, assigne comme fondement au droit l'intérêt, l'utilité le droit penche infailliblement du côté de l'utilité, du côté du plaisir, en donnant à ce mot son acception la plus compréhensive et la plus élevée ainsi les plateaux d'une balance s'abaissent du côté du poids le plus fort. « Pesez les peines, pesez les plaisirs, écrivait Bentham, et selon que les plateaux de la balance inclinent de l'un ou de l'autre côté, la portion du tort ou du droit devra être décidée ». Et, puisque l'utilité est la pierre de touche du droit, il faut en doser la valeur, et Bentham fut ainsi conduit à dresser un catalogue des plaisirs et des peines, à donner des recettes pour évaluer l'utilité des actions humaines, en sorte que chacun, le juge notamment, pût procéder aisément à la pesée, muni qu'il sera d'un instrument de précision. Ce qui est juste, c'est ce qui est utile ; ce qui est injuste, c'est ce qui est contraire à l'utilité.

Avec une telle conception du droit, les mobiles qui inspirent les actions humaines, et par exemple ceux qui président à l'exercice des droits, deviennent indifférents à chacun de poursuivre son intérêt. Même l'intention de nuire à autrui n'est plus nécessairement condamnable, car elle peut coïncider avec un intérêt sainement compris,

(1) J.-J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, liv. I, chap. 3.

(2) Au reste, la législation allemande est loin de consacrer pleinement le postulat du droit-force les concepts de l'intention et des mobiles y jouent un rôle important, notamment dans la théorie de la lésion à laquelle le Code civil allemand reconnaît un caractère subjectif (art. 138) inconnu de notre droit français. —

par exemple si l'on sait que la victime est incapable d'user de représailles et que l'impunité est donc assurée.

On pourrait croire que cette méthode sociale est d'origine relativement récente, qu'elle a vu le jour avec les clichés du « *struggle for life* » et de l'élimination des faibles par les forts sous l'action de la concurrence vitale ; en réalité, les origines en sont antiques ; elle remonte jusqu'à Epicure qui faisait déjà du plaisir le but de l'humanité, jusqu'à Horace qui voyait dans l'utilité la mère de l'équité « *utilitas prope mater est aequi* » Bentham et son école n'ont fait que reprendre et rajeunir un thème ancien qu'ils ont modernisé en l'illustrant d'un appareil technique impressionnant. Il serait d'ailleurs injuste d'adresser à ce système le reproche d'égoïsme intégral et de sensualité, car le plaisir que l'école anglaise propose comme fin à l'homme est un plaisir bien compris, celui qui ne compromet pas l'avenir, et, avec Stuart Mill, il s'élève à des hauteurs inattendues, car il repose sur « les intérêts personnels de l'homme comme être progressif ».

Il n'en est pas moins vrai que l'école utilitaire anglaise propose à l'homme, comme fin dernière, son propre avantage, ses propres intérêts, ce qui est bien insuffisant et bien dangereux ; parfois, un conflit s'élève entre le devoir et le plaisir, entre la justice et l'intérêt, entre la conscience et l'utilité tout le théâtre antique ainsi que celui de Corneille reposent sur cette opposition tragique. Or, avec la doctrine utilitaire, si épurée qu'on l'imagine, ce sont le plaisir, l'intérêt, l'utilité qui doivent l'emporter sur le devoir, la justice et la conscience. Au fond, ce système anglais est d'ordre purement économique la législation la meilleure est celle qui assure le mieux le libre jeu des activités économiques, c'est celle qui donne le plus fort rendement matériel. Comme le constate Fouillée « pour l'école anglaise, le vrai droit ne doit être que la garantie des conditions économiques propres à assurer le libre

jeu des intérêts » (1). Avec une telle conception, on en arrive à éliminer de la vie d'un peuple tout idéal digne de ce nom, on identifie le droit à l'économie politique, on l'absorbe en elle, purement et simplement, alors qu'en réalité il a des attaches, et fort étroites, avec une discipline toute différente, avec la morale n'est-il pas, somme toute, la morale sociale, elle-même, dans la mesure où l'observation peut être imposée à tous, la morale obligatoire ? Ses rapports avec les facteurs économiques ne sont pas niables ; il en subit, et de plus en plus fortement, l'influence ; mais, par définition même et à peine de renier son origine et jusqu'à son essence, il ne se laissera jamais absorber par eux.

En somme, et comme on l'a noté très exactement (2), les écoles allemandes et anglaises sont des écoles fatalistes ; les fondements qu'elles prétendent assigner au droit, force ou intérêt, ont un caractère véritablement oppressif ; avec elles, l'homme est comme enfermé dans un cercle fatidique qui ne comporte point d'issue et qui ne lui laisse entrevoir aucune clarté ; elles négligent l'idéal pour se confiner prétendument dans la réalité ; mais, sans idéal, il peut bien y avoir un statut, une sorte de règlement d'atelier, une règle du jeu il n'y a plus de droit.

20. — *Les mobiles et la doctrine du pragmatisme.* — Plus récemment, une autre école, celle du pragmatisme, est apparue qui s'oppose, elle aussi, à une conception subjective du droit, école anglo-saxonne comme celle de Bentham, mais plus spécifiquement américaine puisque c'est aux Etats-Unis qu'elle compte ses protagonistes les plus autorisés, au premier rang desquels figure William James.

Ramenée à sa position centrale, la doctrine pragmatiste

(1) FOUILLÉE, *op. cit.*, p. 95.

(2) *Id.*, *id.*, p. 139.

veut que chaque action ($\pi\rho\alpha\gamma\mu\alpha$) soit jugée d'après les conséquences qu'elle produit et non en considération de ses origines, dans son aboutissement et non dans sa filiation. Ce critérium empirique aurait une valeur générale ; on prétend l'appliquer non seulement aux actions, mais aux idées, aux sentiments — une idée vaut ce que valent les résultats auxquels elle aboutit ; pour l'apprécier, il convient de se représenter la conduite qu'elle est à même de susciter, et toute la tâche du philosophe consiste à découvrir « ce qu'il y aura de différent, pour vous et pour moi, à tels moments précis de notre vie, selon que telle formule de l'univers, ou telle autre, sera vraie » (1) ; s'il y a lieu d'admettre un Dieu et une religion, c'est parce que ces « hypothèses » produisent d'utiles résultats et parce que l'histoire de l'humanité fournit la preuve de « l'utilité de l'Absolu » (2). Une idée vraie, c'est simplement une idée bienfaisante qui nous permet de nous mouvoir commodément dans la vie ; « le vrai consiste simplement dans ce qui est avantageux pour notre pensée » (3), et, si la vérité nous était funeste, ce qui est d'ailleurs invraisemblable, notre premier devoir serait de la fuir (4).

Le pragmatisme s'offre donc à nous comme une *méthode* qui prétend nous détourner de l'abstraction, des causes premières, des solutions verbales, des « mauvaises raisons *a priori*, des « systèmes clos et fermés » (5), de tout ce qui est un « soi-disant absolu ou une prétendue origine, pour se tourner vers la pensée concrète et adéquate, vers les faits, vers l'action efficace » (6) ; une méthode qui consiste à « détourner nos regards de tout ce qui est chose première, premier principe, catégorie, nécessité supposée

(1) WILLIAM JAMES, *Le pragmatisme*, traduction LE BRUN, p. 60

(2) *Id.*, p. 246.

(3) *Id.*, p. 203.

(4) *Id.*, p. 83.

(5) *Id.*, p. 61.

(6) WILLIAM JAMES.

pour les tourner vers les choses dernières, vers les résultats, les conséquences, les faits » (1).

Utilisé dans le domaine juridique, le pragmatisme conduit logiquement à faire abstraction des mobiles qu'importe la pensée qui a présidé à la formation d'un contrat, à l'exercice d'un droit, pourvu que ce contrat ou que cet exercice produisent des résultats heureux ! Ce sont les conséquences qu'il faut prendre en considération et qu'il faut retenir, non les causes premières, les antécédents. Et, en effet, W. James écrit que « le juste consiste simplement dans ce qui est avantageux pour notre conduite » (2) ; mais en ajoutant, fort heureusement « avantageux à peu près de n'importe quelle manière ; avantageux à longue échéance et dans l'ensemble » (3).

21. — Cette thèse se rapproche assurément beaucoup de celle de Bentham entre *l'utilité*, *l'intérêt* que l'école anglaise nous propose comme règle de conduite, et le *bien*, le *bon*, *l'avantageux*, le *vrai* que préconise W. James, la nuance est assez difficile à saisir, et c'est pourquoi le pragmatisme, encore qu'il se défende d'être un système exclusif et qu'il se présente à nous comme une simple méthode indéfiniment simple et accommodante, encourt les critiques mêmes qui sont dirigées contre l'école anglaise ; c'est un système à base d'égoïsme, plus ou moins libéral, plus ou moins intelligent, nous dirions même plus ou moins altruiste, mais un égoïsme sacré tout de même ; il peut convenir pour un temps à un peuple individualiste à outrance, mais ce n'est pas sur lui qu'on peut espérer fonder une communauté unie, policée et durable.

Le critérium qu'il nous propose est loin d'être limpide une idée, un acte sont justes et sont vraies lorsqu'ils

(1) WILLIAM JAMES.

(2) *Id.*, p. 64.

(3) *Id.*, p. 203.

conduisent à des résultats qui sont bons mais quand peut-on dire qu'il en va ainsi ? Un fait, un contrat produisent de multiples conséquences, les unes heureuses, les autres moins satisfaisantes peut-être ; une convention sera excellente pour l'une des parties, fâcheuse pour l'autre ; celle-là se trouve avantagée et celle-ci lésée comment résoudre le conflit avec le critère pragmatiste ? comment faire la pesée exacte d'éléments divers et opposés ? Comment sanctionner la lésion ou même le dol ? La notion du mobile est autrement secourable s'il est parfois malaisé de découvrir les raisons qui ont fait agir les parties, du moins, une fois cette difficulté vaincue, est-on en possession ou bien près de la solution la discrimination des mobiles corrects et des mobiles illicites ne présente pas, dans la généralité des cas, de grosses difficultés.

Et surtout, le pragmatisme a le tort impardonnable de nous donner du monde social une image renversée, précisément parce qu'il subordonne l'idée au fait, la cause aux conséquences qu'elle produit ; il met ainsi la charrue devant les bœufs ; il est inadmissible que les conséquences postulent les principes dont elles découlent pareille position peut être commode, mais elle est franchement absurde ; et elle est la négation même de tout progrès ; elle condamnerait l'humanité à tourner indéfiniment dans le même cercle ou même, plus exactement, à piétiner sur place. Par exemple, elle ne saurait nous expliquer comment l'esclavage a pu disparaître de nos mœurs ; cette institution donnait jadis de bons résultats ; elle aurait dû persister indéfiniment. Si elle a disparu, c'est parce qu'une idée nouvelle a germé en dehors et en contradiction des faits qu'elle devait ensuite régenter, à savoir l'idée de l'égalité et de la fraternité humaines. Si le pragmatisme exprimait une vérité sociale nécessaire, jamais cette idée n'eût pu éclore et se développer, car alors l'humanité serait prisonnière des faits qui se conso-

l'ideraient eux-mêmes en se répétant. Le pragmatisme est une thèse empirique, d'un opportunisme aveugle et étroit, une thèse de stagnation et d'immobilisme.

22. — Ces différents systèmes matérialistes présentent une tare commune, et qui est leur matérialisme même ; ils ne proposent à l'homme aucun idéal véritable, mais ils l'exhortent seulement à être le plus fort, le plus riche, le plus rusé ; ce sont des thèses d'arrivisme et non de progrès social, des doctrines de fatalisme et non de libre détermination ; ils réduisent la volonté à l'état d'une force mécanique, alors que c'est elle qui, dans la réalité, est décisive et qui caractérise, qui qualifie les actions auxquelles elle aboutit. Il en est du plus modeste contrat comme des plus grandes entreprises celui-là comme celles-ci ne valent que par la mentalité dont elles procèdent ; de même qu'un gouvernement, un régime, une époque, une religion même se caractérisent par une ou plusieurs idées maîtresses que l'historien et le philosophe retiendront pour asseoir leur jugement, ainsi les actes juridiques, du plus important au plus infime, doivent être appréciés à la lueur de la volonté qui les a émis et en fonction des mobiles qui ont déterminé cette volonté. Ceux qui prétendent juger un acte d'après ses seules conséquences se comportent comme l'enfant qui, prenant l'effet pour la cause, se venge sur l'objet dont le contact l'a blessé, incapable qu'il est de remonter jusqu'à l'origine, jusqu'à la cause première de sa souffrance ; ou encore, ils sont en proie à cette illusion, si répandue de nos jours, que le droit est affaire de technique, que la technique suffit à tout.

23. — Illusion dangereuse que M. Georges Ripert a excellemment dénoncée (1) et dont il a montré les abus en

(1) G. RIFERT, *La règle morale dans les obligations civiles.*

affirmant que le droit, même « dans sa partie la plus technique reste dominé par la loi morale » (1), qu'« il existe une sorte de vie secrète de l'obligation juridique » (2), ou vie intérieure dont toute institution est animée, à peine de devenir une froide et vaine abstraction. Quoi qu'on fasse, on ne ramènera pas le problème social à une série d'équations économiques ; le droit restera dominé par la morale dont il constitue la représentation sensible et coercitive. On peut même estimer que jamais les rapports entre les deux disciplines ne furent aussi nombreux et aussi intimes qu'à l'époque actuelle ; les devoirs de charité et d'entre-aide, jadis confinés dans le champ de la morale, ont pénétré dans le domaine juridique avec les lois d'assistance, et de pures recommandations religieuses, comme le repos hebdomadaire, ont pris figure de préceptes juridiques obligatoires. Le législateur n'est plus seulement le répartiteur des valeurs économiques ; il ne se contente pas d'aménager et de discipliner les forces humaines, collectives et individuelles ; il prétend encore assurer le règne de la justice, faire œuvre moralisatrice.

Et surtout, et plus que lui encore, le juge moderne cède à cette tendance ; plus que par le passé, il sonde les intentions et les mobiles des plaideurs ; plus que jamais, il tient compte des circonstances de la cause, de la personnalité des parties, de la moralité du litige ; le droit privé, comme le droit pénal, tend à s'individualiser, ainsi que le prouve notamment le développement dont bénéficie la thèse de l'abus des droits ; il devient plus subjectif,

(1) *Id.*, p. 1.

(2) *Id.*, p. 4. M. MAURICE HAURIU a développé récemment la même idée et dans des termes saisissants : « C'est ravalier le Droit, écrit-il, que de le réduire à une technique. Le vocable de technique doit être réservé à certains procédés de métier ; mais le jurisconsulte, pas plus que le sculpteur ou l'architecte, ne doit être confondu avec le praticien, et le droit n'est pas une pure pratique ». M. HAURIU, *L'Ordre social, la Justice et le Droit*, dans la *Revue trim. de droit civil*, 1927, p. 795, notamment p. 824.

plus souple, plus humain, dans sa réalisation comme dans son principe formel ; il devient de plus en plus affaire de volonté, d'intention, de mobiles.

24. — Il faut donc s'attendre à ce que les mobiles, tels que nous les avons définis, exercent un retentissement sur les actes juridiques nous nous proposons de rechercher dans quelle mesure ce retentissement a été admis par notre législation et par notre jurisprudence ; les considérations qui précèdent n'étaient qu'une préparation à l'étude de notre droit positif français auquel nous arrivons maintenant et que nous comparerons, lorsque l'occasion s'en présentera, avec certaines législations étrangères, en pratiquant ainsi, de temps à autre, des vues sur le droit commun législatif.

25. — *Plan.* — L'influence exercée par les mobiles sur le droit est susceptible de revêtir différentes incidences

1° Elle peut affecter la *validité* même des actes juridiques on comprend qu'un acte soit sain ou soit vicié selon la pensée dont il procède.

2° On conçoit aussi que les mobiles, sans intéresser la validité d'un acte, exercent un retentissement sur sa *solidité* et sur sa *permanence* ; il est né viable, mais les mobiles dont il est issu peuvent en déterminer un jour la destruction.

3° Les mobiles sont susceptibles de commander aux *effets*, voire à la *nature* d'un acte une convention rentre dans telle ou telle catégorie juridique selon l'esprit qui a présidé à sa formation.

4° Enfin, et pour ce qui est spécialement de l'exercice des droits, on sait que, suivant les mobiles auxquels obéit le titulaire, il est correct ou abusif la théorie dite de l'*abus des droits* a pour point central la notion du motif légitime, laquelle voisine avec celle du mobile sans d'ailleurs s'identifier tout à fait avec elle.

Nous avons consacré précédemment une étude spéciale à cette dernière application des mobiles (1) sur laquelle nous ne reviendrons donc que très incidemment ce sont seulement les trois premières fonctions qui nous retiendront et dont nous essaierons de décrire le mécanisme.

Le champ à explorer sera encore très vaste; il le sera d'autant plus que nous serons parfois amené à sortir de la notion du mobile même pour nous occuper, accessoirement sans doute et à titre épisodique, mais nécessairement, de l'intention proprement dite, telle que nous l'avons caractérisée. Bien souvent, les deux concepts s'entremêlent, tellement ils sont mitoyens; par la force même des idées, cette étude des mobiles deviendra parfois et pour un moment une étude de l'intention, du rôle de la volonté dans le droit dans le domaine psychologique, tout se tient, et, quelque soin que l'on apporte à différencier des notions contiguës, il arrive qu'elles constituent un faisceau tellement compact qu'on doit renoncer, sinon à les distinguer et à les dissocier, du moins à les envisager isolément les unes des autres.

(1) L. JOSSEKAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, théorie dite de l'*abus des droits*, 1927.

CHAPITRE I

DE L'INFLUENCE DES MOBILES SUR LA VALIDITÉ DES ACTES JURIDIQUES

26. — Il arrive fréquemment que les mobiles soient les facteurs de la validité même des conventions ou, plus généralement, des actes juridiques ; ils jouent alors un rôle décisif dont nous nous rendrons compte en reprenant certaines des conditions mises à la validité des contrats, mais en les envisageant sous l'angle du mobile ou de l'intention, et nous constaterons que lorsqu'un acte est vicié, c'est fréquemment parce que la volonté des parties ou de l'une d'elles a reçu une mauvaise impulsion les ressorts ont été faussés.

27. — *Le critère de l'acte juridique.* — Et d'abord, les mobiles constituent une pierre de touche fort utile lorsqu'il s'agit de différencier les actes juridiques des simples conventions mondaines, des promesses obligatoires, des arrangements officieux, des bons offices, des complaisances, des tolérances, qui restent en dehors du domaine du droit. A vrai dire, une telle discrimination a pour pivot l'intention je ne suis lié qu'autant que j'ai voulu me lier, que si j'ai agi *animo contrahendi negotii* mais comment, par quels procédés pénétrer jusqu'à mon intention ? Par tous les moyens possibles. On interrogera d'abord la formule qui a été employée et dont les termes pourront cadrer de préférence avec l'hypothèse d'une promesse juridique ou

avec celle d'un simple arrangement officieux ; puis la qualité des parties les accords entre commerçants sont presque toujours des *negotia*, des affaires sérieuses ; et aussi les rapports qui préexistaient entre les prétendus contractants, d'une façon plus générale, entre les intéressés et qui peuvent jeter une vive lumière sur les tractations auxquelles ils ont procédé (1) ; enfin les mobiles mêmes auxquels ils ont obéi s'il est avéré que le promettant a cédé à un sentiment de courtoisie, de délicatesse, d'honneur, l'intention de se lier juridiquement sera par là même exclue ou deviendra peu vraisemblable ; le prétendu débiteur aura entendu obliger autrui et non point s'obliger ; les mobiles auront révélé l'intention, conformément à une loi dont nous avons noté précédemment l'existence (2) et pour l'application de laquelle il y aura lieu de tenir grand compte de l'ambiance dans laquelle les engagements sont intervenus, ambiance de sociabilité (3) ou ambiance familiale (4). Il existe ainsi des mobiles qui sont exclusifs de l'intention de s'engager juridiquement et qui jouent donc, dans l'interprétation des conventions et dans leur qualification, un rôle primordial.

28. — Envisageons désormais un acte véritablement juridique, accompli dans le but de créer, de modifier ou

(1) Notamment, il est de principe que la renonciation à un droit ne se présume pas. V. Civ. 31 janv. 1927 (D. H. 1927.208).

(2) *Sup.*, n° 15. *Sic* Orléans, 23 avril 1842 (S. 1843.2.383) ; Colmar, 31 déc. 1850 (D. P. 1853.2.164). — Cpr. l'art. 34 du Code civil de la Russie soviétique, aux termes duquel « Est nul l'acte qui, d'accord entre les parties, n'a été passé que pour la forme et sans intention d'engendrer des conséquences juridiques. »

(3) Voy. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, n° 3. Pour le transport gratuit. V. *infra*, n° 288.

(4) POTHIER note que si un père « promet à son fils, qui étudie son droit, de lui donner de quoi faire, dans les vacances, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps », il n'entend contracter par là-même aucun engagement juridique (*Traité des obligations*, éd. BÜGNET, t. II, n° 3).

d'éteindre des droits, tel qu'un contrat, une renonciation ou un paiement, et demandons-nous quelle influence les mobiles sont de nature à exercer sur sa validité et sur sa permanence.

Pour mener cette enquête à bonne fin, nous distinguerons trois ordres d'éventualités et nous supposerons successivement :

1^o Que les mobiles des parties ou de l'une d'elles ont été altérés par un vice ;

2^o Qu'ils ont un caractère illicite ;

3^o Qu'ils possèdent au contraire une valeur de légitimation, qu'ils sauvent l'acte de la nullité dont il était menacé.

Nous aborderons donc d'abord la théorie des vices du consentement (*mobiles viciés*), puis celle des mobiles contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (*mobiles illicites*), enfin, nous examinerons les éventualités qui sont de nature à réhabiliter un acte, à le soustraire à la nullité qui le guettait (*mobiles justificatifs*).

SECTION I

LES MOBILES ALTÉRÉS PAR UN VICE DU CONSENTEMENT (MOBILES VICIÉS).

29. — Nous visons par cette rubrique, non pas les mobiles illicites proprement dits, mais ceux qui ont été pervertis, infectés sous une influence pernicieuse : ils ne sont pas vicieux, du moins chez celui qui en subit l'emprise, mais ils ont été viciés ; il y a eu maldonne ; le mécanisme de la volonté a été déclenché malencontreusement ; les ressorts en ont été faussés, de telle sorte que l'impulsion a été défectueuse — quelles seront les conséquences de ce faux départ, de cette déviation du vouloir ?

Les circonstances qui ont pu ainsi altérer les mobiles des parties ne sont autres que celles qui sont connues

sous le nom de *vices du consentement*, à savoir l'erreur, la violence, le dol et aussi la lésion ; nous les étudierons sous leur aspect psychologique, en tant qu'elles faussent ou qu'elles paralysent les ressorts de la volonté.

§ 1. — L'ERREUR (1).

30.⁷— Suivant la formule de Saleilles, « l'erreur implique le défaut de concordance entre la volonté vraie, donc la volonté interne, et la volonté déclarée » (2) ; c'est cette discordance entre les deux volitions qui fait se poser le problème juridique de l'erreur, comme dans le cas classique, visé par Pothier, où j'achète des flambeaux en cuivre argenté en croyant acquérir des flambeaux en argent (3) ; peut-être mon vendeur était-il de bonne foi, et c'est en quoi la notion de l'erreur se différencie irréductiblement de celle du dol, mais ma volonté, telle qu'elle s'extériorise, qu'elle se concrétise dans le *negotium*, ne coïncide point avec ma volonté interne ; je conclus un marché auquel, mieux informé, je n'aurais pas souscrit ; le conflit éclate alors entre les mobiles qui m'ont incité à traiter, qui ont déclenché dans mon esprit l'intention d'acheter, et cette intention elle-même, — entre le but poursuivi et le résultat obtenu ; je me trouve dans la situation d'un voyageur qui se serait trompé de direction, qui, croyant s'acheminer vers Paris, tournerait le dos à cette ville et qui s'apercevrait, à un moment donné, qu'il

(1) SALEILLES, *La déclaration de volonté*, pp. 11 et s. ; RICCARDO FUBINI, *Contribution à la théorie de l'erreur sur la substance et sur les qualités substantielles*, *Rev. trim. de dr. civ.* 1902, p. 301 ; CÉLICE, *De l'erreur*, thèse, Paris 1922 ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. I, nos 218 et s.

(2) SALEILLES, *op. cit.*, p. 12.

(3) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 17 : « L'erreur, écrit POTHIER, est le plus grand vice des conventions car les conventions sont formées par le consentement des parties ; et il ne peut pas y avoir de consentement, lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur convention

a fait fausse route une telle erreur est-elle décisive ? Est-elle dirimante ? Va-t-elle vicier mon consentement et, par suite, l'acte conclu sous son empire ?

31. — Il apparaît aussitôt que les circonstances dans lesquelles la méprise s'est produite joueront un rôle important dans la solution du problème il y a erreur et erreur, plus ou moins grave et déterminante ; mais d'autres facteurs interviendront dans le débat, et notamment la conception qu'une législation se fait des actes juridiques et de la volonté qui en constitue l'essence. Dans un pays comme le nôtre, où prévaut encore le principe de l'autonomie de la volonté, où la volonté individuelle exerce encore son empire, où le juge la recherche par tous les procédés d'investigation qui sont à sa portée, l'erreur doit, assez facilement, entraîner la nullité de l'opération malentendu ne fait pas droit. Mais dans un pays, comme l'Allemagne, où l'acte juridique se résume, se ramasse dans la déclaration de volonté, dans la formule élue par les parties, où le juge doit, en principe, prendre cette formule telle qu'elle s'offre à lui, comme une valeur abstraite et détachée de la volonté des contractants, alors on conçoit que l'erreur ne doive pas facilement être prise en considération, mais seulement si elle intéresse les éléments mêmes de la formule ; elle n'est appréciée ou elle ne devrait l'être que par rapport à ces éléments : la théorie doit, en quelque mesure, présenter un caractère objectif. Deux tendances opposées sont ainsi de nature à se manifester, qui sont commandées par l'esprit même des législations, et qu'il importait de signaler aussitôt.

Cette observation faite, voyons quel est, dans ses grandes lignes, le système de notre droit français positif en ce qui concerne l'erreur, tel qu'il a été édifié par le législateur et par la jurisprudence, généralement dans le plan de la tradition.

32.—*Système français sur l'erreur dans les actes juridiques.*

Il est classique de distinguer trois catégories d'erreurs (1), d'après les sanctions qui y sont attachées et selon qu'elles déterminent l'inexistence de l'acte, ou qu'elles le rendent simplement annulable, ou enfin qu'elles n'en compromettent pas la solidité.

33. — I. — Erreur qui entraîne l'inexistence de l'acte, ou *erreur-obstacle* (2).

Ce premier groupe comprend lui-même différents échantillons représentés par les erreurs sur la nature de l'opération, sur l'existence ou sur l'identité de l'objet, sur l'existence de la cause.

1° On peut imaginer, bien qu'assez difficilement, que la dissymétrie affecte la nature même de l'opération ; l'une des parties croyait vendre la chose ; l'autre pensait la prendre à bail ou la recevoir à titre gratuit ; ou encore, un assuré croit traiter avec une compagnie à primes fixes alors qu'il a affaire avec une mutuelle et qu'il fait donc, à son insu, figure d'associé (3).

2° L'erreur porte, non plus sur la catégorie juridique de l'acte, mais sur l'existence ou sur l'identité de l'objet : c'est une chose déjà détruite qui est vendue (4) ; ou bien c'est tel domaine, telle maison, tel cheval, alors que l'ache-

(1) Il semble bien que POTHIER ait entrevu la distinction entre l'erreur obstacle et l'erreur nullité, car il traite, dans des paragraphes et en des termes différents l'erreur portant sur la nature du contrat ou l'identité de l'objet (*Traité des obligations*, n° 17), et celle qui concerne la substance de la chose (n° 18) ou la personne avec qui l'on contracte (n° 19). Dans la première série d'éventualités, il déclare qu'« il n'y a ni vente, ni prêt, ni donation » ; dans les autres cas, il considère que la convention est nulle.

(2) Cette terminologie est celle de LAROMBIÈRE.

(3) Cette dernière éventualité s'est présentée dans la pratique la Cour de cassation a estimé, à tort selon nous, que le contrat était alors nul pour erreur sur la substance, donc simplement annulable. Req. 6 mai 1878 (D. P. 1880.1.12).

(4) C. civ., art. 1601.

teur pensait acquérir un autre individu du même genre.

3° L'erreur peut encore intéresser la cause de l'engagement : je crois être tenu de servir un legs mis à ma charge par un testament, et, sur cette croyance, je signe un billet en faveur du prétendu légataire ; après quoi, on découvre un testament qui révoquait celui dans lequel la disposition se trouvait écrite désormais, l'engagement que j'avais souscrit est dépourvu de cause ; il doit donc tomber, purement et simplement (1).

Si, dans ces trois ordres d'éventualités, l'erreur entraîne l'inexistence de l'acte, c'est qu'elle est véritablement destructive, et non pas seulement corruptrice du consentement. L'acte se ramène aux proportions d'un simple malentendu ; il devient le néant. Il faut d'ailleurs remarquer que, dans les deux premiers cas, la discordance sévit, non seulement entre la volonté déclarée et la volonté effective de l'une des parties, mais entre les volontés des deux parties qui ne se sont pas rencontrées dans ces conditions, il n'y a rien de fait ; il n'y a pas accord ; l'acte, du moment qu'il est inexistant, est insusceptible d'être confirmé ; tout intéressé pourra, indéfiniment, se réclamer de son inanité. Tout se ramène à un procès-verbal de carence que chacun peut dresser à volonté.

34. — II. — Erreur qui détermine seulement l'annulabilité de l'acte, qui fonctionne en tant que vice du consentement *erreur-nullité*.

La sanction consiste alors dans une nullité relative qui est à la disposition de la seule victime et de ses héritiers et qui est susceptible de disparaître par l'effet de la confirmation dont la prescription décennale de l'article 1304 du code civil n'est qu'une application spécialisée.

(1) Cpr. Req. 1^{er} juill. 1924 (D. P. 1926.1.27) ; il s'agissait, dans l'espèce, d'un engagement souscrit par une personne qui s'était crue, à tort, responsable d'un incendie.

Rentrent dans ce deuxième groupe

1^o L'erreur sur la substance de la chose, et nous aurons à déterminer le sens exact de cette formule (1) ;

2^o Dans certains cas et dans certains contrats, l'erreur sur la personne, sauf à préciser également par la suite ce qu'il convient d'entendre par là (2) ;

3^o L'erreur sur l'efficacité de la cause, encore que le code civil n'en fasse pas état : si je souscris un engagement envers une personne, croyant être tenu civilement envers elle alors que je ne le suis, en réalité, que *naturaliter*, mon engagement, qui existe, est du moins susceptible d'être annulé (3).

Dans ces différents cas, l'erreur est bien moins grave que dans ceux qui ressortissent au premier groupe, car les deux volontés se sont effectivement rencontrées et le contrat n'est dépourvu d'aucun de ses éléments essentiels ; l'acte, c'est-à-dire l'intention existe ; seuls, les mobiles et le but qui sont à la base de cette intention et de cet acte ont été troublés par l'erreur commise ; et c'est pourquoi la sanction consiste dans une simple nullité relative.

35. — III. — Erreur indifférente à la validité de l'acte juridique.

Les erreurs qui rentrent dans ce dernier groupe peuvent avoir des conséquences juridiques ; elles servent parfois à étayer, de la part de la victime, une action en dommages-intérêts ; mais elles ne compromettent pas la solidité de l'acte, elles ne constituent pas des vices du consentement.

Il faut citer dans cet ordre d'idées

1^o L'erreur sur les qualités non substantielles, sur les

(1) *Inf.*, nos 57 et s.

(2) *Inf.*, nos 44 et s.

(3) Voy. DEMOLOMBE, t. XXIV, n^o 126 ; BAUDRY et BARDE, t. I, n^o 69. — Cpr. Req. 1^{er} juill. 1924 (D. P. 1926.1.27).

qualités accidentelles de la chose, par exemple, dans un livre, la qualité du papier ou même celle du style (1), dans un domaine, les tenants et aboutissants (2), dans un cheval, le dressage plus ou moins poussé dont il a été l'objet (3), dans une automobile, la vitesse réalisable.

2° L'erreur sur la valeur de la chose. Dans notre droit positif français, la simple lésion ne vicie pas les contrats, en principe du moins et sauf pour certaines personnes et dans certains actes, en très petit nombre les parties traitent à leurs périls et risques (4).

3° L'erreur sur la personne, lorsqu'elle n'est point déterminante, soit qu'elle porte seulement sur les qualités ou qu'elle affecte l'identité même du contractant ; et, parmi les qualités accidentelles, on fait rentrer la solvabilité (5).

4° L'erreur sur ce qu'on est convenu d'appeler les *motifs*, c'est-à-dire les mobiles *in genere*, les raisons (6) qui ont pu me décider, *in abstracto*, à contracter, comme si j'achète un cheval croyant faussement que le mien va périr ou qu'il ne pourra plus m'être d'aucune utilité, ou encore comme si je fais une donation parce que je m'imaginai avoir réalisé un bénéfice qui m'échappe par la suite (legs, opération de bourse, lot). (7).

5° L'erreur purement matérielle, telle une erreur de calcul : l'unique sanction consistera dans une rectification,

(1) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 18 ; le jurisconsulte suppose que j'achète chez un libraire un livre, dans la fausse persuasion qu'il est excellent, alors qu'il est au-dessous du médiocre cette erreur n'est pas destructive de mon consentement.

(2) Riom, 10 mai 1884 (*Gaz. Pal.* 1884.2.422).

(3) Trib. civ. Seine, 22 juill. 1882 (*Gaz. Pal.*, 1883.2.134).

(4) C. civ., art. 1313. — Req. 1^{er} mars 1876 (D. P. 1877.1.155) ; — Voy. cependant Paris, 4 mars 1924 (D. H. p. 209).

(5) Civ. 5^e août 1874 (D. P. 1875.1.105) ; Trib. civ. Seine, 3 août 1897 (D. P. 1898.2.51).

(6) V. *suprà*, n° 16.

(7) C. fédéral suisse des obligations, art. 24 « L'erreur qui concerne uniquement les motifs du contrat n'est pas essentielle ».

dans un redressement ; le contrat restera debout (1).

Ces solutions, incontestées si on laisse de côté les points de détail et certaines applications plus ou moins scabreuses (2), sont acceptées constamment par les auteurs et en jurisprudence ; elles forment un corps de doctrine homogène et cohérent qui trouve des points d'appui solides dans la tradition, dans les textes du code civil, dans le bon sens.

36. — Examen de ce système. — Quelle impression laisse cette théorie de l'erreur que nous venons de brosser à larges touches ? Quelle est l'idée essentielle qui la caractérise ? C'est que l'erreur qui vicie le consentement, et, par suite, le contrat, est toujours et seulement l'*erreur déterminante* (3), l'*erreur essentielle* du droit suisse et du droit des soviets (4), celle qui intéresse un *mobile déterminant*, le mobile animateur, propulseur de l'acte juridique.

Le critère est d'une exactitude manifeste pour les erreurs qui entraînent l'inexistence du contrat si je ne m'étais pas abusé sur la nature de l'opération, sur l'identité de l'objet ou sur l'existence de la cause, je n'aurais pas traité, ou, du moins, j'aurais conclu un *negotium* tout différent dans ses éléments essentiels et constitutifs ; c'est une erreur capitale que j'ai commise, qui a neutralisé ma volonté et qui ne peut donc rien créer. A l'inverse, si je me suis trompé sur les qualités simplement accidentelles de

(1) *C. suisse fédéral des obligations*, art. 24, dernier al.

(2) Il importe également de ne pas prendre à la lettre la terminologie des arrêts et des jugements qui, assez souvent, parlent de nullité alors qu'il s'agit d'inexistence. Voy. Paris, 4 mars 1924 (D. H. 209) ; Req. 1^{er} juill. 1924 (D. P. 1926.1.27). Le langage de la pratique manque totalement de précision sur ce point ; mais, en général, l'impropriété est de pure forme ; elle laisse intact le fond même du droit.

(3) *C. fédér. des obligations*, art. 23. Cpr. l'art. 119 *in fine* du Code civil allemand.

(4) C. civ. de la Russie soviétique, art. 32.

la chose ou de la personne, ou sur la valeur respective des prestations en présence, ou encore si j'ai commis une erreur purement matérielle, on ne peut plus dire que ma détermination soit due uniquement à un malentendu, ou du moins on ne peut plus le dire avec certitude alors même que j'aurais été mieux informé au sujet des qualités accidentelles ou de la valeur de la chose, j'aurais peut-être traité quand même. Tout ce qu'il est permis de présumer c'est que j'aurais traité à d'autres conditions ; mais on sait que notre loi française n'exige pas qu'une justice absolue préside à l'élaboration des clauses d'un marché, d'un acte de spéculation tel que la vente ; elle admet qu'après la signature de l'acte il y ait un vainqueur et un vaincu, pourvu que les tractations se soient déroulées normalement, loyalement (1).

37. — C'est pour des raisons du même genre que l'erreur sur les simples motifs n'est point davantage dirimante ; il est bien vrai qu'elle a cependant joué, dans l'opération, un rôle déterminant, puisqu'elle a contribué puissamment à déclencher la volonté de la partie contractante ; sans elle, l'acte n'aurait pas été conclu, et il semble donc que sa nullité soit commandée par la conception que nous nous sommes faite des mobiles et des conséquences que doit comporter leur altération. Cependant, il y a lieu d'observer

1^o Que l'erreur inhérente aux motifs est, le plus souvent, ignorée du cocontractant et qu'il serait donc injuste qu'elle viciât en principe le consentement de celui qui l'a subie si, par exemple, un acheteur pouvait attaquer le contrat sous le prétexte que les raisons internes qui l'avaient déterminé à acheter étaient fausses, c'en serait fait de la sécurité des transactions.

(1) *Inf.*, nos 97 et s.

2° D'autre part, les motifs, tels qu'ils sont entendus ici, ne donnent pas la mesure du contrat auquel ils se rapportent ; ils le déterminent bien dans son principe, non dans son individualité, ni dans sa finalité. J'ai acheté un cheval parce que je croyais que celui que je possédais allait périr, ou bien une automobile parce que je pensais m'établir dans une région écartée qui n'était desservie par aucun mode de transport public ; voilà les raisons pour lesquelles j'ai acheté, mais non pas pour lesquelles j'ai acheté telle chose de telle personne et à telles conditions ; étant donnés les motifs qui ont déclenché ma volonté, j'aurais pu traiter avec un autre marchand et moyennant des conditions différentes. En ce sens, les motifs, tels qu'on les comprend dans la théorie de l'erreur, ont un *caractère abstrait* (1) ; ils postulent un acte, en tant que catégorie juridique, mais non point dans son contenu et avec des lignes arrêtées ; malgré leur valeur psychologique déterminante, ils n'expliquent point les modalités, même essentielles, de l'opération.

3° Car ils ne se réfèrent pas à un élément essentiel et précis du *negotium* ; ils ne touchent ni à la personne, ni à l'objet, ni à la cause, telle que celle-ci est entendue dans la conception courante.

On comprend donc, pour ces diverses raisons, que l'erreur sur ce qu'on appelle les motifs de l'acte n'ait pas une vertu dominante et que celui qui l'a subie ne soit pas fondé à prétendre que son consentement avait été vicié ; on s'explique du même coup qu'il en soit autrement pour les libéralités testamentaires que notre jurisprudence incline à annuler à raison des motifs erronés auxquels a obéi le disposant (2), comme s'il croyait faussement avoir lui-

(1) *Suprà*, n° 16.

(2) Voy. sur cette jurisprudence, CAPITANT, *De la cause des obligations*, nos 216 et s.

même recueilli un héritage (1) ou s'il pensait à tort n'avoir aucun héritier *ab intestat* (2) ou aucun descendant (3) ; c'est qu'alors l'acte est l'œuvre exclusive de la volonté du testateur, et non le résultat d'une collaboration entre deux ou plusieurs vouloirs ; on comprend donc que cette volonté unique soit analysée, scrutée avec une particulière attention ; les motifs n'existent que d'un seul côté et l'on s'explique qu'ils soient décisifs, n'étant pas contrôlés et re-foulés par des mobiles correspondants, par des contre-mobiles ; c'est aussi que l'intention libérale est, en somme, exceptionnelle, anormale, qu'elle ne trouve pas sa raison d'être dans des considérations d'ordre économique et qu'elle doit donc être interprétée à la lueur des facteurs moraux qui l'ont fait naître, à peine de revêtir un caractère abstrait et énigmatique : l'acte de bienfaisance relève de la psychologie infiniment plus que l'acte de spéculation qui trouve en lui-même, dans les clauses qu'il renferme, une cause suffisante et sa propre explication.

Sous le bénéfice de cette dérogation relative aux legs et qui est, à notre avis, justifiée, l'erreur sur les motifs ne vicie pas le consentement, parce qu'elle n'a pas déterminé l'acte dans son identité individuelle mais seulement dans son principe ; les motifs ne sont pas tous les mobiles, mais seulement une catégorie d'entre eux, ceux qui postulent l'acte envisagé abstraitement et non dans sa réalité concrète ; leur force de détermination, leur valeur téléologique sont limitées et c'est pourquoi leur altération n'entraîne pas d'irréparables conséquences.

38. — Il en est autrement des erreurs intéressant soit la substance de l'objet du contrat, soit la personne, soit

(1) CAPITANT, *op. cit.*, n° 217 ; Pau, 24 janv. 1837. *Jurisp. gén.* Dalloz, V° *Disp. entre vifs*, n° 3432.

(2) Paris, 9 fév. 1867 (D. P. 1867.2.195).

(3) Rennes, 11 avril 1905 (D. P. 1906.2.257, note PLANIOL).

l'efficacité de la cause ; celles-là portent sur des éléments mêmes de l'acte ; leur caractère intrinsèque est manifeste ; elles ont été déterminantes au premier chef, non seulement dans le principe, mais aussi dans sa réalisation à laquelle elles ont commandé et qu'elles ont faussée.

L'erreur sur l'efficacité de la cause est particulièrement grave, puisqu'elle porte sur la cause même de l'opération, au sens classique et technique du mot : le débiteur a cru à l'existence d'une obligation civile qui pesait sur lui et où il voyait la cause même de l'engagement, du billet par lui souscrit ; s'il avait su que cette cause n'existait que *naturaliter*, il n'aurait rien signé ; son dessein était de reconnaître une obligation civile, non de transformer une dette naturelle en dette civile. Sa situation est comparable à celle où il se trouverait s'il avait acquitté, par méprise, un engagement naturel qu'il avait cru pour lui obligatoire ; la loi lui ouvrirait alors une action en répétition (1) ; lorsqu'il s'est contenté de donner sa signature, il doit pouvoir, en cette occurrence aussi, mais par des moyens appropriés, rétablir le *statu quo ante* : et c'est dans ce but qu'il exercera une action en nullité.

39. — L'erreur sur la personne vicie le consentement pour la même raison, parce qu'elle a été déterminante, et seulement si elle se présente sous cet aspect. L'article 1110 du code civil, dans son deuxième alinéa, est suffisamment explicite : c'est uniquement lorsque « la considération de la personne » a été « la *cause principale* de la convention », qu'une telle méprise entraîne la nullité de l'opération. Le juge devra rechercher si l'erreur a été déterminante, si elle a entraîné la volonté de celui qui l'a subie, sans distinguer d'ailleurs selon qu'elle porte sur l'identité même de la personne ou seulement sur ses qualités et pourvu

(1) C. civ., art. 1235, 2^o al, arg. à *contrario*.

que celles-ci aient été déterminantes. Cette assimilation, qui est formellement consacrée par les législations allemande (1) et suisse (2), est admise en France par une doctrine (3) et par une jurisprudence (4) constantes ; elle peut être considérée comme partie intégrante de notre droit positif français.

40. — L'erreur sur la substance de la chose, objet du contrat, obéit à la même loi psychologique ; traditionnellement, et comme nous le montrerons (5), on entend par substance l'essence même, ou, plus exactement, les qualités substantielles de la chose, les qualités essentielles, celles en vue desquelles les parties ont contracté et en dehors desquelles l'opération n'aurait pas été conclue.

41. — Ainsi se vérifie, de bout en bout, cette idée maîtresse que l'erreur qui est retenue, soit comme exclusive, soit comme corruptrice du consentement, est invariablement et seulement l'erreur propulsive déterminante, entraînant, essentielle, l'erreur sur les mobiles c'est parce que les ressorts de la volonté ont été faussés que l'acte est inexistant ou est frappé de nullité ; le but poursuivi par la partie contractante ne peut plus être atteint ; les procédés employés ne lui sont pas adéquats ; ils jurent tant avec l'idée dont l'acte était sorti qu'avec l'objectif à quoi il tendait. Envisagé en lui-même, l'acte est complet ; mis en rapport tant avec ses antécédents qu'avec sa finalité, il constitue un contre-sens juridique ; il doit tomber.

(1) C. civ. allemand, art. 119, § 2.

(2) C. civ. fédéral suisse, art. 124 qui prévoit l'erreur sur les qualités essentielles de la personne de l'un des futurs conjoints.

(3) BAUDRY et BARDE, t. I, n° 63 ; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 121 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 280.

(4) Voy. les décisions citées *inf.*, nos 45 et s.

(5) *Inf.*, nos 60 et s.

42. — *Plan.* — Si cette directive générale est hors de discussion, son application est de nature à soulever bien des difficultés ; il est d'autant plus urgent de les examiner que nous aurons par cela même l'occasion d'éprouver le critère auquel nous nous référons et d'en pénétrer l'essence intime. Nous allons donc rechercher

1° A quoi se reconnaît l'erreur déterminante, propulsive du consentement ;

2° Si l'on retient, en tant que vice du consentement, même une erreur unilatérale, personnelle à l'une des parties, ou bien si l'on ne fait pas uniquement état de l'erreur commune, de l'erreur partagée

3° Enfin, si l'erreur de fait seule est dirimante, ou bien s'il ne convient pas de retenir, au même titre, l'erreur de droit.

43. — I. — *Recherche du critère de l'erreur déterminante, de l'erreur sur les mobiles.* — Assurément, le juge aura une très grande liberté d'appréciation dans la recherche et dans la précision des éléments constitutifs de l'erreur déterminante ; encore faut-il cependant qu'il soit guidé dans sa tâche par certains points de repère que nous devons maintenant dégager, en distinguant entre l'erreur sur la personne et l'erreur sur la substance.

44. — A. — *Erreur sur la personne.* — Pour cette sorte de méprise, le critère revêt des contours assez concrets ; il s'objective traditionnellement dans l'opposition classique entre les contrats qui sont conclus en considération de la personne, *intuitu personæ*, et ceux dans lesquels cette considération n'a qu'un intérêt secondaire ou même inexistant. *L'intuitus personæ* est présenté par les auteurs comme la pierre de touche du rôle joué par l'erreur afférente à la personne de l'un des contractants : là où il se retrouve, et là seulement, l'erreur commise revêt la valeur d'un

mobile vicié et entraîne donc la nullité de l'opération.

Mais cette position ne supprime pas la difficulté elle la recule et la situe, simplement, car encore faudra-t-il établir la discrimination des actes juridiques dans lesquels la considération de la personne est ou non décisive, et c'est une tâche que la doctrine n'a pas toujours menée à bien, imbue qu'elle est de certains préjugés contraires à la réalité des choses.

45. — Il faut cependant placer hors de toute discussion les actes relatifs à l'état des personnes et, en thèse plus générale, ceux qui concernent les droits extra-patrimoniaux, tels le mariage ou la reconnaissance d'un enfant naturel (1). Leur caractère personnel ne saurait faire doute et l'erreur sur la personne a donc, en ce qui les concerne, une force dirimante, soit qu'elle ait porté sur l'identité physique du conjoint, ou seulement, éventualité plus vraisemblable, sur son identité civile (2). Mieux que cela : l'erreur sur les qualités de la personne (3) est susceptible, dans le plan de la jurisprudence la plus récente, d'entraîner la même sanction, du moins lorsqu'elle intéresse les qualités essentielles, celles qui ont dû être prises en considération par l'autre partie dont elles ont entraîné la décision. A ce point de vue, il se produit dans la jurisprudence une évolution des plus caractéristiques ; tandis que, jusqu'à ces dernières années, l'erreur sur de telles

(1) PLANIOL, t. I, n° 1490. — Aix, 22 déc. 1850 (D. P. 1854.2.121). Il est curieux de noter que, dans cette décision, la Cour d'Aix qualifie l'erreur sur la personne de l'enfant mineur, d'erreur sur la substance de la chose ; l'enfant est considéré par elle comme ayant joué un rôle passif dans l'opération dont il a été l'objet.

(2) Bordeaux, 21 mars 1866 (D. P. 1866.2.87) ; Paris, 12 mars 1903 (D. P. 1903.2.191) ; trib. civ. Pont-l'Evêque, 22 mai 1906 (D. P. 1907.5.5) ; trib. civ. Seine, 9 mars 1923 (S. 1923.2.16).

(3) Pour l'erreur sur la personne en matière de mariage, V. le *Traité pratique de droit civil français*, de MM. PLANIOL et RIPERT, t. II, *La Famille*, par M. ROUAST.

qualités était considérée comme indifférente à la validité de l'union (1), nos tribunaux ont maintenant une tendance à lui reconnaître une valeur dirimante, au moins lorsqu'elle affecte la nationalité du futur conjoint et que cette nationalité, si elle avait été connue de l'autre partie, aurait vraisemblablement fait obstacle à la conclusion du mariage c'est ainsi que la femme qui épouse un homme de pure race allemande alors qu'elle pensait s'unir avec un Alsacien, est fondée à demander la nullité du mariage, contracté en pleine guerre, sous l'empire d'une erreur considérée comme déterminante (2) ; si, au contraire, la méprise s'était produite au cours d'une période de paix, la nullité ne serait pas accordée par le tribunal, car il ne serait pas suffisamment établi que la nationalité du conjoint eût joué, en pareil cas, un rôle décisif (3). Tout se ramène donc à ce critère du mobile déterminant : l'erreur sur la *personnalité civile* de l'un des conjoints devient dirimante lorsqu'elle a entraîné la volonté de la victime dans une fausse direction, lorsqu'elle a contribué à l'égarer (4). La solution est d'autant plus importante que la théorie du dol est sans application en matière de mariage ; il est de tradition, sinon de moralité, qu'« en mariage il trompe qui peut » (5) ; cette lacune rend d'autant plus nécessaire et plus secourable à la victime la théorie de

(1) Voy. Ch. réun. 24 avril 1862 (D. P. 1862.1.153) ; Civ. 15 janv. 1872 (D. P. 1872.1.52).

(2) Trib. civ. Seine, 4 fév. 1918, et 2 janv. 1920 (motifs) (D. P. 1920.2.78).

(3) Jug. précité du 2 janv. 1920.

(4) Voy. en sens contraire, pour l'erreur sur la nationalité ; un jug. du trib. régional de Strasbourg, 21 déc. 1920 (D. P. 1923.2.161). D'après ce tribunal, qui en revient au système que la Cour de cassation avait consacré en 1862, l'erreur sur la personne serait l'erreur « sur l'individualité entière », et non sur les qualités de la personne, son rang, sa fortune, ses mœurs. Cette opinion est critiquée par l'arrêtiste, M. NAST.

(5) PLANIOL, t. I, n° 1057.

l'erreur sur les qualités de la personne qui constituera son unique ressource.

46. — Si maintenant nous envisageons les actes intéressant le patrimoine, nous sommes amené, avec tous les auteurs comme avec la jurisprudence, à reconnaître que certains d'entre eux seulement comportent l'*intuitus personæ*, alors que d'autres sont conclus en dehors de toute considération de personne ; et, dans l'opinion courante, on concrétise cette formule au moyen d'une opposition entre les actes à titre gratuit, lesquels constitueraient la première catégorie, et les actes à titre onéreux, lesquels seraient presque invariablement démunis de l'*intuitus personæ* (1).

Nous ne pensons pas que cette opposition soit rigoureusement, ni même approximativement exacte ; les deux propositions qui la composent ne correspondent pas à la réalité, surtout la deuxième qui exprime presque une contre-vérité. Sans doute, il est bien vrai que la plupart des actes à titre gratuit interviennent en considération de la personne du gratifié, non seulement la donation entre vifs et le legs, mais le cautionnement, le commodat, le dépôt, en un mot les opérations de bienfaisance, lesquelles sont inspirées par des sentiments de bienveillance, d'amitié, de reconnaissance, d'affection, de confiance, c'est-à-dire par des sentiments *ad hominem*, qui se localisent et qui s'individualisent presque nécessairement ; tandis qu'à l'inverse, bon nombre de contrats à titre onéreux sont conclus en dehors de toute considération d'ordre personnel. Tel est parfois le cas de la vente, surtout de la vente au comptant : dans cette opération, les parties ne se préoccupent pas de leurs personnalités, de leurs moralités respectives ; elles concentrent leur attention sur les éléments réels du contrat, prix et chose vendue ; le vendeur préférera

(1) BAUDRY et BARDE, t. I, n° 62.

à l'acheteur le plus éminent et même le plus illustre qui lui offre un moindre prix, l'acheteur ignoré ou méprisabie qui paie plus cher : les affaires sont les affaires et l'argent n'a point d'odeur.

Tout cela est exact ; mais, ce qui ne l'est point, c'est qu'une opposition irréductible doive être établie, sur ce thème, entre les deux catégories d'actes ; en forçant les termes de l'antithèse, on s'écarterait de la réalité juridique ; car, il est des actes à titre gratuit qui interviennent en dehors de toute considération de personne, tandis qu'à l'inverse et surtout, l'*intuitus personæ* se retrouve dans un très grand nombre d'opérations cependant conclues à titre onéreux.

47. — *Cas dans lesquels le titre gratuit se libère de l'intuitus personæ.* — Fréquentes sont les libéralités qui interviennent au profit de bénéficiaires quelconques, abstraction faite de leur personnalité, les *libéralités à destination anonyme* le magistrat romain qui jetait des pièces de monnaie à la foule, ou les parents, les nouveaux époux, qui, de nos jours encore, à l'occasion d'un mariage ou d'un baptême, pratiquent la tradition de la main ouverte, ceux-là sont bien animés d'un esprit de libéralité, mais tellement compréhensif qu'il ne se fixe pas sur une personne, ni même parfois sur une catégorie de personnes déterminées, et, le plus souvent, le bienfaiteur ne se fait pas une idée inexacte de la personnalité des gratifiés il accomplit un geste qui porte en lui-même sa propre valeur et qui bénéficiera au premier venu.

La même observation doit être faite pour certaines fondations destinées à fonctionner au profit de catégories plutôt que d'individualités, voire au profit de tout venant, tel un refuge, un hospice dans lesquels tout voyageur ou tout passant a la certitude de trouver un asile.

L'analyse d'actes de ce genre, qui relèvent cependant

sans nul doute du titre gratuit, ne décèle, à aucun degré, l'existence de l'*intuitus personæ* ; l'erreur sur la personne ne joue donc ici aucun rôle ; elle est même inconcevable, puisque la libéralité a une destination anonyme ; pour qu'elle entre en jeu, il faut supposer que la disposition s'applique à une personne déterminée, qu'elle intervient *ad hominem* ; alors, le choix du gratifié a joué, dans l'esprit du bienfaiteur, un rôle décisif ; l'erreur qu'il a pu commettre dans cet ordre d'idées intéresse les mobiles déterminateurs de sa volonté ; elle sera sanctionnée par la nullité relative de la disposition intervenue sous le coup d'une méprise irritante : il y a maldonne.

48. — *Cas dans lesquels le titre onéreux se combine avec l'intuitus personæ.* — Contrairement à une opinion très accréditée en doctrine, les actes à titre onéreux sont fréquemment conclus en considération de la personnalité des parties ou de l'une d'elles, en sorte que l'antithèse que l'on prétend établir, sur ce terrain, entre les deux catégories d'opérations, est assez peu justifiée.

L'observation est d'une exactitude reconnue pour les contrats productifs d'obligations de faire, dans lesquels les aptitudes, le talent, la moralité ou la renommée de l'une des parties constituent des éléments de tout premier plan : ce n'est pas indifféremment que l'on s'adresse à un avocat plutôt qu'à un autre, à tel médecin ou à tel chirurgien, à un architecte, à un peintre ou à un sculpteur ; l'identité de la personne est prise alors en considération ; elle joue, dans les tractations, un rôle décisif, et l'erreur qui peut être commise à son occasion est certainement irritante. Il n'est pas jusqu'à la personnalité d'un artisan, voire d'un ouvrier, qui ne soit susceptible d'être retenue par celui qui recourt à leurs services, car l'habileté et la conscience de ces techniciens constituent parfois des facteurs importants du choix dont ils sont l'objet. Il est

vrai que la Cour de cassation a décidé différemment pour le contrat de travail conclu avec un ouvrier qui avait produit au patron, lors de l'embauchage, de fausses pièces se référant à un autre individu l'erreur dans laquelle l'employeur avait été induit ne fut pas considérée comme dirimante par la Chambre des requêtes qui affirma la validité de la convention intervenue dans ces conditions (1). Mais, dans l'espèce, l'ouvrier embauché était un simple manœuvre, un terrassier employé à la réfection de la voie ferrée, c'est-à-dire à un travail pour l'exécution duquel, comme le constate la Cour de cassation, il aurait été tout aussi volontiers agréé s'il avait produit ses propres pièces, lesquelles n'étaient point en sa possession lors de l'embauchage. Ainsi présentée, la solution est correcte ; mais les motifs mêmes qui l'étayaient annoncent les limites de la théorie ; la Cour de cassation aurait jugé autrement, elle aurait admis la nullité du contrat s'il s'était agi d'un ouvrier d'un ordre plus relevé, dont l'expérience, l'habileté professionnelle, les connaissances techniques auraient mérité d'être prises en considération par l'employeur.

49. — Les contrats de *société* et d'*association* sont, eux aussi, susceptibles de ressortir à l'*intuitus personæ* la constatation est banale pour les sociétés de personnes, lesquelles sont dissoutes par le décès de l'un des associés (2); elle est exacte pour les associations dans lesquelles on exige de l'adhérent une certaine personnalité, parfois même une présentation, des références : s'il s'est attribué, ou s'il lui a été attribué une fausse individualité, une qualité d'emprunt considérée comme essentielle, l'adhésion est frappée de nullité.

Dans le contrat d'*assurance*, il est bien connu que la personnalité de l'assuré peut être déterminante, puis-

(1) Req. 17 janv. 1911 (S. 1912.1.518).

(2) C. civ. art. 1865.

qu'elle est de nature à influencer sur le risque en l'aggravant ou en l'atténuant, et l'on sait que, d'après notre code civil, la *transaction* peut être rescindée lorsqu'il y a « erreur dans la personne » (1).

50. — Il semble que la vente et le louage de choses échappent du moins à l'*intuitus personæ*, la vente surtout, qui est une opération d'ordre normalement commercial, qui est une affaire, un acte de spéculation par excellence et non un geste sentimental cependant, même dans ce domaine, que de réserves à faire, soit pour l'une, soit pour l'autre de ces opérations !

Si on y réfléchit, la personnalité de l'acheteur est susceptible de jouer un rôle décisif, du moment que la vente n'a pas lieu au comptant et que le vendeur ne bénéficie pas de garanties suffisamment efficaces: sans doute, l'erreur sur la solvabilité du débiteur n'est point dirimante, car elle porte sur une qualité qui est considérée comme simplement accidentelle (2); mais si l'on suppose que l'acheteur se soit fait passer ou qu'il se soit laissé prendre pour un autre individu, solvable alors que lui-même ne l'était point, la situation se trouve modifiée. A vrai dire, cette constatation perd beaucoup de son intérêt pratique du fait que, dans la plupart des cas, l'erreur se complique alors de dol; mais, théoriquement, il n'est pas inutile de constater que l'erreur sur la personne serait, à elle seule, susceptible d'altérer le consentement et de vicier le contrat.

51. — La personnalité du vendeur n'est pas non plus indifférente: on comprend que l'acheteur ne se soucie pas de traiter avec un individu dont la mauvaise réputation pourrait le suivre et lui nuire pendant longtemps, spécia-

(1) C. civ., art. 2053 al. 1.

(2) *Sup.*, n° 35.

lement si l'opération porte sur un fonds, sur une agence : le cessionnaire d'une agence d'affaires qui a cru traiter avec un homme honorable et qui s'aperçoit ensuite que son cédant lui a dissimulé son identité fort peu recommandable, est fondé à demander la nullité de la cession tant pour cause d'erreur que pour cause de dol. Ainsi a décidé la cour d'Aix (1), et les motifs sur lesquels est basé l'arrêt qu'elle a rendu vaudraient tout aussi bien pour la cession de la clientèle d'un médecin ou pour celle d'un fonds de commerce.

52.— En pareil cas, l'erreur a cependant porté, non point sur l'identité même de la personne, mais seulement sur ses qualités, sur sa moralité: *l'intuitus personæ* revêt donc, malgré le caractère onéreux de l'opération, un caractère intensif. Et nous pensons que, parmi ces qualités décisives, il faut comprendre, lorsque le contrat a pour objet un corps certain dont il tend à transférer la propriété de l'une des parties à l'autre, la qualité de propriétaire si la vente de la chose d'autrui est nulle, aux termes de l'article 1599 du code civil, c'est à raison de l'erreur dans laquelle l'acheteur était tombé, relativement à la situation, au pouvoir juridique de son vendeur ; c'est parce qu'il s'est mépris au sujet d'une qualité de celui-ci, qualité déterminante, puisque, à son défaut, l'opération ne peut plus atteindre l'objectif qui lui était assigné dans la pensée des parties le déplacement immédiat de la propriété du corps certain, objet de la vente (2).

Il est vrai que cette explication de l'inefficacité de la vente de la chose d'autrui est loin d'être universellement admise ; bien des auteurs se refusent à rattacher la disposition de l'article 1599 à la théorie de l'erreur, et, plus spécialement, à celle de l'erreur sur la personne, et l'on a

(1) Aix, 21 déc. 1870 (D. P. 1871.2.79)

(2) Cpr. Huc, t. X, n° 65 ; DEMOGUE, *op. cit.*, t. I, p. 377.

songé à la ramener à une théorie toute différente, celle de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution des obligations, telle qu'elle est écrite, sous une forme générale dans l'article 1184, plus spécialement pour ce qui est de la vente, dans l'article 1654 (1). Mais cette interprétation se heurte et au texte de l'article 1599 qui parle de nullité, non de résolution, et à la tradition ainsi qu'aux travaux préparatoires du code civil, favorables, ceux-ci comme celles-là, à la conception d'un vice originel affectant le contrat (2) ; elle est d'ailleurs inconciliable avec l'admission d'une prescription décennale, à laquelle notre jurisprudence se montre favorable, par application de l'article 1304 (3) et que ne comporte point l'action en résolution, laquelle ne s'éteint que par le délai de trente années, conformément au droit commun de l'article 2262 (4).

Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que le rattachement de la nullité de la vente de la chose d'autrui à la théorie de l'erreur ne soit pas de nature à soulever certaines critiques, notamment une objection tirée du dispositif même de l'article 1599 d'où il ressort que l'acheteur peut invoquer la nullité alors même qu'il aurait été au courant de la situation lors de la vente, donc alors qu'il n'aurait pas été victime d'une erreur. Mais M. CAPITANT a répondu fort ingénieusement et utilement que, dans cette dernière éventualité, ou bien l'acheteur a entendu agir à ses risques et périls, et alors on lui refusera la nullité en dépit de la teneur de l'article 1599, car il a voulu faire une opération aléatoire, ou bien il a dû compter que le vendeur s'emploierait à lui faire avoir la propriété, soit en l'acquérant lui-même, soit en obtenant la ratification du pro-

(1) *Sic* DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. VII, nos 28 et s.

(2) CAPITANT, *De la cause*, n° 95

(3) PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1424.

(4) *Id.*, n° 1567.

priétaire si cette attente est trompée, on retombe alors dans le cas de l'erreur et c'est pourquoi la nullité de la vente joue au profit de la victime ; seulement, comme celle-ci est moins intéressante en l'occurrence que si elle eût pensé traiter avec le propriétaire, ou lui refuse des dommages-intérêts (1). L'objection tirée du libellé de l'article 1599 n'est donc point décisive ; elle l'est d'autant moins que la mauvaise foi de l'acheteur est, en fait, extrêmement rare et qu'il convient de se placer, pour découvrir l'interprétation exacte de cette disposition, dans l'éventualité normale, celle où l'acheteur a été trompé ou, tout au moins, s'est trompé quant à la situation juridique de son vendeur.

C'est donc bien à la notion de l'erreur qu'il faut faire appel pour expliquer la nullité de la vente de la chose d'autrui ; mais de quelle erreur s'agit-il ? Sur la question ainsi posée, on se divise à nouveau.

On a songé à faire intervenir l'erreur sur la substance de la chose ; mais il paraît bien difficile de considérer la qualité de propriétaire chez le vendeur comme s'intégrant dans l'objet du contrat au point d'en constituer la substance ; une telle interprétation serait forcée et torturerait les mots (2).

On a voulu alors mettre en jeu l'erreur sur la cause l'acheteur a cru que son obligation avait une cause, puisqu'il pensait devenir propriétaire de par la vente. Ses prévisions ne se réalisant pas, son obligation de payer le prix est dépourvue de cause et toute l'opération doit donc tomber. Cette explication, qui est proposée par M. Capitant (3), se heurte à une objection très grave : l'erreur sur la cause, dans le système de notre code civil, entraîne l'inexistence du contrat ; or, la nullité de la vente de la

(1) CAPITANT, *op. cit.*, n° 95 (p. 193, note 2 dans la 1^{re} éd.).

(2) CAPITANT, *ibid.*

(3) CAPITANT, *ibid.*

chose d'autrui est comprise en doctrine et en jurisprudence comme une nullité relative, qui ne peut pas être invoquée par le vendeur et qui peut être couverte, notamment par la prescription décennale de l'article 1304, laquelle ne court, conformément à une directive générale en la matière, qu'à partir du jour où l'acheteur a connu la situation exacte (1).

Il est donc préférable, à notre sentiment, d'évoquer ici l'erreur sur la personne ou plutôt sur les qualités de la personne la qualité de propriétaire, chez le vendeur d'un corps certain, est aussi essentielle, aussi déterminante que la qualité de parent chez le donataire ; l'erreur qui est commise à son sujet doit donc être également dirimante ; les mobiles propulseurs de la volonté de l'acheteur ont été faussés ; l'opposition est manifeste entre le but poursuivi et le résultat obtenu ; et il est donc logique et il est équitable que l'opération conclue dans ces conditions succombe à son propre déséquilibre (2).

53. — Le *louage des choses* est pénétré lui aussi, de *l'intuitus personæ* le bail d'un immeuble n'est consenti, le plus souvent, qu'eu égard à la personnalité du preneur ; l'erreur dans laquelle le bailleur aurait pu tomber relativement à l'identité de son locataire, ou même simplement quant aux attributs de sa personnalité, serait susceptible d'entraîner la nullité du bail, comme si cette personnalité véritable avait une signification bruyante et scandaleuse incompatible avec le caractère bourgeois des locaux donnés à bail (3) ; dans la pratique, la nullité sera remplacée

(1) PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1424; Cpr. RIPERT, *La règle morale*, n° 42.

(2) Au contraire, la qualité de propriétaire n'est point substantielle dans le contrat de transport et dans les rapports du voiturier avec ses clients ; l'erreur commise à son sujet ne vicie donc pas l'opération intervenue. Req. 6 fév. 1922 (S. 1923.1.135).

(3) Trib. civ. Nantes, 10 juillet 1894 (*Gaz. Pal.* 1894.2.176). BAUDRY et BARDE, t. I, n° 62.

et comme masquée par la résiliation qui est un procédé plus commode par cela même qu'il agit sans rétroactivité ; mais il n'est pas sans intérêt de constater que le bail était infecté d'un vice originel, susceptible d'en paralyser aussitôt les effets.

54. — Il convient d'ajouter que toute la législation de guerre et d'après-guerre en matière de loyers est imprégnée fortement de l'*intuitus personæ* : les prorogations, légales ou judiciaires, ont été fixées en considération de la personnalité des parties en cause et le droit de reprise du propriétaire revêt lui-même une allure subjective nettement accusée ; son âge, sa situation de famille, ses antécédents militaires sont autant de facteurs qui influent de façon décisive sur sa situation juridique quant à la prorogation du bail et quant à la reprise de l'immeuble l'erreur dans laquelle l'une des parties serait tombée au sujet de ces facteurs et de ces qualités serait irritante et comporterait des sanctions adéquates qui ont été fixées par la loi et qui sont exactement appliquées par nos tribunaux.

55. — Ce n'est d'ailleurs pas seulement le bail à loyer qui offre, par rapport à l'*intuitus personæ*, cette réceptivité particulière ; c'est aussi le *bail à ferme* ; il a été jugé que l'état civil du fermier était susceptible de constituer une qualité contractuelle essentielle, si bien que l'erreur dans laquelle le bailleur serait tombé à cette occasion entraînerait la nullité de l'opération. C'est, par exemple, un propriétaire qui après avoir traité avec un couple ayant les apparences d'un ménage régulier, découvre après coup qu'il a été victime d'une imposture et que ses fermiers vivent en état de concubinage ; il avait signé la convention dans la croyance erronée de recevoir sur son fonds un ménage régulier ; il s'était mé-

pris sur une qualité déterminante dans la personne de son cocontractant ; il peut donc demander la nullité du contrat (1).

56. — Il faut d'ailleurs reconnaître que le critère de l'*intuitus personæ* n'est pas d'une précision mathématique : il laisse place à l'appréciation du juge, et c'est très bien ainsi ; le droit sera à même de suivre l'ambiance dans laquelle il évolue et de s'adapter à la mentalité d'une époque, aux mœurs d'un milieu ; c'est ainsi que, nous l'avons constaté, notre jurisprudence a une tendance à reconnaître, plus facilement que par le passé, un caractère déterminant à l'erreur commise par l'un des futurs époux sur les qualités de la personne de l'autre conjoint (2). Parfois le problème qui se pose devant le tribunal est fort épineux, comme si une société de commerce prétend rompre le contrat qui l'unissait à son représentant en prétextant qu'elle s'était méprise quant à la religion à laquelle il ressortissait et qui était de nature, alléguant-elle, à compromettre ses propres intérêts, à elle le commettant ; en pareille occurrence, il a été jugé que la confession à laquelle appartenait le représentant n'avait pas joué un rôle déterminant dans sa désignation et qu'elle n'avait pas même été envisagée par les parties (3) ; mais l'on comprend que ce point ait fait l'objet d'un débat au fond duquel l'*intuitus personæ* était en cause.

C'est donc bien cet *intuitus*, cette considération de la personne qui constitue le critère le moins vague, la cristallisation de l'erreur déterminante relative à l'identité ou aux qualités de l'une des parties à l'acte ; mais il faut se garder de croire que ce critère se ramène lui-même à une opposition entre le titre onéreux et le titre gratuit ;

(1) Angers, 4 mai 1921 (D. P. 1921.2.125).

(2) *Sup.*, n° 45.

(3) Besançon, 5 juill. 1899 (S. 1903.2.177).

en réalité, celui-là comme celui-ci comporte l'*intuitus*, moins constamment sans doute, mais très fréquemment, on peut même dire assez ordinairement (1); en sorte qu'il n'est pas davantage exact de prétendre, comme on le fait volontiers (2), que la grande majorité des contrats sont conclus en dehors de toute considération de personne : cette proposition exprime une contre-vérité ; la plupart des catégories juridiques sont plus ou moins imprégnées de cette considération et laissent donc la porte ouverte à la théorie de la nullité pour cause d'erreur déterminante sur l'identité ou sur les qualités essentielles de la personne, théorie qui revêt ainsi une toute autre importance que celle qu'on lui reconnaît ordinairement et dont la réalisation se trouve assez notablement facilitée par l'utilisation de la notion traditionnelle de l'*intuitus*, laquelle évite au juge des recherches trop délicates et substitue au critère purement individuel un procédé d'investigation tiré de la nature même de l'opération intervenue la volonté et les mobiles des parties sont révélés par l'essence même du contrat, en fonction de son esprit.

57. — B. — *Erreur sur la substance.* — Ce genre d'erreur qui peut entraîner également la nullité du contrat soulève de plus graves difficultés que le précédent, précisément parce que l'interprète manque, pour en apprécier la valeur déterminante, d'un critère comparable à celui que nous fournit, pour l'erreur sur la personne, le concept de l'*intuitus personæ* le juge devra-t-il donc remonter la chaîne contractuelle, depuis la convention qui en constitue le dernier anneau, jusqu'aux origines, jusqu'aux ressorts de la volonté juridique, afin de décider si telle ou telle qua-

(1) C'est ce que constate la Cour d'Angers dans la décision précitée « ... il est de doctrine constante que, dans les contrats à titre onéreux, la considération de la personne contractante sera, le plus souvent, la cause principale de la convention ».

(2) Voy. PLANIOL, t. II, nos 1054 et 1057.

lité de la chose, objet du contrat, a joué un rôle décisif dans la genèse de l'acte, si elle s'est intégrée dans les mobiles entraînants auxquels a obéi l'une des parties ou toutes deux ?

Cette tâche ardue incombera au tribunal à moins que le législateur ne vienne à son secours en objectivant le problème, en lui donnant des points de repère que la libre recherche scientifique serait bien empêchée d'établir. Et c'est ici, en effet, que se manifestent les deux tendances précédemment signalées (1), l'une plus subjective, l'autre plus objective ; celle-ci plus abstraite et réglementaire, celle-là plus concrète et individualiste.

58. — C'est à la conception objective que se rattachent les législations suisse et allemande.

En Suisse, et aux termes de l'article 24 du code fédéral des obligations, l'erreur est essentielle, donc dirimante ;

« 1^o Lorsque la partie qui se prévaut de son erreur entendait faire un contrat autre que celui auquel elle a déclaré consentir ;

2^o Lorsqu'elle avait en vue une autre chose que celle qui a fait l'objet du contrat ;

3^o Lorsque la prestation promise par celui des contractants qui se prévaut de son erreur est notablement plus étendue, ou lorsque la contre-prestation l'est notablement moins qu'il ne le voulait en réalité ;

4^o Lorsque l'erreur porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat ».

Par ces dispositions concrètes, on a cherché à serrer de près la difficulté, à délimiter le domaine de l'erreur dirimante, sans d'ailleurs y parvenir tout à fait ; tandis que le deuxième paragraphe vise l'erreur sur l'identité

(1) *Sup.*, n^o 31.

ou sur la substance même de la chose, le quatrième se réfère plutôt aux qualités essentielles qui sont extérieures à cette substance même, envisagée dans sa matérialité : la vente d'une pierre artificielle pour une pierre naturelle tombera sous le coup de la première de ces dispositions, au lieu que la vente d'un violon de fabrication ordinaire présenté comme un Stradivarius ressortira à la deuxième (1); mais la « loyauté commerciale » prise alors comme élément d'appréciation constituera un critère encore bien vague et bien inconsistant, encore qu'objectif dans une certaine mesure, social plutôt qu'individuel.

59. — Le système du code civil allemand se distingue entre tous par sa complexité et par sa lourdeur (2); il peut se résumer dans les trois propositions suivantes

1^o En principe, l'erreur sur l'objet n'infirme le consentement que si elle porte sur un élément figurant dans le contenu de la déclaration; les éléments essentiels de l'opération sont ceux-là seulement qui ont trouvé place dans sa teneur même, — solution qui s'harmonise bien avec cette directive du code civil allemand que la déclaration de volonté, fait extérieur, tangible, résume tout le vouloir des parties qui vient se concrétiser en elle, sans qu'il y ait à tenir compte — sauf de nombreux tempéraments — de la volonté interne, demeurée à l'état latent.

2^o Cependant, il y a lieu de prendre en considération les qualités de la chose — ou de la personne — qui, dans les rapports d'affaires, apparaissent comme essentielles. Ainsi s'affirme le point de vue objectif et social auquel se place le législateur allemand ce n'est pas la volonté du contractant que l'on scrute pour savoir si telles ou telles

(1) Voy. *Le Commentaire du Code fédéral des obligations* par SCHNEIDER et FICK, t. I, p. 68 et s. dans l'adaptation française de la 4^e éd. allemande, par PORRET.

(2) C. civ. allemand, art. 119.

qualités sont à considérer comme essentielles, ce sont les rapports d'affaires que l'on interroge, critère objectif tiré des usages sont essentielles les qualités qui, d'après les usages du commerce et en tenant d'ailleurs compte des circonstances de la cause, servent à individualiser la chose (1).

3^o L'erreur rentrant dans l'une des catégories précédentes ne détermine pas fatalement l'annulation de l'acte ; encore faut-il qu'elle réponde à une condition supplémentaire, d'ordre quantitatif ; elle doit atteindre un certain degré. Il faut qu'il y ait lieu d'admettre que le contractant n'aurait pas émis sa déclaration « s'il avait eu connaissance de l'état des choses et qu'il eût fait une appréciation raisonnable de la situation. » A cet égard encore, ce n'est pas précisément l'état psychologique de la victime de l'erreur que l'on envisage, ou, du moins, on ne le retient qu'après avoir supposé qu'elle était une personne raisonnable ; on fait d'elle préalablement le *bonus pater familias* du droit romain ; on met cette personne juridique abstraite à sa place, et on se demande si, pour elle, l'erreur eût été dirimante.

On voit combien est scrupuleux, mais embarrassé, un tel système qui repose sur l'échafaudage de points de vue différents. Le législateur allemand serait, en somme, désireux d'assurer le triomphe de la volonté individuelle ; cependant, afin d'éviter des recherches trop délicates et pour conjurer l'arbitraire, il donne au juge un point de repère en concentrant sa vision sur le contenu de la déclaration. Toutefois, saisi d'un nouveau scrupule, il lui enjoint de faire état de certains mobiles qui ne transparaisent nullement dans la formule, faisant ainsi une concession au point de vue subjectif. Après quoi, craignant, semble-t-il, d'être allé trop loin dans cette voie, il se

(1) La formule est de Lenel.

ravise ; il prescrit au juge de se représenter la conduite d'un homme raisonnable et non pas l'état d'esprit du plaideur qu'il a devant lui, et ainsi, tout en s'efforçant de faire l'économie d'investigations trop intimes et trop délicates, il complique comme à plaisir la tâche du tribunal. On comprend donc qu'en présence de dispositions aussi complexes, dans une certaine mesure même contradictoires, l'accord n'ait pu se réaliser entre les interprètes du code civil allemand, les uns penchant du côté du point de vue subjectif (1), les autres se montrant favorables à la tendance objective et allant jusqu'à affirmer qu'en droit allemand l'erreur sur les qualités substantielles est indifférente à la validité de l'acte (2).

60. — Si le législateur allemand a péché par excès de réglementation, les rédacteurs de notre code civil ont délibérément sacrifié à la tendance contraire en se contentant de déclarer que « 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 (3) ». Cette formule laconique devait soulever des difficultés d'interprétation qui ne sont pas encore complètement apaisées et qui procèdent du heurt entre les deux conceptions objective et subjective.

61. — L'interprétation objective se réclame de la lettre même de l'article 1110, alinéa 1, qui, en mentionnant, non les qualités de la chose, mais la substance dont elle est faite, semble viser son essence permanente, sa constitution intrinsèque, abstraction faite des vues des parties contractantes. Elle invoque aussi la nécessité de soustraire le sort des conventions aux fantaisies indivi-

(1) *Sic.* GOLDMANN, LILIENTHAL, PLANCK, COSAK.

(2) *Sic.* BURCHARD.

(3) C. civ., art. 1110, al. 1.

duelles il faut éviter que l'un des contractants puisse tout remettre en question en alléguant que la prestation effectuée ne répond pas à son attente, ne cadre pas avec ses préoccupations essentielles ; car alors, c'en serait fait de la sécurité dans la vie juridique, donc dans la vie économique du pays ; les contrats tomberaient au gré de la partie mécontente. Ce sont de telles considérations de texte et de principe qui conduisirent Aubry et Rau à adopter une interprétation étroite et à considérer que la substance de la chose doit s'entendre seulement des « propriétés dont la réunion détermine la nature spécifique, et la distingue, d'après les notions communes, des choses de toute autre espèce » (1) ; ce sont elles qui ont déterminé M. Huc à chercher la substance dans « ce qui permet de donner à une chose le nom *substantif* qui la distingue », dans les attributs sans lesquels cette chose serait classée dans une autre catégorie des substantifs « et qui ont pour trait distinctif de n'être pas susceptibles ni de plus ni de moins » (2). M. de Vareilles-Sommières se place, lui aussi, à ce point de vue en identifiant la substance avec « la qualité principale et caractéristique qui individualise les choses et les rend principalement propres à tel ou tel usage et d'où elles tirent leur nom, le *nomen appellativum* qui sert à les distinguer les unes des autres » (3). Dans une telle conception, la fonction de l'erreur, en tant que vice du consentement, est étroitement limitée la méprise afférente à l'origine de la chose, à son ancienneté, à son mérite artistique, ne sera d'aucune considération ; l'acheteur d'une toile qui s'imaginait acquérir un Corot et qui a été mis en possession d'une méchante copie, l'amateur qui pensait avoir reçu livraison d'un meuble Louis XV authentique et qui a acquis un meuble de fabrication

(1) AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, p. 296.

(2) HUC, t. VII, n^o 22.

(3) DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Etude sur l'erreur*, p. 145.

récente, le bibliophile qui a payé très cher un exemplaire ayant prétendument appartenu à un personnage célèbre et qui s'aperçoit ensuite de sa méprise, tous ceux-là seraient mal venus à se plaindre, ou du moins ne seraient pas fondés à prétendre que leur consentement a été vicié par l'erreur dans laquelle ils étaient tombés ; car cette erreur n'était pas « spécifique », elle ne portait pas sur l'espèce même à laquelle ressortissait la chose par eux achetée (1) ; elle n'était pas substantielle puisqu'elle n'intéressait pas le « substantif » servant à désigner cette chose (2).

Si cette thèse était exacte, les mobiles des parties seraient ici d'une bien minime considération ; la théorie de l'erreur, vice du consentement, serait aussi objective qu'il est possible, puis qu'elle aurait son centre de gravité dans l'essence matérielle de l'objet du contrat. Mais c'est précisément là le grave reproche qu'encourent les différents critères se rattachant à cette préoccupation ; les applications auxquelles ils aboutissent en constituent la condamnation décisive. Ce serait un véritable défi qui serait porté à la loyauté, à la bonne foi, si les opérations que nous venons de supposer s'imposaient à ceux qui y ont joué le rôle de dupes, si, par exemple, l'acquéreur d'un prétendu Corot qui a donné plusieurs centaines de mille francs pour n'avoir qu'une copie sans valeur marchande se trouvait lié par une volonté altérée, par un consentement qui a porté à faux. En traitant sur les bases convenues, cet acheteur était poussé par un mobile détermi-

(1) Voy. en ce sens AUBRY et RAU, *op. cit.*, *loc. cit.*, pour le cas d'erreur sur l'auteur d'un tableau ou sur l'ancienneté de monnaies.

(2) Chez M. Huc (*op. cit.*, *loc. cit.*) qui adopte le critère du substantif, la théorie de l'erreur-nullité est limitée au strict minimum, puisque la méprise portant sur la matière même dont un objet est fait n'intéresse pas le substantif servant à le désigner ; par exemple, des candélabres, qu'ils soient en argent ou en bronze, sont toujours des candélabres et l'acheteur n'a donc pas à se plaindre. Dans cette opinion, le code civil aurait donc abandonné le point de vue de Pothier.

nant — la personnalité du peintre — avec lequel l'objet qui lui a été remis ne cadre nullement ; s'il avait connu la vérité, il n'aurait pas traité, ou, tout au moins, il aurait traité à des conditions bien différentes c'est quelques centaines de francs qu'il aurait offerts et non point plusieurs centaines de milliers. Son consentement a été vicié dans son origine comme dans son but ; les ressorts de sa volonté, les mobiles ont été faussés ; l'acte est infecté d'un vice qui peut en entraîner la ruine ; s'il en était autrement, d'ailleurs, le vendeur réaliserait un profit injustifiable ; il s'enrichirait sans cause aux dépens de son client, sans cause économique tout au moins, et il est de toute logique comme de toute équité, que le point de vue économique retentisse en pareil cas sur le point de vue juridique.

62. — Aussi la jurisprudence et la majorité des auteurs ne s'y sont-ils pas trompés ; dans l'opinion très dominante, le mot « substance » est considéré comme visant les « qualités substantielles » de la chose, objet du contrat ; et l'on entend par là les qualités déterminantes, entraînant, propulsives de la volonté des parties. C'était bien là la conception de Pothier au sentiment de qui l'erreur est une cause de nullité « lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue et qui fait la substance de cette chose. » (1) C'est évidemment cette formule que les rédacteurs du code civil ont voulu condenser dans l'article 1110, alinéa 1 : la contraction qu'ils ont réalisée dans la forme n'a pas touché au fond même du droit ; la filiation de la disposition actuelle est tellement évidente que certains arrêts se réfèrent formellement à la définition de Pothier à titre de commentaire, d'équivalent de la formule du code civil (2).

(1) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 18, al. 1.

(2) Agen, 30 avril 1884 (D. P. 1887.1.105 ; S. 1887.1.153).

Innombrables sont les décisions qui ressortissent à cette conception de l'erreur substantielle ; la vente est nulle, par application de l'article 1110, alinéa 1, lorsque l'une des parties, très ordinairement l'acheteur, s'est trompée sur l'antiquité de la chose vendue (1), ou sur sa provenance exotique (2), ou sur la personnalité de l'auteur (3), ou sur le caractère artistique, inédit d'un ouvrage (4), et cela parce qu'il existe une contrariété irréductible entre le but poursuivi et les résultats obtenus. Celui qui achète des titres en Bourse et qui, pensant acquérir des valeurs négociables, productives d'intérêts, s'aperçoit qu'on lui a remis des titres déjà sortis à un tirage antérieur, ayant donc cessé de produire des intérêts, celui-là peut poursuivre l'annulation du marché pour erreur sur la substance, car « la nullité édictée par l'article 1110 du code civil frappe non seulement les ventes dans lesquelles les éléments matériels de l'objet font défaut, mais celles dans lesquelles la chose vendue est dépourvue des propriétés en vue desquelles l'acquisition a été faite » (5). Mieux que cela si un terrain est acquis en vue d'un but déterminé, par exemple la construction d'une école, et s'il advient ensuite que les fins poursuivies ne puissent pas être atteintes, la parcelle acquise n'ayant pas l'étendue exigée par l'administration qui se refuse à donner

(1) Agen, décision précitée ; Paris, 5 mars 1890 (S. 1891.2.133) ; Rouen, 15 juill. 1911 (D. P. 1912.2.367) « La substance de la chose, au sens de l'article 1110 C. civ. est synonyme de qualités substantielles et doit s'entendre des qualités principales que les parties ou l'une d'elles ont eues en vue en contractant » ; Trib. Seine, 14 mars 1914 (Gaz. trib. 1915.1.386).

(2) Paris, 13 mars 1896 (Gaz. Pal. 1896.1.586). Dans l'espèce, les diamants du Cap avaient été vendus pour des diamants de Rio.

(3) Paris, 9 janv. 1849 (D. P. 1849.2.67) ; 18 juin 1875 (D. P. 1876.1.62) ; Trib. civ. Seine, 26 fév. 1896 (Gaz. Trib. 13 oct.).

(4) Aix, 21 déc. 1894 (Gaz. Pal. 1895.1.276) ; Riom, 12 mai 1884 (S. 1885.2.13).

(5) Paris, 19 juill. 1890 (D. P. 1892.2.257).

l'autorisation nécessaire à l'ouverture de l'établissement, la vente sera annulable pour erreur sur la substance, car l'ouverture de l'école avait été manifestement « la condition déterminante de la vente ». (1)

En rendant des décisions de ce genre, notre jurisprudence élargit la notion des qualités substantielles jusqu'à lui faire englober des mobiles ne s'incorporant en réalité en aucune façon dans l'objet du contrat, dans sa substance c'est ainsi que la Cour de cassation considère que le consentement du client d'une société d'électricité a été vicié lorsque l'installation d'un branchement a été faite, par erreur, dans des conditions inutilement onéreuses et alors qu'il existait des câbles beaucoup plus rapprochés qui auraient pu être utilisés à cet effet pour une moindre dépense ; si ce client avait connu exactement la situation, si on ne lui avait pas représenté le mode de branchement adopté comme une condition nécessaire de l'installation, il n'aurait jamais souscrit aux conditions qu'on lui a imposées ; en ce sens, il a été victime d'une erreur substantielle, déterminante, qui vicie son consentement et qui infecte le contrat ; ce sont bien les ressorts de la volonté qui ont été faussés et qui, en s'affaissant, entraînent avec eux l'opération tout entière (2).

Ainsi, pour la jurisprudence, approuvée en cela par la grande majorité des auteurs (3), d'une part, l'erreur sur la substance de l'article 1110, alinéa 1, doit s'entendre d'une erreur sur les qualités substantielles de la chose, objet du contrat, et, d'autre part, ces qualités sont celles qui ont été déterminantes, celles que les parties avaient principalement en vue lors du contrat (4) et sans lesquelles

(1) Orléans, 18 janv. 1895 (D. P. 1895.2.417).

(2) Req. 10 fév. 1925 (S. 1925.1.103).

(3) BAUDRY et BARDE, t. I, n° 54 ; PLANIOL, t. II, n° 1053 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 281 Ch. BEUDANT, t. IV, n° 111 ; R. FUBINI, *op. cit.* ; DEMOGUE, *op. cit.*

(4) Pour la Cour de cassation, « l'erreur... n'est une cause de nul-

l'une d'elles n'aurait point contracté (1) ; système essentiellement subjectif, système d'ordre psychologique qui trouve son centre de gravité, non point dans un élément matériel, mais bien dans les ressorts de la volonté, dans les mobiles contractuels (2).

63. — On a reproché à ce système son élasticité et son arbitraire si l'on retient l'erreur sur les mobiles, sur les qualités déterminantes, ne va-t-on pas compromettre la solidité des conventions et la sécurité des transactions ? Il est à craindre, en effet, que l'une des parties n'argue, après coup, de mobiles prétendus pour demander la nullité du contrat la chose, dira-t-elle, était vouée dans ma pensée à tel usage ; or, elle y est impropre ; je destinais ce cheval à des exercices de haute école auquel il est réfractaire, cette automobile à un service dans une région montagneuse pour lequel elle est mal établie ; j'ai commis une erreur sur les qualités déterminantes de la chose, donc sur sa substance, et je demande la nullité du contrat. Peut-être même un raisonnement analogue sera-t-il tenu par l'acheteur d'une toile non signée qui, ayant des raisons de l'attribuer à un grand artiste et s'étant bien gardé de faire part de ses espérances à son vendeur, se sera aperçu plus tard de son erreur et prétendra obtenir la revision d'un marché qu'il croyait excellent et qui se révèle ensuite pour lui comme très ordinaire, peut-être même comme désavantageux ; cet amateur malheureux va-t-il donc pouvoir faire état d'une erreur « *in mente retenta* » ?

64. — Bien des réponses peuvent être faites à cette argumentation.

lité de la convention qu'autant qu'elle a été le motif principal et déterminant de l'engagement. » Req. 16 mars 1898 (S. 1902.2.331).

(1) Civ. 28 janv. 1913 (S. 1913.1.487).

(2) Voy. une curieuse application de la nullité pour erreur substantielle, en matière de transport de bagages Besançon, 9 déc. 1920 (D. P. 1921.2.72).

1^o D'abord, il ne suffira pas au demandeur en nullité d'alléguer une prétendue erreur sur un mobile déterminant supposé ; on lui imposera la preuve de ses allégations dont le tribunal appréciera souverainement le bien-fondé. Ce sont les juges du fond qui décideront, d'abord s'il y a eu erreur, puis si la qualité de la chose sur laquelle elle a porté était vraiment déterminante ; sur ces deux points leur pouvoir d'appréciation est sans limites (1). La tâche du demandeur sera parfois rendue facile par la profession même du vendeur, le défendeur au procès, qui est un antiquaire, ou bien par le prix : celui qui s'est adressé à un spécialiste de meubles anciens ou qui a payé son acquisition un prix bien supérieur à la valeur intrinsèque qu'elle représente, est évidemment fondé à prétendre qu'il a traité en considération de l'origine ou de l'ancienneté du meuble. Mais, d'autre part, le fardeau de la preuve est susceptible de s'alourdir du fait de l'intervention de la règle écrite dans l'article 1341 du code civil aux termes duquel la preuve testimoniale n'est pas admise outre et contre le contenu des actes écrits. De toute façon, la solidité des contrats n'est donc point laissée à la discrétion des parties qui ont à compter avec le droit commun de la preuve.

2^o Dans le cas où le demandeur a fait la démonstration de son erreur et du caractère déterminant de la qualité de la chose qu'elle intéresse, il y aura lieu de tenir compte de la réserve observée par la victime, lors des tractations. L'acheteur croyait avoir en face de lui une toile de Rembrandt ; il s'est bien gardé d'aviser le vendeur de son secret espoir ; il a accepté de payer un prix fort, sans faire connaître les raisons de sa largesse ; il a ainsi commis une faute de nature à engager sa responsabilité, soit en vertu

(1) PLANIOL, *op. cit.*; *loc. cit.*; FUBINI, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1902, p. 325.

de l'article 1382 du code civil, soit en tant què *culpa in contrahendo* ; si le contrat est caduc, c'est par sa faute ; sa responsabilité est engagée de ce chef vis-à-vis du vendeur ; et peut-être bien le tribunal jugera-t-il que le meilleur remède, en pareil cas, consiste dans le refus de l'annulation demandée ; mieux vaut une sanction préventive qu'une double sanction d'ordre répressif, l'une contre le vendeur, l'autre contre l'acheteur.

3^o D'ailleurs, il existe une autre raison de refuser alors à la victime de l'erreur la nullité du contrat c'est que cette erreur lui a été personnelle ; c'est qu'elle a revêtu un caractère unilatéral.

Nous arrivons ainsi à la deuxième des grandes questions dont nous avons annoncé l'étude.

65. — II. — *De l'erreur unilatérale et de l'erreur partagée.* — La question de savoir si l'on doit tenir compte même d'une erreur purement unilatérale ou bien seulement d'une erreur commune aux parties, d'une erreur partagée, n'est point résolue par l'article 1110, et c'est pourquoi des dissidences se sont manifestées à son sujet, au moins dans la doctrine. Car, si de nombreux auteurs, et considérables, ont admis que l'erreur unilatérale doit être prise en considération (1), notre jurisprudence est bien fixée en sens contraire, approuvée en cela par quelques civilistes (2). Constamment, les décisions judiciaires

(1) *Sic* : BAUDRY et BARDE, *op. cit.*, n^o 60 ; CH. BEUDANT, *op. cit.*, n^o 116. DEMOLOMBE, t. XXIV, n^{os} 100 et 101 ; AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, § 343 *bis*, p. 298 ; ces auteurs estiment qu'il suffit que l'erreur ait existé dans l'esprit de l'une des parties pour autoriser celle-ci à faire annuler le contrat ». Demolombe ne se faisait d'ailleurs pas illusion sur la valeur de sa théorie, en législation : il reconnaît qu'elle est de nature à présenter, dans la pratique, de très graves inconvénients ; et il appelle de ses vœux un changement de législation que l'état de notre jurisprudence rend parfaitement inutile.

(2) *Sic* TOULLIER, t. IV, n^o 55 ; TROPLONG, t. I, n^o 15 ; PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, t. II, p. 16 ; Cp. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 282 ; DEMOGUE, *op. cit.*, t. I, n^o 244.

retiennent et exigent l'erreur commune, l'erreur « convenue », c'est-à-dire celle qui, ayant été partagée par toutes les parties, a vraiment pénétré dans la convention, l'erreur dite « *ex pacto* ».

C'est, par exemple, la cour de Paris qui décide que le nom d'un auteur, d'un artiste, doit être considéré comme substantiel « lorsque ce nom *est entré dans la convention* et en a formé une condition essentielle » (1), ou qui constate, dans un autre arrêt, qu'il y avait « dans le *consentement donné de part et d'autre* erreur tombant sur la substance même de la chose » (2); c'est la cour de Rouen qui affirme qu'« en fait, la seule question du procès est de savoir si, *lorsque les parties ont contracté*, l'ancienneté des meubles a été un des principaux éléments du marché » (3), et c'est la Cour de cassation qui constate que « les parties ont entendu vendre et acheter du blé de mars anglais qui, d'après leur commune intention, était destiné à être semé au printemps » (4) » ou encore qu'il appartenait aux juges du fond « d'interpréter la convention des parties d'après leur commune intention » (5);

Ce qui est décisif, pour la Cour suprême, c'est donc la commune intention, nous dirons les communs mobiles des parties seule l'erreur portant sur ce facteur commun, l'erreur convenue est susceptible d'entraîner la nullité du contrat, et à supposer qu'elle ait été déterminante. Elle doit présenter cette double caractéristique d'avoir été propulsive de la volonté et d'avoir été partagée système satisfaisant et équitable qui évite l'arbitraire, les surprises, puisque, avec lui, il n'est point tenu compte de l'erreur qui ne s'est pas affirmée lors du contrat, de l'erreur *in mente retenta*, des idées, « de derrière la tête » de

(1) Paris, 9 janv. 1849, précité.

(2) Paris, 13 déc. 1856 (D. P. 1857.2.73).

(3) Rouen, arrêt précité du 15 juill. 1911.

(4) Civ. 24 juin 1867 (D. P. 1867.1.248).

(5) Civ. 5 nov. 1900 (D. P. 1901.1.71).

chacun des contractants, des réserves mentales ; puisqu'ainsi se trouve extériorisée, objectivée la théorie de l'erreur, et puisque sont donc évitées les difficultés de preuves très graves que susciterait le point de vue unilatéral. La volonté commune des parties est relativement aisée à discerner ; elle sera consignée parfois dans la lettre de l'acte ; sinon, elle se dégagera des circonstances de la cause. On tiendra compte, en effet, de la volonté commune tacite aussi bien que de la commune volonté expresse ; la convention comprend, non seulement ce que les parties ont formellement exprimé, mais aussi tout ce qu'elles ont certainement entendu y mettre (1). Comme nous l'avons déjà noté, les mobiles ressortiront d'éléments tels que le prix élevé de la vente, ou la profession du vendeur qui est par exemple un antiquaire, ou de la mentalité de l'acheteur, lequel était, au su du marchand, un collectionneur de meubles ou de bijoux anciens.

66. — On a cependant fait à cette conception jurisprudentielle certaines objections qu'il nous faut maintenant examiner et qui expliquent la résistance opposée par la majorité des auteurs en exigeant que l'erreur ait pénétré dans la convention, dit-on, on enlève toute valeur pratique à la théorie de l'erreur-nullité, car la qualité de la chose, sur laquelle les parties se sont ainsi méprises, était alors entrée *in conditione* ; du moment qu'elle fait défaut, la convention est inexécutée et la résolution est encourue conformément à l'article 1184 du code civil, sans qu'il soit besoin, pour la victime, d'invoquer une erreur substantielle le pacte commissoire, exprès ou tacite, suffit à donner satisfaction à l'équité, à assurer l'équilibre des prestations en présence (2).

Mais, lorsqu'on formule cette objection, on entremêle

(1) C. civ., art. 1135.

(2) *Sic* RICCARDO FUBINI, *op cit.*

deux théories qui sont en réalité distinctes ; les nullités viennent sanctionner les vices contemporains de la formation même du contrat, les tares originelles, au lieu que la résolution de l'article 1184 constitue la sanction, une des sanctions du moins de l'inexécution d'une opération parfaitement saine ; elle se réfère à une circonstance postérieure à la formation de l'acte ; elle est l'expression de cette idée simple que les deux faisceaux d'obligations issues d'une même opération se servent réciproquement de cause, se font contre-poids, et que, si l'un d'eux est en souffrance, l'autre ne saurait entrer en action, ni même subsister c'est toute l'opération qui doit alors tomber. Or, lorsqu'une erreur essentielle a été commise par les parties, le contrat est vicié dès sa formation et l'on ne peut pas dire qu'il soit, par cela même, inexécuté ; il y a erreur *in contrahendo* ; c'est de nullité qu'il s'agit, non de résolution. Cela est si vrai qu'on ne voit pas, en cas d'erreur commune, de quel côté il y aurait prétendument inexécution, puisque, par hypothèse, la convention a été exécutée *in terminis*. D'ailleurs, on sait que le pacte commissoire est sous-entendu, dans les seules conventions synallagmatiques (1), au lieu que, de l'avis unanime, l'erreur essentielle entache le consentement, même dans les actes unilatéraux (2) ; ainsi se manifeste, de façon éclatante, l'indépendance de deux théories qui correspondent à des situations distinctes et à des préoccupations différentes.

(1) C. civ., art. 1184 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 344 et s.

(2) Solution incontestée la donation peut être viciée par l'erreur aussi bien que la vente ; le cautionnement peut être annulé à raison d'une erreur sur la substance. Req. 30 juill. 1894 (D. P. 1895.1.340) ; dans cet arrêt, la Cour de cassation observe, dans les termes les plus généraux, que tous les contrats sont régis par les art. 1109 et s. C. civ. et comportent donc, à l'occasion, la nullité pour erreur sur la substance ou sur les qualités substantielles de la chose. Il n'est pas jusqu'à l'acquiescement à un jugement qui ne soit soumis à cette règle générale. Req. 14 nov. 1881 (D. P. 1882.1.156).

67. — Il est vrai — et c'est un nouvel argument dont se réclament les partisans de la thèse qui retient l'erreur unilatérale — que, lorsque l'erreur a porté sur la personne, le consentement est vicié par la méprise de l'une des parties, encore qu'elle n'ait point été partagée par son correspondant ; que, par exemple, un donateur dont la générosité s'explique par la croyance à un lien de parenté l'unissant au donataire, est fondé à demander la nullité de l'acte s'il vient à s'apercevoir de sa méprise, et cela quand bien même le donataire n'y serait point tombé (1). Or, s'il en est ainsi de l'erreur sur la personne, pourquoi donc en irait-il autrement de l'erreur sur la substance ? Pourquoi se montrer plus exigeant dans cette deuxième application de la théorie que dans la première ?

Cette différence de traitement n'est cependant point injustifiable, car l'erreur sur la personne présente un mécanisme tout autre que l'erreur sur l'objet de la convention en ce sens qu'elle n'est déterminante, dans la majorité des cas, que pour l'une des parties, par exemple dans la donation, dans le louage d'ouvrage ou de services : le donateur s'est dépouillé en considération de la personne du donataire, mais celui-ci n'a pas accepté la libéralité à raison de la personne du bienfaiteur ; l'architecte, le peintre, le médecin, l'avocat, ont été désignés à celui qui recourt à leurs services, par leur compétence, leur talent, leur science, leur expérience des affaires, et cela sans réciprocité ; en thèse générale, il importe assez peu à ces personnes de travailler pour le compte de celui-ci ou de celui-là ; en d'autres termes, l'*intuitus personæ* n'existe que d'un seul côté ; il est unilatéral et l'on comprend donc que l'erreur unilatérale suffise à vicier le consentement du client. Il en va autrement de l'erreur sur la substance

(1) *Sic* pour le droit anglais ; voy. la thèse de M. FAHMY NOUR, *L'Erreur vice des contrats en droit français et en droit anglais*. Lyon, 1926.

de l'objet, laquelle vicie l'opération *ex utraque parte* comme l'acheteur, le vendeur traite en considération de la substance de la chose qui constitue le centre de gravité de l'opération ; il ne faut donc point s'étonner si c'est alors la volonté commune qui est décisive et seule décisive ; les mobiles existent des deux côtés et se donnent la réplique ; c'est leur collaboration qui est intéressante pour le juriste ; tant vaut cette collaboration et tant vaut le contrat, réserve faite évidemment du dol et de la violence qui font échec au droit contractuel et qui appellent constamment des sanctions (1).

68. — III. — *De l'erreur de fait et de l'erreur de droit.* — L'erreur commise par les parties ou par l'une d'elles peut porter sur un fait ou sur un point de droit, non seulement lorsqu'elle intéresse la cause, mais aussi lorsqu'elle concerne la substance ou les qualités de la personne (2) ; or, il est traditionnellement admis qu'elle est susceptible de vicier le consentement aussi bien lorsqu'elle se présente sous le deuxième aspect que lorsqu'elle affecte le premier :

(1) Il semble bien que Pothier, dont les idées ont été généralement suivies par les rédacteurs du Code civil, n'ait visé, dans son *Traité des obligations*, que l'erreur commune, du moins en ce qui concerne l'erreur sur la substance. Car, supposant qu'une vente a eu pour objet des chandeliers de cuivre argenté que l'acheteur croyait être en argent, il écrit « Quand même vous n'auriez eu aucun dessein de me tromper, étant dans la même erreur que moi, la convention sera nulle parce que l'erreur dans laquelle j'ai été, détruit mon consentement » (n° 18).

(2) BAUDRY et BARDE, t. I, n° 70. POUR M. CAPITANT (*op. cit.*, n° 104), l'erreur sur la substance ou sur la personne serait nécessairement une erreur de fait. Cependant, on conçoit aisément que l'erreur relative à la qualité, chez l'un des contractants, de propriétaire de la chose, revête une signification juridique, par exemple dans la vente de la chose d'autrui (*suprà*, n° 52) ; et, de même, l'erreur commise par la caution qui n'a accédé à la dette qu'en considération de l'hypothèque la garantissant déjà, est susceptible de présenter un caractère juridique si l'on suppose que cette hypothèque avait été constituée par un *non dominus* elle affecte cependant alors la substance même du contrat. Req. 30 juill. 1894, arrêt précité.

Solution libérale, cadrant parfaitement bien avec la théorie qui ramène le concept de l'erreur à celui des mobiles du moment que les mobiles des parties ou de l'une d'elles ont été altérés, peu importe que ce soit sous l'influence d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit ; le résultat est le même ; dans un cas comme dans l'autre, le conflit s'affirme entre la volonté interne et la déclaration de volonté ; l'acte n'est pas né viable puisqu'il va à l'encontre de ses origines et de sa finalité.

Cette assimilation des deux catégories d'erreur est admise en toute matière, et du moment que la bonne foi est créatrice de droits ; aussi bien dans le mariage putatif que dans la possession, en vue de l'usucapion (2) comme pour l'acquisition des fruits (3) ; la doctrine la consacre dans l'interprétation qu'elle donne de l'article 1110 du code civil (4), et la jurisprudence lui demeure constamment fidèle, soit que des successibles aient admis au partage de la masse héréditaire une personne à laquelle ils supposaient une vocation successorale dont elle était dépourvue (5) ; soit qu'ils aient ignoré l'obligation au rapport qui incombait à l'un des cohéritiers (6) ; soit que, lors du partage d'une communauté conjugale, on ait compris dans la masse commune des biens acquis par le mari postérieurement au décès de la femme, dans la croyance d'une communauté continuée, formellement proscrite par le code civil (7) ; soit qu'un individu ait signé un engagement en reconnaissance d'une dette dont il croyait être tenu civilement et qui, dans la réalité juridi-

(1) PLANIOL, t. I, n° 1096.

(2) M. PICARD, *Les Biens (Traité pratique de droit civil, PLANIOL et RIPERT)*, n° 712.

(3) *Id.*, n° 176.

(4) CAPITANT, *De la cause*, n° 104 ; BAUDRY et BARDE, t. I, n° 70. DEMOGUE, *op. cit.*, t. I, n° 246.

(5) Besançon, 1^{er} mars 1827 (D. P. 1827.2.95).

(6) Agen, 17 mai 1837 et Req. 28 mai 1838 (D. P. 1839.1.315).

(7) Civ. 12 mars 1845 (D. P. 1845.1.202).

que, ne lui incombait que *naturaliter* (1) ou même ne lui incombait pas du tout (2) dans toutes ces éventualités, nos juridictions ont attribué à l'erreur de droit, lorsqu'elle a été déterminante, une force dirimante égale à celle de l'erreur de fait. Sans doute, des difficultés très graves peuvent surgir sur des points spécialisés, par exemple pour la transaction (3), et aussi lorsque l'erreur a porté, non sur une disposition légale, mais sur l'état de la jurisprudence (4), ou encore si elle est par trop grossière (5); les difficultés et les divergences d'appréciation auxquelles elles ont conduit les interprètes laissent intact le principe traditionnel qui veut que l'erreur de droit soit équivalente à l'erreur de fait, notamment lorsqu'elle a eu pour effet d'égarer la volonté d'un contractant.

69. — Conclusion. — L'inventaire auquel nous venons de procéder des solutions concrètes de notre droit positif en matière d'erreur nous confirme dans l'opinion que nous avons émise au début de cette étude; il justifie la position adoptée: l'erreur qui vicie le consentement, c'est toujours et c'est uniquement celle qui affecte les mobiles auxquels la victime avait obéi, ou plutôt c'est elle qui joue elle-même le rôle de mobile (6); si l'acte est nul, c'est parce que les ressorts de la volonté ont été faussés, et la théorie de l'erreur se ramène donc aux concepts plus compréhensibles

(1) *Suprà*, nos 34 et 38; CAPITANT, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) *Suprà*, n° 33.

(3) Sur l'erreur en matière de transaction, voy. CAPITANT, *op. cit.*, n° 105.

(4) Nos tribunaux admettent difficilement que l'erreur sur l'état de la doctrine ou de la jurisprudence puisse être prise en considération à l'instar de l'erreur portant sur la loi. Aix, 8 avril 1908 (D. P. 1909.2. 366); cpr. trib. civ. Seine, 14 fév. 1923 (S. 1923.2.36).

(5) Voy. Besançon, 1^{er} mars 1864 (D. P. 1864.2.61).

(6) Tel est le point de vue auquel s'est placée la Cour de cassation: «... l'erreur de droit ou de fait n'est une cause de nullité de la convention qu'autant qu'elle a été le motif principal et déterminant de l'engagement». Req. 16 mars 1898 (S. 1902.1.331).

sifs des mobiles et du but. Ainsi s'explique-t-on que l'erreur substantielle, c'est-à-dire déterminante, entraînant, soit seule prise en considération, aussi bien lorsqu'elle porte sur l'objet du contrat que lorsqu'elle intéresse la personne de l'une des parties. Mais, du moment que la confusion commise revêt cette importance et cette signification, peu important son incidence et ses modalités ; c'est indifféremment qu'elle interviendra à l'occasion d'un contrat synallagmatique ou d'une convention unilatérale (1) d'un acte à titre onéreux ou d'une opération à titre lucratif (2), qu'elle portera sur la chose même ou seulement sur ses propriétés fondamentales (3), sur l'identité même de la personne ou uniquement sur ses qualités essentielles (4), sur le fait ou sur le droit (5) en toute occurrence, les mobiles contractuels ont été faussés, le but contractuel a été manqué ; l'acte, infecté d'un vice originel, n'est pas né viable ; il n'était qu'un moyen utilisé par la volonté des parties en vue d'un but déterminé ; du moment que ce moyen ne cadre ni avec les ressorts de cette volonté, ni avec ce but, il n'a plus de raison d'être ; il ne constitue plus qu'un contre-sens juridique dont la victime de l'erreur fera justice à son gré.

Nous rejoignons ainsi, mais sous le bénéfice d'une précision, la conclusion à laquelle est arrivé M. CAPITANT : comme cet éminent civiliste nous estimons que « l'erreur commise par le contractant est une erreur sur le but qu'il visait... » (6) ; mais nous ne le suivrions pas sans réticence, lorsqu'il ajoute « c'est-à-dire sur la cause de cette obligation ». Encore faudrait-il savoir ce qu'on doit au juste entendre par la cause, s'il convient de désigner par ce mot

(1) *Suprà*, n° 66.

(2) *Suprà*, nos 46 et s.

(3) *Suprà*, n° 62.

(4) *Suprà*, n° 45.

(5) *Suprà*, n° 68.

(6) CAPITANT, *De la cause des obligations*, n° 103.

la cause de l'obligation, ou bien la cause du contrat lui-même, ce qui est tout différent. Dans la conception courante, et comme nous l'exposerons plus loin (1), la cause s'intègre dans l'acte dont elle représente un des éléments constitutifs c'est ainsi que, dans les contrats synallagmatiques, les obligations des parties se servent de cause réciproque. Si l'on admet cette terminologie, il nous paraît inadmissible de ramener l'erreur substantielle de l'article 1110 du code civil à une erreur sur la cause : le point de vue serait beaucoup trop étroit. Pour reprendre une espèce sur laquelle la jurisprudence a eu à se prononcer (2), lorsque le terrain acheté n'est point assez vaste pour réaliser les fins auxquelles le destinait l'acquéreur, on ne peut pas dire que l'erreur commise par celui-ci intéresse la cause même de son obligation, entendue au sens classique du mot ; elle affecte alors, non pas un des éléments constitutifs, organiques, de l'opération, mais seulement les projets, les desseins en vue desquels cette opération avait été conclue ; non pas la cause de l'obligation de l'acheteur, mais la cause du contrat lui-même, c'est-à-dire les mobiles qui n'ont pas une valeur organique, qui ne viennent pas s'intégrer dans l'opération, mais qui sont purement adventices. C'est seulement si l'on envisage la cause, à la fois dans sa fonction traditionnelle et aussi sous son aspect moderne, sous l'angle psychologique, téléologique, que l'on peut souscrire à la formule de M. Capitant, telle qu'on la trouve d'ailleurs sous la plume de plusieurs autres auteurs (3) ; l'erreur vicie le consentement, soit lorsqu'elle affecte la cause, au sens scolastique du mot, soit lorsqu'elle intéresse les mobiles qui, sans

(1) *Infrà*, nos 109 et s.

(2) *Suprà*, n° 62.

(3) DELACHENAL, *De l'influence exercée par l'article 1110 sur la détermination de la cause*, *Rev. crit. de législ.* 1904, p. 596 ; MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. I, p. 113 ; R. CÉLICE, *L'erreur dans les contrats*, thèse, 1922.

avoir une valeur organique, ont cependant eu la force de promouvoir la volonté de la victime et de lui faire conclure l'acte incriminé, les mobiles téléologiques, les mobiles-buts.

70. — En revanche, il n'y a pas lieu de s'attarder aux mobiles qui, bien qu'ayant joué un rôle propulseur, ne sont pas, avec ce contrat, dans un rapport étroit, car ils se seraient accommodés d'une autre combinaison, plus ou moins éloignée, tout comme de celle à laquelle les parties s'étaient arrêtées — ce sont là les mobiles abstraits, les simples motifs qui, précisément à raison de leur indépendance par rapport à l'acte conclu, ne sont pas retenus par le juge ; l'erreur commise à leur sujet ne serait point dirimante (1), mais uniquement celle qui est afférente aux mobiles de l'espèce, aux mobiles concrets qui, sans avoir une valeur organique, ont cependant postulé, non pas une vente ou un louage quelconque, mais la vente ou le louage même, tels qu'ils ont été aménagés et conclus par les parties.

§ 2. — LA VIOLENCE (2).

71. — La violence, en général, évoque l'idée d'une pression exercée sur la volonté d'une personne ; plus spécialement et dans le domaine des obligations, cette pression tend à déterminer, à contraindre le patient à

(1) *Suprà*, nos 35 et 37.

(2) Cons. sur la violence en tant que vice de consentement : DEMOGUE, *De la violence comme vice du consentement*, Rev. trim. de dr. civ. 1914, p. 435 ; *Traité des obligations*, t. I, nos 292 et s. ; BRETON, *La notion de la violence en tant que vice du consentement*, thèse 1925 ; et note S. 1926.1.121 ; LALLEMENT, *L'état de nécessité en matière civile*, thèse 1922 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 284 et s. ; BARDE, *Traité des obligations*, dans la collection BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, nos 72 et s.

passer un acte, convention, paiement ou acte unilatéral de telle sorte que, pour qui pénètre jusqu'au fond des choses, ce n'est pas à vrai dire la violence elle-même qui est déçivise et qui vicie le contrat, mais bien la contrainte qui en résulte : l'acte accompli sous l'empire d'une telle obsession, d'une telle oppression, n'est pas l'œuvre d'une volonté libre, et c'est pourquoi il est entaché de nullité.

Si cette vue est exacte — et nous devons le vérifier — la théorie de la violence cadre avec celle des mobiles les mobiles déterminants de la volonté opprimée ont été faussés par la contrainte, ou, si l'on veut, ils sont constitués par la contrainte elle-même et ils sont donc inopérants comme exclusifs de la liberté de détermination qui doit se trouver à la base du consentement ; un consentement forcé est une contradiction en soi ; les mobiles étant dénaturés, falsifiés, l'intention qui en jaillit, c'est-à-dire l'acte juridique lui-même, est altéré dans sa substance et doit pouvoir tomber.

Mais cette conception est-elle légitime ? Est-il vrai de dire que la violence n'est à prendre en considération qu'à raison de l'oppression qui en résulte pour la volonté de la victime, et qu'ainsi cette théorie est dominée et absorbée par celle du but injuste (1) ?

72. — Assurément, c'était bien là le système du droit romain de l'époque classique. L'édit du prêteur s'en expliquait nettement et son histoire est suffisamment éloquente. Ulpien rapporte que, dans sa teneur primitive, cet édit prévoyait distinctement la violence et la crainte : « *Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebit* », et que, par la suite, on supprima la première de ces mentions comme inutile ; il ne fut plus désormais question que

(1) DEMOGUE, *De la violence comme vice du consentement*, Rev. trim. 1914, p. 448.

de la crainte, elle-même impliquée par la violence : « *Quod metus causa gestum erit, etc.* » (1). La violence n'était donc prise en considération qu'à raison de la crainte qu'elle détermine et en quelque sorte à titre virtuel. D'autre part, ce qui est essentiel, cette crainte ne viciait le consentement qu'autant qu'elle avait été déterminante, qu'elle avait postulé le contrat ; et c'est ce qui résulte clairement des premiers mots de l'édit il doit y avoir entre la « *metus* » et l'acte incriminé un rapport de cause à effet ; celle-là doit avoir été la cause efficiente de celui-ci.

73. — Cette puissance de détermination de la violence en tant que vice du consentement est acceptée par les législations récentes le code civil allemand décide que « celui qui a été *déterminé* par tromperie dolosive, ou d'une façon contraire au droit, par menaces, à émettre une déclaration de volonté, peut attaquer par voie d'annulation la déclaration » (2) ; et M. Saleilles, commentant cette disposition, écrit « Donc, l'article 123 se contente, de simples menaces, pourvu qu'il soit établi... qu'elles sont la cause directe de la déclaration de volonté, c'est-à-dire que, sans elles, la victime de la violence n'aurait pas voulu ce qu'elle a voulu » (3).

Le code fédéral suisse des obligations contient un texte tout aussi explicite « Si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ou un tiers, elle n'est point obligée » (4).

Plus catégorique encore est le code civil espagnol, aux termes duquel « il y a violence quand, *pour extorquer le consentement*, on emploie une « force irrésistible » et qui,

(1) *Dig. Quod metus causa*, IV, 2 fr. 1 ; voy. aussi fr. 3.

(2) C. civ. allemand, art. 123.

(3) SALEILLES, *Déclaration de volonté*, p. 56.

(4) Code féd. des oblig., art. 29.

lui aussi, se réfère à la notion de la « crainte raisonnable et fondée » (1).

Le code civil de la Russie soviétique ne retient, également la violence qu'autant que l'acte a été commis sous son influence (2) ; et le droit anglais se rattache également au droit commun législatif en exigeant que la « *duress* » ait été la cause déterminante de l'acte attaqué (3).

74. — Notre code civil français paraît d'abord moins explicite les articles 1111 à 1115, consacrés à la violence, envisagent celle-ci comme telle, semble-t-il, en soi, et n'exigent pas expressément qu'elle ait joué, dans l'opération, un rôle déterminant. Mais cette première impression est dissipée par la lecture de l'article 1109 et même par un examen attentif de la réglementation contenue dans les articles 1111 à 1115.

Aux termes de l'article 1109 « Il n'y a point de consentement valable... s'il a été *extorqué* par violence... » ; c'est donc seulement si la violence a joué le rôle d'un procédé d'extorsion du consentement qu'elle vicie le contrat, c'est-à-dire dans le cas où elle a opéré comme un mobile déterminant, entraînant. D'autre part, l'article 1112, comme l'article 1114, se réfèrent, non plus à la violence elle-même, mais bien à la crainte qui en est résultée, si bien qu'en définitive, ce sont les dispositions et c'est la conception du préteur romain qui ont passé dans notre code civil comme elles ont inspiré les législations plus récentes.

Pour nous en mieux convaincre, nous allons rechercher comment doit être aménagé le système d'une codification qui adopterait les directives supposées, après quoi nous constaterons que cette réglementation rationnelle coïn-

(1) C. civ. espagnol, art. 1267.

(2) C. civ. soviétique, art. 32.

(3) DEMOGUE, *op. cit.*, p. 479.

cide précisément avec celle de notre droit positif français : la contre-épreuve sera concluante.

Une législation qui rattache la théorie de la violence, en tant que vice du consentement, aux notions de mobile et de libre arbitre, exigera que la contrainte qui en est résultée ait été assez puissante pour opprimer le libre arbitre de la victime, pour jouer le rôle de mobile déterminant ; elle exigera, en outre, que l'emploi d'une telle violence n'ait pas été justifiée.

Et c'est tout ; aucune autre considération n'entrera en jeu : ni la nature de l'acte, ni la provenance de la violence, ni le procédé employé, ni l'incidence de la menace, du danger couru.

Voyons si ce sont bien là les solutions de notre code civil ; quelles conditions il exige et quelles conditions il passe sous silence.

75. — I. — *Eléments constitutifs du vice de la violence, d'après le code civil et conformément à la tradition.* — Ces éléments sont traditionnellement au nombre de deux, l'un essentiel et positif, l'autre accessoire et négatif la violence doit revêtir une certaine intensité et elle ne doit pas pouvoir se justifier.

76. — *Premier élément constitutif.* — La violence doit présenter une certaine intensité, une certaine gravité c'est la condition fondamentale. Où trouver le critère qui permettra de savoir si, dans un cas déterminé, cette condition se trouve bien réalisée ? S'en référera-t-on à une conception individuelle et concrète ? Ou bien adoptera-t-on un critère abstrait et objectif ?

Le droit romain avait pris parti en ce dernier sens ; il exigeait que la violence fût particulièrement grave, qu'elle fût « *atrox* », de nature à ébranler l'homme le plus courageux « *hominem constantissimum* » ; c'était là une doc-

trine d'origine stoïcienne, qui était secourable aux plus forts, mais beaucoup moins aux faibles. Notre code civil se montre moins exigeant et plus pitoyable à la faiblesse humaine ; au critère stoïcien il a substitué un critère plus humain c'est assez que la violence soit de nature à faire impression sur « une personne raisonnable » (1) le consentement de la victime en pourra être vicié.

Seulement, le changement paraît bien n'intéresser que la mise en œuvre du système, non le système lui-même qui se présente toujours comme objectif et abstrait : ainsi que l'édit du préteur, l'article 1112 du notre code civil ne s'arrête nullement à la personnalité du sujet : un procédé de dosage uniforme est appliqué à tous.

Mais il n'y a là qu'une apparence, dissipée aussitôt par le deuxième alinéa du même texte qui veut qu'on ait égard, en cette matière, « à l'âge, au sexe et à la condition des personnes » critère essentiellement subjectif auquel on s'accorde à donner le pas sur le précédent ; le dosage de la violence sera différent pour l'homme ou la femme, pour l'adolescent, l'homme dans toute la force de l'âge ou le vieillard, pour celui qui appartient aux classes dirigeantes ou pour l'individu qui occupe, dans la société, une situation subordonnée ; l'instruction, la volonté, la force physique, l'habitude des affaires (2) seront autant de données qui serviront à résoudre le problème (3). Le droit civil se montre ici aussi subjectif que le droit pénal, aussi individualiste que lui ; et il s'affirme du même coup comme le pouvoir de protection des faibles, donnant ainsi un éclatant démenti à la doctrine qui fait reposer le droit sur la force notre législateur veut que le faible soit pro-

(1) C. civ., art. 1112.

(2) Sic BARDE, *op. cit.*, n° 74 ; DEMOGUE, *Rev. trim.* 1914, p. 459 ; BRETON, *op. cit.*, p. 97 et s. et note S. 1926.1.121 ; POTHIER, *Traité des obligations*, n° 25.

(3) Req. 15 nov. 1925 (S. 1926.1.121, note A. BRETON).

tégé davantage que le fort : il érige la faiblesse en droit (1).

En même temps, il demeure fidèle à cette conception d'après laquelle la violence est prise en considération dans la mesure où elle a oblitéré la volonté du sujet en faussant les mobiles auxquels il a obéi : du moment que cette volonté a été opprimée, que la contrainte a joué un rôle déterminant en prenant la place, en tenant lieu de mobiles, le consentement est vicié et l'acte est donc annulable, sans qu'on ait à rechercher si une personne plus éclairée, plus forte ou plus courageuse n'aurait pas trouvé dans son cerveau ou dans sa volonté les moyens d'échapper à l'obsession ; de même qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque l'agent était « contraint par une force à laquelle il n'a pu résister » (2), ainsi il n'y a pas de contrat valable lorsque le débiteur s'est engagé sous l'influence d'une pression, pour lui irrésistible : dans le domaine du droit privé comme dans celui du droit pénal, la contrainte est appréciée subjectivement et par individualisation judiciaire.

77. — Sur ce caractère subjectivement déterminant qui doit être celui de la violence envisagée en tant que vice du consentement, la grande majorité des auteurs tombent d'accord ; prenant comme point de départ et paraphrasant la formule de l'article 1109 qui se réfère à une extorsion du consentement, les civilistes exigent à peu près tous que la violence ait été « déterminante » ; Aubry et Rau (3), MM. Colin et Capitant (4), Planiol (5), Demogue (6), Barde (7) se prononcent nettement en

(1) *Suprà*, n° 18.

(2) Cpn. art. 64.

(3) AUBRY et RAU, 5^e éd.

(4) COLIN et CAPITANT, 4^e éd., t. II, p. 285.

(5) PLANIOL, 10 éd., t. II, nos 1070 et s.

(6) DEMOGUE, *Rev. trim.* 1914 ; c'est la « pression brutale » (p. 438) la « pression anormale et injuste » (p. 449) qui est de nature à vicier l'acte accompli sous son empire.

(7) BARDE, *op. cit.*, t. I, nos 72 et s.

ce sens dans leurs traités ou dans leurs articles ; et la jurisprudence est tout aussi formelle ; les arrêts veulent que la convention incriminée ait été la suite de la contrainte injustement subie ; s'il en est autrement, si la crainte n'a joué, dans les tractations et la conclusion de l'acte, qu'un rôle secondaire et accessoire, les tribunaux se refusent à prononcer la nullité (1).

Un seul auteur, à notre connaissance du moins, M. Ripert, s'écarte quelque peu de ces conclusions entraîné par l'idée maîtresse de son beau traité « *La règle morale dans les obligations civiles* », notre brillant collègue accorde le rôle prépondérant, en notre matière, non pas à la pression exercée sur la victime, mais bien au caractère injuste de cette pression ainsi, le côté purement moral du problème, celui qui intéresse essentiellement l'auteur, est mis en pleine lumière « quand on examine les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence admet la nullité du contrat, on s'aperçoit qu'il faut tenir compte de la cause bien plus que de l'effet, du caractère injuste de la violence bien plus que de la sujétion de la volonté » (2). Mais, en faisant ainsi de la morale le centre de gravité du problème et en refoulant au second plan le point de vue psychologique et purement juridique, M. Ripert s'écarte et de la tradition (3) et des textes qui rattachent avec insistance la nullité de l'acte à l'oppression de la volonté, consécutive à la violence ; les articles 1109 et 1112 du code civil sont formels en ce sens à vrai dire le caractère injuste de la violence n'a pas même la valeur d'un élément positif ; le principe, c'est que l'acte est nul du moment

(1) Req. 17 nov. 1925, précité ; Dijon, 24 mai 1865 (S. 1866.2.64).

(2) RIPERT, *La règle morale*, n° 45.

(3) POTHIER traite de la violence sous la rubrique suggestive « *Du défaut de liberté* » ; pour lui, le contrat est vicieux, lorsque le consentement de l'un des contractants a été « *extorqué* » par violence (*Traité des obligations*, n° 24) ; et, plus loin, l'auteur parle de la violence « *qui fait pécher le contrat par défaut de liberté* » (n° 25).

que le consentement de l'une des parties a été déterminé par la crainte ; à cette règle, le législateur et la jurisprudence apportent, il est vrai, un tempérament pour les cas où la violence aurait été exercée légitimement ; mais ces cas sont exceptionnels et c'est leur faire trop d'honneur que de les élever jusqu'à la règle elle-même qu'ils viennent au contraire entamer ; c'est à leur étude que nous arrivons maintenant.

78. — *Deuxième condition.* — Pour que la violence vicie le consentement, encore faut-il qu'elle ne soit pas justifiée. Il s'agit bien ici d'une condition d'ordre négatif qui ne saurait être mise sur le même plan que la précédente : en principe, et du moment que le consentement de la victime a été extorqué, son engagement est nul (1) ; mais il en va autrement lorsque l'extorsion n'était pas injuste, lorsqu'elle se trouvait légitimée par les circonstances dans lesquelles elle est intervenue.

A vrai dire, le code civil ne s'explique même pas sur cette condition négative, au moins envisagée dans sa teneur générale, mais la tradition est si bien établie que le doute n'est point permis. Les juristes romains exigeaient déjà que la violence eût été exercée *adversus bonos mores* » (2), et Pothier ne retenait que la violence injuste (3) ; et d'ailleurs, l'article 1114 de notre code civil fait la part de cette conception traditionnelle en stipulant que « 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 » en fait, l'autorité paternelle sera parfois de nature à peser lourdement sur la volonté d'un contractant ; elle jouera un rôle effectivement déterminant ; mais ce rôle sera correct ; la crainte à laquelle

(1) C. civ., art. 1109.

(2) *Dig. Quod metus causâ*, fr. 3, § 1.

(3) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 26.

le descendant a pu céder est parfaitement légitime et ne saurait donc faire échec aux règles du droit contractuel. Il y a bien, dans une certaine mesure, contrainte, mais contrainte justifiée. Il est si vrai que tel est le point de vue du législateur, qu'une solution toute différente devrait être donnée si le consentement du descendant s'expliquait autrement que par « la seule crainte révérentielle », et si des violences matérielles avaient été exercées par l'ascendant en vue de l'obtenir ; les procédés employés jouent ici un rôle décisif ; il y a la manière qui apparaît au premier plan et qui fournit le critère de la valeur du consentement.

79. — C'est à un critère différent qu'il convient de se rattacher pour apprécier le mérite d'un contrat conclu par l'une des parties sous la pression d'une voie de droit, par exemple sous la menace d'une action civile, d'une poursuite criminelle, d'une saisie, d'une plainte. Ici, ce n'est plus dans les procédés employés que l'on cherche la ligne de démarcation entre ce qui est licite et ce qui est défendu, mais bien dans le but poursuivi par l'agent, dans les mobiles auxquels il obéit en usant de ces moyens de droit. Veut-il obtenir son dû, sans plus ? Alors, la pression qu'il exerce sur son débiteur est parfaitement légitime, et l'engagement ou le paiement intervenus dans de telles conditions seront irréprochables ; mais se propose-t-il de mettre la situation à profit pour réaliser des avantages auxquels il n'avait pas droit ? En ce cas, c'est une sorte de chantage qu'il pratique ; et c'est une violence injuste qu'il exerce et dont le consentement de sa victime se trouvera vicié. Ainsi s'établit la distinction, constamment admise en jurisprudence, entre l'usage régulier des voies de droit et leur usage abusif, et ainsi le concept du mobile fait-il un retour offensif, nettement caractérisé. Un acheteur, qui surprend un vendeur en flagrant délit de trom-

perie sur le métrage de la marchandise, peut bien légitimement, et en le menaçant de poursuites, exiger le remboursement des sommes qu'il lui a versées indûment, mais il ne serait pas fondé à profiter de la situation pour se faire allouer des sommes plus considérables, « *sans cause légitime sérieuse* » (1) les voies du droit doivent rester au service du droit et ne sauraient devenir des procédés d'effraction (2).

Telles sont les deux conditions exigées pour que la violence vicie le consentement et l'acte juridique dont ce consentement constitue la substance ; elles cadrent parfaitement, on le voit, avec l'idée maîtresse à laquelle nous nous référons la contrainte se présente bien sous l'aspect d'un mobile, déterminant chez celui qui la subit, et illicite chez celui qui la pratique ; c'est à cette double condition seulement qu'elle remplit l'office d'un vice du consentement.

79 bis. — II. — *Circonstances indifférentes à la prise en considération de la violence en tant que vice du consentement.* — C'est la partie négative de la démonstration que nous abordons maintenant, et comme la contre-épreuve de la conclusion à laquelle nous venons d'arriver du moment que la crainte injuste a fonctionné en tant que mobile déterminant, le consentement est par là même vicié et le contrat devient donc annulable, sans qu'il y ait lieu d'exiger, à cet effet, aucune condition supplémentaire, sans distinction tirée soit de la nature de l'acte juridique qui est en cause, soit de l'origine de la violence, soit du procédé employé, soit enfin de l'incidence du danger couru.

Nous allons donc rechercher si, effectivement, ces circonstances de la cause demeurent sans influence sur la

(1) Civ. 9 avril 1913 (D. P. 1917.1.103).

(2) Pour plus de détails, voyez notre ouvrage *De l'esprit des droits et de leur relativité*, » nos 45 et s.

qualification juridique de la violence et sur sa force dirimante.

80. — A. — *Nature juridique de l'acte qui est en cause.* — Cette nature demeure indifférente : toutes les conventions sont susceptibles d'être viciées par la contrainte, sans distinction entre les opérations à titre onéreux et les libéralités, ou entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux ; les manifestations unilatérales de volonté rentrent elles-mêmes dans la règle générale, par exemple l'acceptation ou la répudiation d'une succession (1) du moment qu'un consentement est requis pour la formation d'un acte juridique, ce consentement doit être libre, sans qu'il y ait lieu d'établir des discriminations tirées de la contexture du *negotium* en cause.

81. — B. — *Origine de la violence.* — On conçoit que la contrainte soit exercée, ou bien par un contractant vis-à-vis de la contre-partie, ou bien par un tiers et dans le but de déterminer le consentement de la victime, soit enfin par une force indépendante de la volonté des parties contractantes et extérieures à l'opération elle-même.

Examinons ces trois éventualités

1^{er} cas violence de contractant à contractant. La contrainte est alors de provenance interne : c'est le cas normal, classique ; la pression s'exerce dans le cercle contractuel ; la sanction de la nullité relative s'applique sans contestation possible, du moment que la violence a été déterminante et injustifiée.

2^e cas violence exercée par un tiers sur la victime et dans le but de lui arracher son consentement. Ici, la con-

(1) C. civ., art. 788, argument *a fortiori* du moment que le dol vicie l'acceptation, à plus forte raison en est-il de même de la violence qui n'est qu'un dol aggravé. *Sic.* COLIN et CAPITANT, t. III, p. 470 et p. 477.

trainte a une provenance extérieure au cercle contractuel ; elle vient du dehors ; le créancier qui, nous le supposons, n'est pas complice des manœuvres employées, profite de la violence sans l'avoir exercée ni provoquée.

L'éventualité est assez peu pratique, car, dans l'immense majorité des cas, le bénéficiaire des manœuvres d'intimidation sera d'accord avec celui qui les emploie, et l'on retombe ainsi, par application des règles de la complicité, dans la première éventualité prévue. Mais, si l'hypothèse est exceptionnelle, le traitement à lui appliquer ne fait aucun doute. L'article 1111 édicte la nullité du contrat, encore que la violence « ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite » ; traitement tout à fait rationnel. Du moment que le consentement du débiteur lui a été arraché et que son libre arbitre a été opprimé, peu importe logiquement la cause du mal ; le remède ne peut consister, à peine d'être inefficace, que dans la nullité de l'acte ; car une action en dommages-intérêts risquerait fort d'être illusoire, soit parce que l'auteur de la violence a dissimulé sa personnalité, soit parce qu'il est insolvable. Seule, la sanction adéquate au préjudice subi, la sanction en nature, c'est-à-dire la nullité de l'acte entaché de violence, sera à même de donner toute satisfaction à la victime.

82. — 3^e cas. Violence exercée par une force indépendante de la volonté des parties contractantes et extérieure à l'opération elle-même. C'est un voyageur qui, retenu en captivité par des brigands, promet, à qui le délivrera, une partie de sa fortune ; c'est une mère qui, voyant son enfant en danger de périr dans une inondation ou dans un incendie, offre une récompense énorme à qui se dévouera pour le sauver. En pareil cas, le créancier n'a point pris l'initiative d'une pression ; il est intervenu à l'occasion d'une contrainte exercée par autrui ou par les forces de la nature et

pour la faire cesser ; il ne prétend qu'à bénéficier indirectement d'une situation, d'un *état de nécessité*, qu'il n'a point contribué à créer : sa prétention est-elle fondée ? L'engagement assumé par le débiteur dans de telles conditions est-il valable ? ou bien ne se trouve-t-il pas vicié par la violence extérieure sous la pression de laquelle il est intervenu ?

Sur ce point et dans ces termes, la controverse est classique : la tradition est favorable à la validité de l'engagement pris sous la pression d'une nécessité extérieure ; à Rome, la disposition de l'édit « *quod metus causa* » (1) ne protégeait pas celui qui avait promis à autrui une somme d'argent afin d'être gardé contre la violence des ennemis, des brigands ou du peuple, et, dans notre ancienne France, Pothier se prononçait dans le même sens, au moins en principe (2). Aussi la plupart des commentateurs du code civil se faisaient-ils, jusqu'à ces dernières années, une conception étroite de la théorie de la violence qu'ils limitaient, dans le domaine des vices du consentement, au cas où la contrainte est exercée par une volonté humaine et dans le but de peser sur le consentement de la victime ; on invoquait, en faveur de cette conception réduite, non seulement la tradition, mais aussi la lettre de l'article 1109 du code civil qui se place dans l'hypothèse où le consentement du débiteur a été *extorqué* par violence et qui met ainsi en pleine valeur un élément intentionnel que l'on ne retrouve point lorsque l'engagement n'est que le résultat accidentel d'un état de nécessité à la production duquel le créancier n'a point participé : seule, la violence humaine aurait été retenue par le législateur français, en conformité d'une tradition séculaire (3).

(1) *Dig. Quod metus causa*, IV, 2, fr. 9, § 1.

(2) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 24.

(3) *Sic* : TOULLIER, t. VI, n° 85 ; DURANTON, t. X, n° 149 ; MARCADÉ, t. IV, n° 415 ; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 150 ; LAURENT, t. XV, n° 519 BARDE, *Traité des obligations*, dans la collection BAU-

83. — Si cette conception était fondée, l'explication de la nullité du contrat par l'altération des mobiles auxquels le débiteur a obéi, serait prise en défaut, puisque l'engagement par lui souscrit serait valable en dépit de l'oppression de son libre arbitre. Mais cette constatation même est la condamnation du point de vue traditionnel dont elle souligne l'illogisme : du moment que la violence est retenue par le législateur, en tant que vice du consentement — et ce postulat ne saurait être contesté — il n'y a aucune raison valable pour distinguer selon son origine comme nous l'avons vu, l'erreur est une cause de nullité des contrats quelque soit le *processus* suivant lequel elle s'est produite (1) ; on ne voit pas pourquoi il en serait autrement de la violence ; dans une éventualité comme dans l'autre, c'est dans la personne de la victime que les éléments du vice du consentement doivent être recherchés ; les circonstances externes, les modalités sont indifférentes ; au reste, le code civil ne tient-il pas compte de la violence extérieure lorsqu'elle est le fait d'un tiers ? (2) Ce point de départ admis, il semble bien difficile de s'arrêter en chemin pour distinguer entre la contrainte intentionnelle et celle qui résulte d'un état de nécessité. On peut même estimer que c'est surtout la contrainte de la dernière catégorie qui a été visée dans l'article 1111 sous la rubrique de « violence exercée par un tiers » ; car, si on limite la portée de cette formule au cas de contrainte intentionnelle, tendant à arracher le consentement de la victime, on lui enlève à peu près toute signification pratique, puisque, comme nous en avons fait l'observation, il y aura alors très ordinairement collusion entre l'auteur de la violence et le bénéficiaire, en sorte que celui-ci devra

DRY-LACANTINERIE, t. I, n° 77 ; BRETON, *op. cit.*, p. 164 et s. ; LALLEMENT, *op. cit.*, n° 47.

(1) *Sup.*, nos 32 et s.

(2) *Sup.*, n° 81.

être considéré comme ayant coopéré à la contrainte, qui revêtira de ce chef un caractère interne (1) ou bien l'article 1111 vise toute violence exercée par un tiers, alors même qu'elle ne tendrait pas à la signature de l'engagement incriminé, et, par exemple si elle est l'œuvre de brigands, ou bien cette disposition est à peu près dénuée de toute portée effective.

Nous remarquerons encore qu'il est au moins un cas où la loi retient certainement la violence extérieure à la volonté humaine c'est celui où elle a déterminé le propriétaire d'un immeuble à s'en défaire à vil prix : le code civil lui ouvre alors l'action en rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes (2). De l'avis unanime, la théorie de la lésion trouve alors sa raison profonde dans la contrainte subie, ou présumée subie par ce vendeur (3), or, cette contrainte a une provenance externe et n'est point la résultante d'une volonté qui se serait employée à la faire naître.

On sait enfin que le législateur moderne s'est engagé dans la voie que nous considérons comme normale, lorsqu'il a décidé, en matière d'assistance et de sauvetage maritimes, que « toute convention d'assistance ou de sauvetage passée au moment et sous l'influence du danger peut, à la requête de l'une des parties, être annulée ou modifiée par le tribunal, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables.

Dans tous les cas,... lorsque la rémunération est, de façon excessive, dans un sens ou dans l'autre, hors de proportion avec le service rendu, la convention peut être annulée par le tribunal à la requête de la partie intéressée » (4).

(1) *Sup.*, n° 81.

(2) C. civ., art. 1674 et s.

(3) Voy. les travaux préparatoires dans FENET, t. XIV, p. 45 et s. Cpr. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 447; PLANIOL, t. II, n° 1587. *Infra*, n° 99.

(4) L. du 29 avril 1916, *Sur l'assistance et le sauvetage maritimes*, art. 7.

L'orientation législative nous semble donc assez accusée la tendance s'affirme de prendre en considération, pour l'appréciation de la violence, l'état de nécessité qui s'est constitué en dehors du cercle du contrat. La tendance n'est d'ailleurs pas nouvelle déjà Pothier, après avoir admis en principe la validité de l'engagement souscrit sous l'empire d'une force extérieure, ajoute : « néanmoins, si j'avais promis une somme excessive, je pourrais faire réduire mon obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste récompense du service qui m'a été rendu » (1).

La tradition, du moins celle de notre ancienne France, n'est donc point aussi favorable qu'on l'a parfois prétendu à la validité des engagements assumés ou des paiements effectués sous l'empire de la nécessité ; au temps de Pothier déjà, la conception rationnelle tendait à se substituer au point de vue étroit du droit romain ; et l'on comprend donc que cette conception ait sans cesse gagné du terrain, tant en doctrine qu'en jurisprudence. L'arrêt de la chambre des requêtes qui, antérieurement à la loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritimes, avait admis la nullité de l'engagement excessif assumé par le capitaine d'un navire en perdition, a fait jurisprudence (2) ; de nombreuses décisions émanant des cours d'appel ou des tribunaux de commerce ont statué dans le même sens (3) ; tandis que les auteurs les plus autorisés et les plus récents

(1) POTHIER, *op. cit.*, n° 24.

(2) Req. 27 avril 1887 (D. P. 1888.1.263 ; S. 1887.1.372). Il s'agissait d'apprécier la valeur d'une promesse faite par le capitaine d'un bâtiment échoué qui, pour échapper à un désastre, avait promis une somme de 18.000 francs au capitaine d'un remorqueur en vue des opérations de sauvetage dont l'urgence s'imposait, somme de beaucoup supérieure à la valeur du travail effectué à cette occasion la Cour de cassation, après le tribunal de commerce et la Cour de Rouen, estima que l'engagement était annulable comme ayant été assumé sous l'empire de la violence.

(3) Rennes, 28 mars 1882 (*Gaz. Pal.* 1883.1.529). Aix, 9 avril 1893 (*Gaz. Pal.* 1893-.2.215) ; Rouen, 21 mars 1906 (*Gaz. trib.* 1906, 1^{re} sem. 2.397).

s'accordent à approuver cette large conception du vice de violence, la seule conforme à l'idée psychologique d'oppression du libre arbitre qui est à la base de la théorie (1).

84. — A dire vrai, une seule objection, assez impressionnante, est adressée utilement à cette tendance, au jourd'hui dominante : en déclarant nul l'engagement pris par le libérateur, on sacrifie celui-ci, injustement. Il a accompli un acte utile, peut-être difficile et même parfois héroïque ; il est intervenu au péril de sa vie ou de sa tranquillité ou de sa santé ; il a pu exposer des frais pour mener à bien son entreprise : n'est-il point immoral de lui refuser toute indemnité, toute satisfaction de la part de son obligé qui se bornera, au mépris des engagements assumés, à l'assurer de sa gratitude ?

Des remèdes ont été proposés, parfois enveloppés dans des formules assez vagues. La Cour de Rouen, dans l'affaire du sauvetage maritime dont devait ensuite connaître la chambre des requêtes, s'est bornée à affirmer qu'« en dehors du contrat » annulé, il y avait lieu de rémunérer le capitaine du remorqueur auquel elle alloua, après le jugement de première instance, une somme sensiblement inférieure à celle qui avait été stipulée (2) : solution excellente en équité, mais qui aurait eu besoin d'être étayée en droit, de revêtir une forme juridique.

On a pensé trouver cette forme dans la gestion d'affaires mais le sauveteur ou le libérateur n'était intervenu, par hypothèse, que sur la requête de la victime, puisqu'on suppose que celle-ci avait pris un engagement envers lui. Les deux intéressés avaient contracté ensemble, ce qu

(1) *Sic* : COLIN et CAPITANT, t. II, p. 286 ; PLANIOL, t. II, n° 1076 DEMOGUE, *De la violence comme vice du consentement*. Rev. trim. 1914 p. 466 ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, n° 123.

(2) Rouen, 10 déc. 1886, sous Req. 27 avril 1887, précité : la rémunération fut ramenée, dans l'espèce, de 18.000 francs à 4.190 francs.

exclut la possibilité d'une gestion d'affaires, laquelle implique, par définition et traditionnellement, une immixtion spontanée dans les affaires d'autrui.

On a pensé alors à se rabattre sur l'idée de mandat mais on sait que, dans l'opinion dominante et même à peu près incontestée, encore que fort contestable, cette opération est limitée aux actes juridiques (1) or, c'est un acte matériel qui a été accompli par le libérateur.

Pourra-t-on, du moins, faire appel à la responsabilité délictuelle pour donner satisfaction au créancier ? Mais cette responsabilité est, en principe, à base de faute, et la victime n'aura, bien souvent, commis aucune imprudence : c'est un voyageur qui a été capturé par des brigands ou assailli par des malfaiteurs ou qui se trouve en danger de périr dans un naufrage ou dans un incendie ; on ne voit pas où trouver, dans ses rapports avec le sauveteur, les éléments d'un délit ou d'un quasi-délit.

85. — Nous pensons que c'est dans la notion de l'enrichissement sans cause qu'il convient de chercher la clef de la difficulté. Une fois annulé l'engagement pris sous la pression de la nécessité, il reste du moins ceci que la victime a réalisé un avantage, un profit, par les soins et aux dépens de son sauveur. Le mot « enrichissement » est pris ici dans une très large acception ; on n'exige pas, pour qu'une action soit accordée à l'enrichisseur, qu'une transmission de valeur se soit opérée d'un patrimoine à l'autre (2), ni même que l'enrichi ait réalisé un profit pécuniaire (3). Un gain moral suffit à justifier, à étayer son obligation envers l'enrichisseur, à supposer du moins que ce gain comporte une évaluation pécuniaire (4) ; de

(1) Voy. PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 2232.

(2) A. ROUAST, *L'enrichissement sans cause*, *Rev. trim.* 1922, p. 51 et s.

(3) *Id.*, p. 53.

(4) *Ibid.*

même, et à l'inverse, pas n'est besoin que l'enrichisseur se soit matériellement appauvri ; c'est assez qu'il ait fourni son travail, son talent, ses ressources physiques, intellectuelles ou morales (1) : l'ouvrier qui a fait une réparation, l'instituteur qui a instruit un enfant ont droit à une rémunération, encore qu'ils n'aient consenti aucun sacrifice et argent et que leurs patrimoines n'aient pas été constitués en perte. Ainsi en doit-il être du tiers qui intervient pour faire cesser la contrainte, l'état de nécessité du patient : l'action *de in rem verso* lui sera secourable ; elle se présente bien ici avec son caractère subsidiaire (2) ; aucune autre action n'est possible elle constitue l'*ultima ratio* à la fois nécessaire et suffisante pour rétablir l'équilibre rompu par l'annulation de l'engagement qui avait été pris sous le coup d'une impérieuse nécessité.

86. — Nous concluons donc que l'état de nécessité est lui-même constitutif du vice de violence au sens de articles 1109 et suivants et que peu importe la provenance de la contrainte dont le promettant a été la victime comme M. Planiol (3), nous estimons que le droit moderne tend à abandonner, sur ce point, la tradition, et très légitimement, puisque l'oppression du libre arbitre et l'altération des mobiles se retrouvent aussi bien lorsque la violence se produit en dehors du cercle contractuel que dans le cas où elle est exercée entre contractants.

87. — C. — *Procédé employé pour peser sur la volonté de la victime.* — La violence peut revêtir différents aspects notamment elle peut être physique, matérielle, ou bien morale. La première s'exerce par de mauvais traitements son auteur compte sur la souffrance physique pour avoir raison de la volonté du patient ; la deuxième, de beaucoup

(1) ROUAST, *op. cit.*, p. 46.

(2) *Id.*, p. 82 et s.

(3) PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1076.

la plus fréquente, s'exerce au moyen de la menace, de l'intimidation et le mal alors envisagé peut lui-même être d'ordre physique ou d'ordre moral, soit qu'une mère menace sa fille de la laisser seule, abandonnée, au moment où elle ressentira les douleurs de l'enfantement (1), soit que le directeur d'un établissement menace ses agents de révocation s'ils ne consentent pas à signer des billets (2) ou qu'un confesseur abuse de son ministère pour déterminer un malade, terrorisé par la perspective d'une damnation éternelle, à consentir une libéralité testamentaire (3), soit encore qu'un artiste se refuse à continuer une représentation si on ne lui consent pas certaines promesses (4) de tels engagements ou de telles libéralités, auxquels le patient ne s'est résolu que contraint et forcé, et, pour ainsi dire, le couteau sur la gorge, manquent de la liberté sans laquelle il n'y a pas de consentement, d'acte juridique valable : les mobiles ont été altérés, faussés ; l'acte accompli dans ces conditions est annulable.

88. — D. — *Incidence du danger couru par la victime de la violence.* — Le danger peut menacer soit la personne même du débiteur, soit son patrimoine ; les exemples précédemment donnés montrent que, dans l'un et l'autre cas, la violence est également dirimante.

Mais la loi va plus loin elle retient, non pas seulement la contrainte exercée sur le patient lui-même, mais aussi celle qui s'adresse à ses proches, à son conjoint, à ses descendants ou à ses ascendants (5) ; elle tient ainsi compte des sentiments d'affection qui unissent habituelle-

(1) Bruxelles, 22 août 1808 (*Jurisp. gén.* v^o Obligation, n^o 188).
Cpr. Trib. civ. Albi, 18 juill. 1895 (*Gaz. Pal.* 1895.2.536).

(2) Bastia, 6 août 1892 (D. P. 1893.2.359).

(3) Trib. Pont-L'Évêque, 22 janv. 1861, sous Cass. 23 juin 1863 (D. P. 1863.1.310).

(4) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1914, p. 452.

(5) C. civ., art. 1113.

ment les membres d'une même famille et en fonction desquels le danger couru par l'un devient commun à tous (1) solution qui cadre parfaitement bien avec la notion des mobiles ; le consentement est vicié du moment que l'une des parties a agi sous la pression d'une crainte déterminante, d'une crainte qui a joué le rôle de mobile, qui s'est substituée au mobile licite ; peu important dès lors les circonstances, qui ont fait naître une telle crainte ; le résultat est toujours identique la volonté a été altérée dans sa genèse même et ne saurait donc produire des effets définitifs.

89. — Cette constatation ne va-t-elle pas nous conduire logiquement à élargir la théorie de la violence, à l'étendre au delà des limites qui lui sont assignées par l'article 1113 ? Ce texte ne retient, en tant que violence par représentation, que celle qui est exercée sur les proches, conjoint, descendants ou ascendants mais n'arrive-t-il pas qu'en fait, le danger couru par une personne chère, encore que ne rentrant pas dans l'énumération légale, soit de nature à opprimer le libre arbitre du promettant ? C'est par exemple un frère, une sœur, une fiancée, dont les intérêts moraux sont mis en péril le tribunal ne sera-t-il pas fondé à annuler l'engagement assumé en vue de mettre fin à une telle obsession ? La plupart des auteurs admettent cette interprétation libérale (2) qui se recommande de toute une série de considérations :

(1) Au cours des travaux préparatoires, le tribun Favart a dit « l'amour conjugal... l'amour paternel et la tendresse filiale confondent l'existence des chefs et des rejetons des familles les maux de l'un sont les maux de tous les autres ».

(2) *Sic.* DEMOLOMBE, t. XXIV, nos 160 et s. ; LAROMBIÈRE, art. 1111, n° 15 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. I, nos 89 et s. BUENOIR, *Propriété et contrat*, p. 607 ; PLANIOL, t. II, n° 1072 et note D. P. 1907.2.366 ; Ch. BEUDANT, *Cour de droit civil français* t. IV, n° 125 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1914, p. 369 ; BRETON, *op. cit.*, p. 106 et s. — *Contra*, AUBRY et RAU, 5^e éd., t. IV, § 343 bis, note 14 ; LAURENT, t. XV, 520.

Considérations logiques d'abord comme nous l'avons noté, du moment que la volonté du promettant a été opprimée, peu importe rationnellement le chemin suivi par la violence ; le résultat seul est à considérer ;

Puis la tradition représentée notamment par Pothier et par Domat ; « il faut, écrivait Pothier, que la partie qui prétend avoir été forcée à contracter, ait été intimidée 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* » (1) ; et Domat suppose que le mal menace la femme ou le fils du contractant « *ou une autre personne de qui le mal doive le toucher* » (2) ;

Les législations étrangères enfin qui, pour la plupart, ou bien ne contiennent pas d'énumération limitative ou bien assimilent à la partie contractante ses proches parents. Dans la première catégorie rentre le code civil allemand (3) ; dans la deuxième, le code fédéral suisse des obligations (4), le code civil italien (5), le code civil portugais (6) ; la formule de celui-ci est aussi compréhensive qu'il est possible : elle englobe même les *tiers*, sans exiger qu'ils aient la qualité de parents.

A cette large compréhension de la situation vient s'opposer un argument unique, mais qui semble résistant l'article 1113 de notre code civil est conçu dans des termes qui paraissent bien être limitatifs et faire obstacle à toute interprétation extensive Laurent, observateur fidèle de

(1) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 25.

(2) DOMAT, *Lois civiles*, 1^{re} partie, livre I, titre 18, sect. 2, n° 5.

(3) Art. 123.

(4) *C. de fédéral des obligations*, art. 30 « La crainte est réputée fondée lorsque la partie menacée devait croire, d'après les circonstances, qu'un coup grave et imminent la menaçait elle-même, *ou l'un de ses proches*, dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens. »

(5) C. civ. italien, art. 1113.

(6) C. civ. portugais, art. 666. Voy. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1914, p. 475.

la lettre de la loi, et Aubry et Rau n'ont pas cru pouvoir passer outre à cet obstacle littéral.

Pendant, il est facile et il est légitime de le tourner. L'article 1113 établit une présomption ; il suppose que le promettant ressent le danger où se trouve son conjoint, son descendant ou son ascendant, comme s'il y était lui-même exposé. Assurément, cette présomption est de droit étroit, elle ne saurait être transportée dans un compartiment voisin. Mais, lorsqu'on est en dehors des termes de la loi, ce n'est pas à dire que le juge ne puisse pas tenir compte de la pression exercée par l'intermédiaire d'une personne ne rentrant pas dans les catégories légales ; la question devient alors une question de fait, une question d'espèce le tribunal aura, pour la trancher, toute liberté d'appréciation ; l'assimilation d'une fiancée, par exemple, aux personnes visées dans l'article 1113, n'a point force légale, mais elle peut parfaitement être admise, dans un cas déterminé et à raison des circonstances de la cause, par le tribunal ; et nous pensons même que le danger couru par un ami serait de nature à vicier le consentement du débiteur dont le libre arbitre aurait été opprimé. C'est à peu près le système du code civil italien, dans lequel « la violence est une cause de nullité du contrat même lorsqu'elle est dirigée contre la personne ou les biens de l'époux, d'un descendant ou d'un ascendant du contractant » ; après quoi le texte ajoute « s'il s'agit, d'autres personnes, il appartient au juge de prononcer sur la nullité suivant les circonstances » (1).

90. — Ainsi, sur tous les problèmes que suscite la violence, nous arrivons — avec les textes, le raisonnement, la jurisprudence ou le droit comparé — aux solutions commandées par cette idée maîtresse que la contrainte

(1) C. civ. italien, art. 1113.

doit infirmer l'acte à raison de la crainte injuste qu'elle implique et du moment que cette crainte a joué un rôle déterminant, du moment que le contrat en a été la suite, et en négligeant toutes autres considérations. En d'autres termes, le mobile contractuel déterminant ne peut pas être la crainte — *metus* — inspirée par la violence, car c'est là un mobile exclusif du libre arbitre en dehors duquel on ne conçoit pas qu'un acte juridique puisse être valable.

§ 3. — LE DOL (1).

91. — La notion du dol revêt deux configurations, l'une générique, l'autre spécialisée aux contrats, aux actes juridiques.

Sous le premier aspect, elle englobe, suivant la définition de Pothier, toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre » (2), ou, selon la formule de Labéon « *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circonveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam* » ; ainsi largement comprise, elle rayonne sur le droit tout entier, dans le domaine des délits comme dans celui des contrats ; elle est partie intégrante de la faute aquilienne, du « fait quelconque de l'homme » de l'article 1382 du code civil (3).

Dans la deuxième acception, sensiblement plus limitée, elle est constitutive de l'un des vices du consentement, prévu et réglementé dans les articles 1109, 1116 et 1117 du code civil : l'idée est toujours la même ; il s'agit d'une ruse, d'une tromperie, mais avec cette particularité qu'elle avait

(1) Voy. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. I, nos 338 et s. ; la thèse de M. TAG-ELDINE, *Le dol vice du consentement en droit français et la misrepresentation anglaise*, Lyon 1926.

(2) POTHIER, *Traité des obligations*, éd. BUCNET, n° 28.

(3) *Dig. Fr.* 1, § 2, *De dolo malo*, IV, 3. Après avoir cité la définition de Labéon, Ulpien ajoute « *Labeonis definitio vera est.* »

pour but et qu'elle a eu pour résultat de surprendre le consentement de la victime (art. 1109) qui s'en trouve vicié, en sorte que l'acte passé sous son influence n'est pas né viable et qu'il peut être annulé sur la demande de la partie trompée.

Ainsi entendu, le dol se rattache étroitement à la doctrine des mobiles dont il est le corrupteur son auteur s'efforce de faire naître dans l'esprit de la victime un mobile, une raison de contracter, et, par hypothèse, cette raison est injustifiée, illusoire, pernicieuse ; le mobile fallacieusement suggéré est erroné, si bien que la matière du dol nous ramène invinciblement à celle de l'erreur, avec cette particularité que celle-ci, au lieu d'être spontanée, a été provoquée sciemment par l'une des parties au détriment de l'autre, circonstance aggravante dont l'effet retentira sur l'envergure de la théorie l'erreur déterminée par le dol est susceptible d'infecter le contrat dans des cas où l'erreur spontanée serait inopérante et notamment lorsqu'elle porte sur les simples motifs solution rationnelle, solution nécessaire, puisque c'est précisément à raison de l'action par elle exercée sur ces motifs que l'erreur a été irritante et qu'elle a faussé le libre jeu des volontés contractantes.

C'est, par exemple, un marchand d'automobiles qui a faussement persuadé à son client que sa voiture était hors d'usage, était irréparable et qui l'a ainsi déterminé à faire l'acquisition d'un autre véhicule ; ou c'est un vendeur qui a déclaré faussement que le fonds par lui aliéné bénéficiait d'une servitude imaginaire (1), ou qui, pour enlever le consentement de l'acheteur, a produit une lettre attribuant mensongèrement une majoration de valeur à la chose vendue (2). Dans ces cas et tous autres semblables, l'auteur du dol a fait naître chez sa victime

(1) DOMAT, *Lois civiles*, livre I, titre 18, sect. 3, n° 2.

(2) Req. 9 nov. 1910 (D. P. 1910.1.528).

le désir de traiter, il a pesé sur sa volonté, qu'il a déclenchée par des moyens artificiels et frauduleux ; ici encore, nous sommes donc dans le domaine de la psychologie juridique, et, suivant la remarque de Saleilles, « il s'agit encore d'une cause psychologique de nullité » (1) ; le dol a été envisagé dans presque tous les pays, « par ses côtés psychologiques, comme impliquant un défaut de liberté de la volonté » (2).

92. — Si cette interprétation est exacte, une seule condition sera requise — mais le sera inexorablement — pour que le dol fonctionne en tant que vice du consentement on exigera qu'il ait véritablement pesé sur la volonté de la victime, qu'il l'ait fait jouer, qu'il ait exercé un rôle entraînant et décisif.

Or, précisément, notre code civil ne retient le dol, en tant que vice du consentement et cause d'annulation des contrats, que s'il a surpris le consentement de la victime (art. 1109) ; il veut que les manœuvres pratiquées par l'une des parties soient telles « qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté » (art. 1116) ; en d'autres termes, il ne fait état que du dol déterminant, à l'exclusion du dol accessoire, ou accidentel, ou incident qui a eu pour unique effet de modifier la teneur de la convention, l'équilibre de l'opération, mais sans décider de sa conclusion ; distinction dont l'application ne sera pas toujours facile, qui soulèvera, dans la pratique, des appréciations divergentes (3), mais qu'on

(1) SALEILLES, *La déclaration de volonté*, p. 51.

(2) *Ibid.*

(3) Cependant, il est bien certain qu'on ne retiendra pas, en tant que vice du consentement, le dol postérieur à la formation du contrat, ni même, en principe du moins, celui qui est intervenu à un moment où la victime était fermement décidée à contracter, précisément parce que l'erreur propagée dans de telles conditions n'a pas pu être entraînant. Voy. TAG-ELDINE, *op. cit.*, p. 137. Sur le dol par simple réticence, v. Civ. 30 mai 1927 (D. H. 1927.416).

retrouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit des pays étrangers.

93. — C'est ainsi qu'aux termes de l'article 123 du code civil allemand, « celui qui a été *déterminé* par tromperie dolosive... à émettre une déclaration de volonté, peut attaquer par voie d'annulation la déclaration » ; M. Saleilles, commentant cette disposition, écrit : « Donc, il y a une preuve psychologique à fournir... la preuve que, sans la pression ou sans les manœuvres exercées, on n'eût pas donné son adhésion à la déclaration telle qu'elle a été émise ; ou plutôt la preuve de la relation directe qui rattache la volonté, telle qu'elle a été donnée, aux manœuvres employées. Il faut que la volonté émise soit uniquement l'effet et le produit de ces manœuvres elles-mêmes » (1).

Le code fédéral suisse des obligations de 1911 emploie une formule qui n'est pas moins caractéristique « La partie *induite à contracter* par le dol de l'autre n'est pas obligée, même si son erreur n'est pas essentielle » (2).

Le code civil espagnol établit, lui aussi, la distinction du dol essentiel et du dol incident, ce dernier ne comportant pas d'autre sanction que des dommages-intérêts (3).

Le droit anglais lui-même qui a développé la théorie du dol sur son propre fonds et sans subir l'influence du droit romain, ne retient que l'erreur substantielle, soit dans la *misreprésentation frauduleuse*, qui correspond assez exactement quoique sous le bénéfice de différences importantes, à notre dol du droit français (4), soit même dans la *misreprésentation innocente*, c'est-à-dire au cas où la partie qui a provoqué l'erreur chez son cocontractant se trouvait être de bonne foi (5).

(1) SALEILLES, *La déclaration de volonté*, p. 52.

(2) *Code féd. des oblig.*, art. 28, § 1.

(3) C. civ. espagnol, art. 1269 et 1270.

(4) TAG-ELDINE, *op. cit.*, p. 100.

(5) *Id.*, p. 211.

Ainsi, toutes les législations et toutes les jurisprudences, encore qu'elles soient parties de conceptions parfois très différentes, ont convergé vers ce même point central du sujet, vers ce principe cardinal, à savoir que le dol n'entraîne des sanctions décisives que s'il a agi comme un levier sur la volonté du patient (1), qu'autant qu'il a créé, à ses yeux abusés, un mirage trompeur et qu'il a suscité dans son esprit des raisons d'agir fallacieuses, des mobiles spécieux, illusoire, en contradiction avec la réalité des choses.

94. — Voilà donc administrée la partie positive de la démonstration de ce point de vue que le dol ne vicie le consentement qu'autant qu'il a joué le rôle de facteur du mobile déterminant auquel la victime a cédé en consentant, et nous pouvons maintenant procéder en quelque sorte à la contre-épreuve logiquement, tout dol répondant à la définition que nous venons d'en donner devrait entraîner la nullité de l'acte conclu sous son empire, cela sans réserve et sans distinction ; il y va de la liberté du consentement et de la loyauté des tractations.

Cependant, tel n'est pas le système de notre code civil : conformément à une longue tradition, deux conditions supplémentaires sont requises pour que le dol infecte la convention conclue sous son influence déterminante : il faut d'abord — et par définition même — que les pratiques incorrectes auxquelles a cédé la victime présentent une gravité exceptionnelle, qu'elles soient constitutives de « manœuvres » (2), d'une véritable machination ; le simple mensonge ne tombe pas, nécessairement

(1) La définition que M. BARDE donne du dol cadre parfaitement bien avec cette conception, c'est « toute espèce de manœuvres qu'une personne emploie pour faire naître dans l'esprit d'une autre une erreur qui la détermine à consentir ». BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité des obligations*, t. I, n° 99.

(2) C. civ., art. 1116.

du moins, sous le coup de l'article 1116, mais seulement le *dolus malus* des Romains, la ruse qui sort des mœurs courantes, qui excède la moyenne du genre et qui implique une certaine mise en scène (1). D'autre part, la loi veut que le dol émane d'une partie et soit dirigée contre l'autre (2) seul, le dol entre contractants constitue un vice du consentement ; celui qui émane d'un tiers, qui a une provenance extérieure au cercle contractuel, pourra bien comporter une sanction, mais d'ordre purement indemnitaire, purement pécuniaire la convention restera debout, encore qu'elle ait été signée par l'une des parties sous la pression d'un mobile fallacieux suggéré par une tierce personne. Sur ce point, notre code civil cadre avec le droit commun législatif européen en Allemagne (3), comme en Suisse (4), en Italie (5) ou en Espagne (6), le dol n'est une cause de nullité que s'il est perpétré entre contractants ; et la misreprésentation du droit anglais comporte le même cantonnement (7).

95. — Ces deux restrictions, dont le mérite est d'ailleurs fort contestable (8), dont la première est sujette à inter-

(1) En cela, le dol se différencie de la simple mauvaise foi, laquelle s'analyse en un état d'esprit, abstraction faite de pratiques extérieures, de manœuvres quelconques, de toute extériorisation. Quant à savoir dans quels cas et à quelles conditions au juste, les dites pratiques et manœuvres sont constitutives de dol, c'est un problème délicat et qui a soulevé maintes difficultés, notamment pour les réticences conscientes, représentatives d'un dol négatif, et même pour les obligations simplement mensongères. Voy. TAG-ELDINE, *op. cit.*, p. 54 et s.

(2) C. civ., art. 1116.

(3) C. civ. allemand, art. 123.

(4) C. féd. suisse, des obligations, art. 28, § 2. « La partie qui est victime du dol d'un tiers demeure obligée... »

(5) C. civ. italien, art. 1115.

(6) C. civ. espagnol, art. 1270.

(7) Voy. TAG-ELDINE, *op. cit.*, p. 150 et s.

(8) Sur la deuxième, voy. SALEILLES. *La déclaration de volonté*, p. 65 et 66 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 288 « Il paraîtrait préférable que le dol, comme la violence, emportât annulation du contrat,

prétation, cadrent assurément assez mal avec cette idée que le dol infecte le contrat en faussant les mobiles de l'une des parties ; du moment que l'altération s'est produite et qu'elle a été déterminante, la nullité devrait être encourue, sans distinction et sans réserve. On s'est ingénié à découvrir des raisons justificatives ou explicatives des deux ordres de restrictions indiqués, du deuxième surtout. A notre avis, la véritable explication est d'ordre historique en droit romain, le dol n'était pas, à vrai dire, un vice de consentement, mais bien un délit ; l'action *de dolo* était une action délictuelle, pénale, infamante. On comprend donc, d'une part que le succès en fût subordonné à la commission d'une faute particulièrement grave, à l'existence d'une véritable machination, d'autre part et surtout qu'elle ne fût donnée que contre le coupable lui-même et non point contre la partie qui avait profité du dol commis par un tiers les peines sont personnelles. Lorsque la théorie eut été intégrée dans le droit civil et lorsque le dol fut traité ainsi qu'un vice du consentement, il aurait été dans la logique du système de répudier la double dérogation qui désormais ne s'expliquait plus, et, notamment, de reconnaître au dol une valeur générale, en tant que cause de nullité, et quelle qu'en fût la provenance. Ce travail d'adaptation n'a pas été effectué, en sorte que nous vivons encore, en pareille matière, sur le droit romain dont la conception est cependant depuis longtemps périmée (1) les effets ont survécu à la cause ; l'anomalie est d'autant plus choquante qu'elle est spéciale au dol la violence, qui n'est cependant qu'une variété de dol, entraîne la nullité du contrat alors même qu'elle

même quand il émane d'un tiers autre que le contractant. En effet, le dol, comme la violence, altère le consentement de la victime et lui enlève par conséquent toute valeur, quel que soit l'auteur des manœuvres employées ». TAG-ELDINE, *op. cit.*, p. 117 et s.

(1) Sic RIPERT, *La règle morale*, n° 47 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 287 ; TAG-ELDINE, *op. cit.*, p. 6 et s. ; 117 et s. ; 128.

aurait une provenance externe (1), et l'on comprend donc que les législations les plus récentes manifestent une tendance à rapprocher sur ce point les régimes auxquels sont soumis ces deux vices du consentement : le code civil allemand et le code civil fédéral même, tout en partant du principe restrictif formulé dans notre article 1116, s'en départissent cependant dans des cas déterminés, notamment en admettant que la nullité du contrat est encourue lorsque la partie qui a bénéficié du dol d'un tiers en avait eu connaissance ou si elle était à même de le connaître (2). C'est un premier pas fait délibérément dans la voie nouvelle tendant à traiter le dol comme un véritable vice du consentement et à le sanctionner pour lui-même, sans égard pour son origine, et du moment qu'il a entraîné le consentement de la victime en évoquant dans son esprit des mobiles erronés.

§ 4. — LA LÉSION (3).

96. — La lésion contractuelle peut être définie le préjudice subi par l'un des contractants à raison des clauses mêmes qui figurent dans la convention ; elle réside essentiellement dans une inégalité de traitement entre les parties, dans un défaut d'équilibre de l'opération qui

(1) Voy. *sup.*, n° 81.

(2) C. civ. all., art. 123, § 2 « Lorsqu'un tiers est l'auteur de la manœuvre destinée à tromper, et que la déclaration devait être émise envers un autre, cette déclaration n'est annulable que si celui-ci connaissait ou *aurait dû nécessairement connaître cette manœuvre...* ». C. féd. des oblig., art. 28, § 2 ce texte, après avoir posé en principe que le contrat résiste au dol commis par un tiers, réserve le cas où l'autre partie aurait connu ou « *dû connaître* » le dol lors de la conclusion du contrat. De son côté, le droit anglais apporte quelques réserves de détail au principe que la misrepresentation doit, pour entacher le contrat, émaner de l'une des parties (TAG-ELDINE, *op. cit.*, p. 150 et suiv.).

(3) V. RIPERT, *La règle morale*, nos 61 et s. ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, nos 391 et s.

penche nettement d'un côté au détriment de l'autre c'est, par exemple, une vente consentie à vil prix ou bien, à l'inverse, à un prix excessif ; dans le premier cas, la lésion est subie par le vendeur, dans le deuxième par l'acheteur.

Ce déséquilibre est susceptible d'entraîner la dislocation ou la revision de l'acte dans lequel il sévit ; non pas toujours certes, car il faut bien laisser à l'initiative des contractants, au *fair play*, un certain champ si la lésion la plus minime suffisait à vicier le consentement de la partie désavantagée, c'en serait fait de la sécurité des transactions ; le trouble serait jeté dans le commerce, dans la vie juridique, et la justice ne serait réalisée qu'au sacrifice total de la liberté le mieux serait ici vraiment l'ennemi du bien. Il faut donc observer une juste mesure, reconnaître que « le prix des choses ne consiste pas ordinairement dans un point indivisible » (1), mais qu'« il y a une certaine étendue sur laquelle il est permis aux contractants de se débattre » (2), sans quoi nous n'oserions plus contracter, dans la crainte que celui avec qui nous aurions traité ne plaidât ensuite l'inefficacité de l'engagement par lui librement assumé (3). Mais, sous le bénéfice de cette réserve nécessaire, la lésion doit entraîner une sanction l'équité même l'exige, cette équité qui « doit régner dans les conventions » (4) et qui consiste, comme le prouve l'étymologie même du mot, dans l'égalité (5) du moment que cette égalité « est blessée et que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux, parce qu'il pêche contre l'équité qui y doit régner ». Les appétits ne doivent pas être librement dé-

(1) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 33.

(2) *Ibid.*

(3) *Id.*, n° 34.

(4) *Id.*, n° 33.

(5) *Ibid.*

chaînés ; les plus faibles ont besoin d'être protégés contre les plus forts, les plus honnêtes et les plus confiants contre les plus âpres et les plus rusés. A cet égard, comme à bien d'autres, le droit vient s'opposer à la force et il réalise, de façon plus ou moins heureuse, la justice dans la liberté (1).

97. — A vrai dire, nous sommes bien loin, dans notre droit positif français, et surtout dans notre droit écrit, d'un tel idéal. Alors que, pour nos anciens auteurs, la lésion énorme viciait en principe les conventions (2), réserve faite de celles qui portaient sur une chose mobilière (3), ou qui présentaient un caractère aléatoire (4), c'est la règle contraire qui prévaut avec notre code civil dans le système duquel la lésion, si moralement et si économiquement choquante soit-elle, ne vicie pas le consentement de celui qui en subit la pression (5), à moins qu'elle ne revête un caractère dolosif, ce qui nous ferait retomber dans une théorie différente et précédemment étudiée (6) rompant avec la tradition, notre législateur a répudié le point de vue interventionniste pour laisser le champ libre aux parties qui, réserve faite des manœuvres dolosives, sont admises à utiliser toutes leurs ressources pour obtenir la meilleure part possible ; l'individualisme libéral l'a emporté sur le protectionnisme de notre ancien droit.

98. — Sans doute, il y a des dérogations, dont une, très générale, établie en faveur des mineurs dont la lésion,

(1) *Sup.*, n° 18.

(2) POTHIER, *op. cit.*, n° 34 « On estime communément *énorme* la lésion qui excède la moitié du juste prix. »

(3) *Id.*, *op. cit.*, n° 39.

(4) *Id.*, n° 37.

(5) C. civ., art. 1118 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 290 et 291 RIPERT, *op. cit.*, n° 65.

(6) *Suprà*, nos 91 et s.

si minime soit-elle et pourvu que l'existence en soit démontrée, entraîne la rescision de l'acte préjudiciable, quel qu'il soit (1).

Quant aux majeurs, ils sont demeurés les prisonniers de la liberté de se nuire contractuellement que le code civil leur a si imprudemment octroyée, et ce n'est qu'à titre exceptionnel, dans des actes dont l'énumération est limitative, que la lésion est prise en considération par la loi si l'on néglige l'acceptation de succession, acte unilatéral pour lequel le code civil a admis, par une disposition obscure (2), la possibilité d'une rescision pour cause de lésion, on ne trouve à signaler, dans cet ordre d'idées et comme échappant au déchaînement des appétits individuels, que le partage (3), la vente d'immeubles (4), la société (5), la vente d'engrais (6) et la convention d'assistance ou de sauvetage maritimes (7). Encore faut-il observer que ces deux dernières atteintes ont été portées au principe de la liberté des conventions par des lois assez récentes et que le partage est un acte d'une nature toute particulière, n'ayant rien de spéculatif, mais étant un simple procédé de répartition, un acte de justice distributive dont l'égalité entre les ayants droits constitue la

(1) C. civ., art. 1305. Aux termes de cette disposition, c'est la « simple lésion » qui ouvre la rescision en faveur du mineur, lequel n'a donc pas à prouver, chez son adversaire, la volonté d'exploitation, pas plus qu'on ne lui demande de démontrer que le préjudice dont il a été la victime a atteint des proportions anormales.

(2) C. civ., art. 783.

(3) C. civ., art. 887, al. 2, aux termes duquel le partage est rescindable pour lésion de plus du quart.

(4) Art. 1674 et s., le vendeur d'un immeuble peut obtenir la rescision du contrat s'il a subi une lésion de plus des sept douzièmes.

(5) Art. 1855 qui vise et qui frappe les sociétés dites « léonines ». c'est-à-dire les conventions qui donneraient à l'un des associés la totalité des bénéfices ou qui l'affranchiraient de toute contribution aux pertes.

(6) Loi du 8 juillet 1907. Cpr. les dispositions de la loi du 12 mars 1900 qui tend à réprimer les abus commis en matière de vente à crédit de valeurs de Bourse.

(7) Loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritimes.

raison d'être et l'âme même. Enfin, il ne faut pas perdre de vue que la lésion n'est pas invariablement sanctionnée par la rescision de l'acte déséquilibré dans les ventes d'engrais, la loi du 8 juillet 1907 n'a établi d'autre sanction que la réduction du prix de vente (1) ; et la loi du 29 avril 1916 prévoit, à côté de l'annulation, une simple modification, par le tribunal, de la « convention d'assistance ou de sauvetage passée au moment et sous l'influence du danger » (2).

Ce sont là toutes les satisfactions données par notre législateur français au vieux principe que « l'équité doit régner dans les conventions ». Ou du moins, ce sont là toutes les satisfactions d'ordre à la fois civil et répressif (3) ; car on en relèverait quantité d'autres qui présentent un caractère préventif et qui affectent l'aspect de mesures de taxation soit dans le contrat de travail (4), soit en matière de prêt à intérêt (5) ou, depuis la dernière guerre, de bail d'immeubles (6) ; encore faut-il observer que, tandis que cette dernière sorte de convention entrait dans une phase d'étroite réglementation, le prêt à intérêt en sortait précisément pour accéder à la liberté intégrale (7),

(1) L. du 8 juill. 1907, art. 1^{er}.

(2) L. du 29 avril 1916, art. 7.

(3) Nous laissons de côté les tentatives faites pour réprimer la spéculation illicite les dispositions intervenues dans cet ordre d'idées ressortissent au droit pénal plus encore qu'au droit privé.

(4) V. par exemple, la loi du 10 juill. 1915 qui tend à assurer un minimum de salaire aux ouvrières à domicile dans l'industrie du vêtement. PIC, *Traité de législation industrielle*, nos 941 et s.

(5) V. les lois du 3 sept. 1807 et du 12 janv. 1886 qui ont limité le taux conventionnel de l'intérêt en vue d'éviter l'exploitation de l'emprunteur par son bailleur de fonds.

(6) V. les nombreuses lois intervenues dans cet ordre d'idées PLANIOL et RIPERT, t. II, nos 1706 bis et s.

(7) L. du 18 avril 1918 cette loi a simplement suspendu, « pendant la durée de la guerre et pendant une période qui ne pourra être inférieure à cinq années à partir de la cessation des hostilités », la législation limitative du taux de l'intérêt conventionnel. Un décret doit déterminer la fin de cette suspension (art. 1^{er} de la loi).

en sorte que le capitaliste peut faire travailler ses deniers à des conditions extrêmement lourdes pour l'emprunteur alors qu'il doit se contenter, en tant que propriétaire foncier, d'un revenu sévèrement tarifé par les pouvoirs publics exploité par ses locataires ou par ses fermiers envers qui le législateur lui enjoint de se montrer généreux, il lui sera loisible, en revanche, d'exploiter à son tour ses emprunteurs, dont il exigera des intérêts de 10, 12 %, et davantage, et, de gibier qu'il était, il deviendra ainsi chasseur.

Il convient d'ajouter que notre jurisprudence a fait des efforts méritoires pour introduire plus de justice dans les rapports contractuels ; assez fréquemment, elle vient au secours de la victime d'une lésion, par exemple, lorsqu'elle revise le montant des honoraires des avocats, des avoués, des notaires, des architectes, des médecins, des agents d'affaires, prononçant à cette occasion, non point la rescision de la convention, mais seulement la réduction du salaire qui avait été stipulé.

99. — Toutes ces dérogations à la règle de la libre concurrence contractuelle composent un système fort décousu et, de plus, très insuffisant : du moins, ce système est-il tributaire du concept des mobiles ? Est-ce à raison de la mentalité de l'auteur de la lésion, du mobile auquel il a obéi — mobile de conquérant, de corsaire — que la loi ou la jurisprudence vont confirmer le contrat ou en reviser l'économie ? Ou bien encore, cette sanction s'explique-t-elle par une erreur dans laquelle on suppose qu'est tombée la victime ? Le vice de lésion se ramènerait-il ainsi, pour le législateur ou pour la jurisprudence, au vice de violence ou à celui d'erreur ?

C'est à ce dernier point de vue que se plaçait Pothier pour dénoncer les actes lésionnaires ; à son avis, « il y a de l'imperfection dans le consentement de la partie lésée ; car elle n'a voulu donner ce qu'elle a donné par le

contrat que dans la fausse supposition que ce qu'elle recevait à la place valait autant que ce qu'elle donnait ; et elle était dans la disposition de ne vouloir le donner, si elle eût su que ce qu'elle recevait valait moins » (1). Mais cette position n'est point celle du législateur français moderne, sauf pour le partage dont le déséquilibre s'explique effectivement, dans la réalité, par une appréciation erronée de la valeur des biens mis dans les lots des copartageants (2). Pour les autres cas de rescision d'un contrat ou de réduction d'un engagement pour cause de lésion, l'explication de la contrainte est assurément la plus plausible : en ce qui concerne la vente d'immeubles, elle a été produite au cours des travaux préparatifs du code civil (3), de même qu'elle s'est fait jour, pour la vente d'engrais, dans les documents se référant à la loi du 8 juillet 1907 (4) ; enfin, pour ce qui est de la convention d'assistance ou de sauvetage maritime, la loi du 29 avril 1916 suppose qu'elle a été passée « au moment et sous l'influence du danger » (5). L'idée de contrainte est donc, plus que celle d'erreur, à la base du système — si système il y a — de notre législation française sur la lésion (6).

100. — Seulement, cette idée est restée dans les limbes : elle n'apparaît pas à la surface, en ce sens notamment que la victime n'a point à administrer la preuve de la violence qu'elle a subie, pas plus que le copartageant, deman-

(1) POTHIER, *op. cit.*, n° 33. V. cependant, *Traité du contrat de vente*, n° 352 : l'auteur fait ici intervenir, pour justifier la rescision de la vente, le « pressant besoin du vendeur ».

(2) PLANIOL, t. III, n° 2422.

(3) FENET, t. XIV, p. 61.

(4) COLIN et CAPITANT, t. II, p. 291 : on a voulu protéger les agriculteurs contre les agissements « d'aigrefins ou d'escrocs qui profitent de leur inexpérience ».

(5) Loi du 29 avril 1916, art. 7.

(6) V. l'étude de M. WAHL « *La lésion dans les promesses unilatérales de vente* » ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1927, p. 571, notamment p. 575 et s.

deur en rescision, n'est astreint à prouver la réalité de l'erreur dans laquelle il est tombé. Le système français n'est point ouvertement subjectif ; il n'a aucune prétention avouée d'ordre psychologique ; à vrai dire, c'est un système purement mécanique ; la loi a décidé que la lésion ne devait pas dépasser une certaine proportion : du moment que cette proportion est excédée, le consentement a été vicié et l'opération mal équilibrée peut être renversée ; si le vendeur d'un immeuble a été lésé de plus des sept douzièmes, si l'acheteur d'engrais ou le copartageant ont subi une lésion de plus du quart (1), ou le successeur acceptant de plus de moitié (2) ; ou enfin l'associé une lésion totale (3), la sanction est encourue sans qu'il y ait lieu de procéder à des recherches subjectives, de s'enquérir des conditions dans lesquelles le déséquilibre s'est produit : il existe, cela suffit pour que l'acte soit exposé à tomber ou à se transformer sur l'initiative de la victime, système essentiellement objectif et forfaitaire, en apparence tout au moins, qui est bien tributaire du concept des mobiles si l'on pénètre jusqu'à son essence même, mais non si l'on s'en tient à la réalité visible, à la réalité judiciaire : dans l'application, tout se ramène à une question de chiffres.

Système bien imparfait aussi, d'abord parce qu'il est décousu et fragmentaire, puis parce qu'il est trop rigide et qu'il néglige des nuances essentielles.

101. — A ce double point de vue, les législations récentes présentent une éclatante supériorité sur le régime français. En Allemagne, le code civil de 1900, après avoir posé ce principe qu'« un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul », ajoute aussitôt : « Est nul, en

(1) L. du 8 juill. 1907, art. 1^{er} ; C. civ., art. 887, al. 2.

(2) C. civ., art. 783.

(3) C. civ., art. 1855.

particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient, pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante » (1).

La formule est plutôt lourde ; elle a du moins ce mérite de laisser transparaître le point de vue auquel le législateur allemand s'est placé pour sanctionner la lésion. Pour lui, l'acte lésionnaire est contraire aux bonnes mœurs ; il ne saurait donc produire d'effet ; il n'est pas seulement annulable, il est nul, radicalement. Mais, pour qu'il en soit ainsi, certaines conditions sont exigées par le texte, notamment une condition subjective : il faut que le bénéficiaire de l'acte ait eu la volonté de tirer parti du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience de la contre-partie ; il faut qu'il y ait eu « exploitation » en dehors de là, l'acte demeure valable. Lorsqu'il est nul, c'est donc en considération de la volonté de l'un des contractants, des mobiles qui l'ont guidé. La théorie de la nullité pour cause de lésion est sous la dépendance de la thèse plus ample des mobiles dans les actes juridiques ; les contrats *lésionnaires* sont frappés en tant que contrats *léonins* (2).

Le code fédéral suisse des obligations de 1911 consacre un système analogue à celui du droit allemand « 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

(1) C. civ. allemand, art. 138 ; traduction officielle du *Comité de législation étrangère* institué au ministère de la Justice.

(2) Voy. le commentaire de l'art. 138 dans la traduction précitée du Code civil allemand, t. I, p. 155.

été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience » (1). Ici, on le voit le contrat lésionnaire n'est point considéré comme contraire aux bonnes mœurs, et il est seulement rescindable, sur la demande de la partie lésée, seule qualifiée pour agir ; à ce point de vue, les systèmes suisse et allemand sont conçus sur des plans différents ; mais, dans un pays comme dans l'autre, la volonté d'exploitation est à la base de l'action en nullité ou en rescision la théorie de la lésion présente un caractère subjectif ; elle est affaire de mobiles.

Moins net, plus difficile à caractériser, est le système du code civil des Soviets, tel qu'il se dégage des articles 33 et 150 de cette législation ; tandis que le premier de ces textes semble bien admettre la nullité de l'acte juridique préjudiciable du moment qu'une personne l'a conclu « sous l'influence d'une extrême nécessité », formule qui ne fait pas expressément état de la mentalité du bénéficiaire de la lésion, au contraire, l'article 150 du même code se réfère au cas où la victime a été « exploitée » à raison de son extrême dénuement, ce qui paraît bien impliquer, chez le cocontractant, la volonté de tirer parti de la situation ; il y a là un flottement dans la pensée, ou tout au moins sous la plume des rédacteurs du code des Soviets qui est de nature à embarrasser l'interprète (2).

102. — Mais du moins, dans la République des Soviets comme dans le Reich allemand ou dans la confédération helvétique, la théorie de la lésion a-t-elle une valeur générale : ce sont tous les actes juridiques qui sont susceptibles d'être viciés par la lésion ; et, pour savoir si le

(1) *C. féd. des obligations*, art. 21.

(2) Voy., dans la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé* de Lyon, le tome IX, consacré aux codes de la Russie soviétique, traduction par J. PATUILLET et R. DUFOUR.

défaut d'équilibre est assez caractérisé pour entraîner la nullité de l'opération, on ne recourt pas à des chiffres, mais simplement à des formules assez souples pour laisser au juge un très large pouvoir d'appréciation : le critère n'est point arithmétique, il est d'ordre moral, et par là le système rejoint le concept des mobiles ; c'est seulement si le bénéficiaire de la lésion a voulu abuser de la situation que la sanction de la nullité lui est applicable. Et ainsi, comme l'observe M. Ripert, la lésion change de caractère « elle apparaît comme l'injustice commise par l'abus du contrat » (1) ; ce n'est pas la seule disproportion des prestations en présence qui est décisive, mais bien la pensée que révèle une telle disproportion et seulement si cette pensée a existé.

103. — Des tentatives ont d'ailleurs été faites en France pour donner à la théorie de la lésion et cette ampleur et ce caractère subjectif : en 1920, une proposition de loi a été déposée sur le bureau de la Chambre des députés qui s'inspirait nettement du système allemand (2) ; et la Société d'études législatives, qui a procédé à l'examen du texte proposé (3), en a admis les directives essentielles, tout en l'amendant sur certains points, notamment en substituant au critère vague de la lésion « énorme » celui plus précis et traditionnel de la lésion d'outre-moitié. Il est incontestable que la tendance moderne est favorable à cette prise en considération et à cette subjectivisation de la lésion qui serait ramenée ainsi plus effectivement à la

(1) RIPERT, *op. cit.*, p. 117.

(2) Proposition GUIBAL et DUPIN du 20 juin 1920, tendant à compléter l'art. 1118 du C. civ. par la disposition suivante « La lésion est une cause de rescision des conventions si la disproportion des obligations qui en résulte est énorme et a été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté et de l'inexpérience du lésé. »

(3) V. le rapport de M. DEMOGUE, *Bulletin de la Société*, 1921, p. 216 ; 1922, p. 26.

théorie des vices du consentement (1) ; il est à désirer qu'une réforme se réalise prochainement en ce sens et que la volonté d'exploitation figure au nombre des mobiles défendus qui infectent le consentement et déterminent la nullité de l'acte conclu sous leur empire : le progrès consistera à retenir des mobiles actuellement considérés comme indifférents et à introduire ainsi plus de moralité dans la préparation et la conclusion des contrats.

104. — *Récapitulation.* — Si maintenant, après cette étude des vices du consentement, nous jetons un regard sur le chemin parcouru, nous apercevons que les trois vices d'erreur, de violence et de dol ont une nature franchement, ouvertement psychologique et qu'ils sont, avec le concept du mobile, dans un rapport étroit ; c'est parce qu'ils ont faussé les mobiles déterminants auxquels la partie contractante a obéi, c'est parce qu'ils ont pesé sur sa volonté, à l'instar d'un mirage trompeur ou d'un levier, c'est pour cela qu'ils ont infecté son consentement et le contrat même qui en est issu : l'incompatibilité s'est affirmée entre le but poursuivi et le moyen employé à cet effet ; la route dans laquelle on s'était engagé, par erreur, par contrainte ou par suggestion, ne conduit pas au lieu de destination que l'on se proposait d'atteindre ; il faut rebrousser chemin, revenir au point de départ, donc faire table rase de l'acte qui se révèle impropre à l'usage auquel on le destinait ; c'est à ce prix seulement que cessera le désaccord irréductible entre cet acte, envisagé en lui-même, et la volonté dont il est sorti et qui doit avoir le dernier mot. Tout ceci, à condition que le vice ait vraiment entraîné la volonté sur laquelle il a pesé, qu'il ait effectivement déterminé la formation du contrat, qu'il ait eu pour résultat d'*extorquer* le consentement de la

(1) V. RIPERT, *La règle morale*, nos 61 et s., notamment nos 70 et s.

victime (1), ou de le *surprendre* (2) ou de donner le change sur la « cause principale de la convention » (3), à condition, en d'autres termes, qu'il ait lui-même joué le rôle de mobile (4), et de mobile erroné, ou violent ou dolosif, se substituant ainsi aux mobiles normaux qui promeuvent efficacement la volonté des parties.

Seule, la lésion est rebelle, au moins dans notre droit positif français, à cette construction juridique son allure objective, son critère mathématique paraissent répugner invinciblement à toute tentative de subjectivisation, et la théorie dite des mobiles semble donc ici être prise en défaut. Mais, outre que cette vue objective de la lésion en droit français est assez superficielle, puisque, à la réflexion et si l'on pénètre jusqu'aux causes profondes de la rescision, on en trouve l'explication dans la contrainte subie par la victime ou dans une méprise où elle est tombée (5), donc dans des éléments d'ordre psychologique, on doit reconnaître encore que le système auquel s'est arrêté notre législateur est loin d'être satisfaisant et qu'il y aurait tout avantage à le modifier pour faire rentrer la lésion dans la grande catégorie des tares de la volonté juridique, ou, plus précisément, des tares des ressorts qui ont tendu cette volonté et qui ne sont autres que les mobiles auxquels les parties ont obéi.

(1) C. civ., art. 1109.

(2) *Ibid.*

(3) C. civ., art. 1110, al. 2.

(4) Nous rappelons que c'est bien le point de vue auquel se place la Cour de cassation, notamment pour ce qui est de l'erreur. *Sup.*, nos 62 et 69.

(5) *Suprà*, n° 99.

SECTION II

LES MOBILES ILLICITES.

(MOBILES VICIEUX)

105. — Nous supposons désormais que le consentement a été librement donné non seulement il existe, mais il n'est infecté d'aucun des vices décrits par le code civil, dans les articles 1109 et suivants ; d'autre part, l'objet de chacune des obligations, si on l'envisage en soi, est licite et dans le commerce il consiste en une somme d'argent ou en une chose quelconque qui se prête à l'opération envisagée ; et c'est alors, dans ces conditions si pleinement favorables à l'efficacité de l'acte, que nous rechercherons si celui-ci ne risque pas encore d'être influencé par les mobiles auxquels il se rattache, par les raisons, patentes ou secrètes, qui l'ont inspiré aux parties, par la finalité qu'elles lui ont assignée, par le but qu'elles poursuivent, et quand bien même ces mobiles et ce but ne s'indiqueraient pas dans l'opération mais en demeureraient détachés. C'est, par exemple, un prêt d'argent qui a été régulièrement consenti, qui répond à toutes les exigences de la loi écrite ; mais, dans la pensée des parties, ou de l'une d'elles, les deniers empruntés sont destinés à un usage illicite, voire criminel : l'opération n'en sera-t-elle pas infectée ? De même que les mobiles *viciés*, les mobiles *vicieux* ne sont-ils pas susceptibles de compromettre la validité de l'acte intervenu sous leur empire ?

106. — Il est une disposition du titre préliminaire du code civil qui semble fournir à cette question les éléments d'une réponse affirmative : c'est l'article 6, aux termes duquel « on ne peut déroger, par des conventions parti-

culières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » le prêt intervenu en vue de fins illicites est manifestement contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs et se trouve donc frappé par cette disposition d'une incontestable généralité.

En réalité, l'article 6 ne se prête point à une telle adaptation : d'abord, et comme on l'a remarqué très opportunément (1), ce texte ne déclare intangibles que les dispositions législatives ; il ne consacre les exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs que dans la mesure où elles ont trouvé leur expression dans la loi écrite. Or, bien souvent, elles sont demeurées extérieures à celle-ci et n'en sont cependant pas moins pressantes : tandis que les pactes sur succession future sont expressément et à maintes reprises condamnés par le code civil (2) ; on ne trouve point de texte qui interdise formellement à la femme mariée d'aggraver l'incapacité qui l'atteint à ce titre et, par exemple, de stipuler, dans le contrat de mariage, qu'elle ne pourra pas s'engager, même avec l'autorisation de son mari ou de justice à la différence des pactes successoires, une clause de ce genre ne tombe pas sous le coup de la lettre de l'article 6 ; et, cependant, sa nullité n'est plus mise en doute depuis que la Cour suprême l'a étayée sur des arguments décisifs (3). Il faut donc bien reconnaître que cette disposition du titre préliminaire ne suffit pas à toutes les exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs : elle contient une directive à portée limitée ; en dépit de sa généralité apparente, elle n'ajoute rien aux dispositions

(1) CAPITANT, *De la cause des obligations*, n° 107. Comp. JOSSE-RAND, *De l'esprit des droits*, n° 113.

(2) C. civ., art. 791, 1130, 1389, 1600.

(3) Civ. 22 déc. 1879 (D. P. 1880.1.112) ; Req. 13 mai 1885 (D. P. 1886.1.204). Dans le premier de ces arrêts, la Chambre civile rappelle que « les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public », et qu'on ne saurait admettre que la femme pût se placer dans « un état d'interdiction conventionnelle »

impératives plus spéciales contenues dans notre loi écrite ; elle constate un phénomène, elle ne le modifie pas.

Et surtout, elle vise exclusivement les conventions qui choquent l'ordre public ou les bonnes mœurs par elles-mêmes, par leur contenu ou par leur contenant, abstraction faite des mobiles qui les ont inspirées et du but auquel elles tendent ; tels les pactes successoires ou un pacte d'indivision perpétuelle (1) ou la clause en vertu de laquelle la femme laborieuse s'interdirait de disposer de ses biens réservés (2), ou celle aussi par laquelle le mari entendrait abdiquer les pouvoirs que la loi lui concède en tant que chef de la communauté (3) ; mais nous supposons ici que l'acte, envisagé en soi, dans ses éléments constitutifs, est irréprochable, qu'il ne déroge nullement, par lui-même, aux lois d'ordre public : c'est un prêt ou c'est une naturalisation qui sont intervenus en conformité de toutes les prescriptions de la loi, telle qu'elle est interprétée par les tribunaux ; seulement, ce prêt a une finalité illicite ; cette naturalisation a été sollicitée en vue de tourner des règles restrictives en matière de mariage ou de divorce : la validité de tels actes doit être mise en question, mais ce n'est certainement pas avec la lettre de l'article 6 que l'on pourra l'écartier, car ce texte ne trouverait point de prise, ni dans la loi dont aucune disposition expresse n'a été transgressée, ni dans l'acte lui-même qui est intrinsèquement correct et qu'il n'est possible d'incriminer qu'en s'évadant de son contenu comme de son contenant pour s'en référer à ses tenants et aboutissants, à sa genèse et à sa finalité.

107. — *Plan.* — Les notions de l'ordre public et des bonnes mœurs, telles qu'elles sont évoquées dans l'ar-

(1) C. civ., art. 815.

(2) Loi du 13 juill. 1907, art. 1^{er}.

(3) C. civ., art. 1388.

ticle 6 du code civil, ne nous livrent donc point à elles seules la clef du problème ; c'est ailleurs qu'il convient de la chercher en s'adressant à d'autres théories de très large envergure mais cependant plus spécialisées, qui sont d'ordre essentiellement psychologique, qui sont d'essence à la fois causaliste et finaliste, à savoir :

1° La théorie dite de la *cause* ;

2° Celle de la *fraude* ;

3° Celle de la *simulation*.

Ces trois grandes théories commandent à tout le sujet, elles exercent leur contrôle sur tous les mobiles illicites dont il n'est pas un seul qui ne soit susceptible d'être dénoncé par elles et d'être flétri à leur contact. Elle ne sont d'ailleurs pas, il s'en faut, complètement indépendantes les unes des autres ; les deuxième et troisième, sans coïncider toujours, se conjuguent et se rencontrent fréquemment ; et l'on peut se demander si la première, à la condition d'être largement comprise, ne serait pas à même d'englober les deux autres et de suffire à tous les besoins. Mais nous devons d'abord les étudier séparément, en commençant par la plus importante, la plus délicate, celle à laquelle l'avenir appartient, encore qu'elle soit héritière d'un long passé : la théorie dite de la cause.

§ 1. — LA THÉORIE DE LA CAUSE (1).

108. — Il semble bien que, pour les rédacteurs comme pour les interprètes du code civil, la notion de cause condense et cristallise à peu de chose près tous les éléments d'ordre psychologique qui se retrouvent dans le contrat et, plus généralement, dans l'acte juridique, du moins si

(1) V. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3^e éd. : BRISSAUD, *La notion de cause dans les obligations conventionnelles* ; TIMBAL, *De la cause dans les contrats* ; DUBREUIL, *Les mobiles dans les contrats*, thèse Lyon, 1909. DEMOGUE, *op. cit.*, t. II, nos 773 et s. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd. t. I, p. 316 et s.

l'on considère que le consentement, tel qu'il est visé dans l'article 1108 du code civil, représente le contrat lui-même bien plutôt qu'un de ses organes constitutifs ; et notamment, l'antithèse est classique entre, d'une part l'*objet* « qui forme la matière de l'engagement » (1), qui s'identifie avec la prestation due au créancier et qui, matériel ou non, est extérieur à la personnalité des parties, et d'autre part la *cause* qui, quelque idée qu'on s'en fasse, affecte l'aspect d'un acte de volition, d'un phénomène d'ordre intellectuel ainsi les deux notions s'opposent irréductiblement comme, dans une thèse plus générale, s'opposent le monde extérieur et le monde interne, le *moi* et le *non-moi*.

Mais il ne suffit pas de constater, avec tous les juristes et avec tous les philosophes, que la cause surgit dès profondeurs de notre être pensant ; ce n'est pas assez d'y voir une valeur psychologique ; encore faut-il serrer la réalité de plus près, pousser plus avant l'analyse et déterminer le sens de cette valeur ainsi que le rôle qui lui est dévolu dans le domaine du droit. Pour mener à bien cette tâche, nous ne pouvons songer à nous appuyer sur le code civil dont les rédacteurs ont observé, sur ce point, un silence prudent ; ni même toujours sur la tradition, tellement elle est confuse, flottante et contradictoire ; et c'est dans notre jurisprudence, en dépit de l'empirisme et du manque d'idées générales qu'on relève dans la plupart des décisions intervenues en cette matière, que nous trouverons les points de repère les plus sûrs : si jamais une théorie bien ordonnée de la cause est enfin constituée, c'est à l'aide des matériaux jurisprudentiels qu'elle aura pu l'être, et non à coup de polémiques doctrinaires.

Cependant, il n'est point sans intérêt de rechercher comment les premiers interprètes du code civil avaient compris la cause, quelle idée ils s'en faisaient ; aussi

(1) C. civ., art. 1108.

bien cette idée ne leur est-elle pas demeurée personnelle elle a été accueillie par la grande majorité des civilistes, réserve faite de quelques controverses ou de certaines variantes de détail ; en la reproduisant, nous préparerons une base solide, tant pour l'examen critique auquel nous nous proposons de procéder que pour l'exposition du système jurisprudentiel qui constituera la partie centrale de notre étude et qu'il serait difficile de comprendre, dans toute sa portée et dans son esprit, si on ne connaissait auparavant la théorie à laquelle il est venu se juxtaposer et que nous appellerons la *théorie classique de la cause*.

109. — *Théorie classique de la cause.* — Nous disons « théorie classique » et non point « théorie traditionnelle » car les premiers commentateurs du code Napoléon et, après eux, les civilistes contemporains, n'ont pas toujours suivi exactement, tant s'en faut, les errements de nos anciens auteurs.

Du moins distinguent-ils, à l'instar de ceux-ci, entre les diverses catégories de contrats ou d'actes juridiques, notamment entre les conventions synallagmatiques et les actes unilatéraux.

1^o Dans les conventions synallagmatiques, c'est un principe traditionnel que les obligations des parties se servent réciproquement de cause ; suivant la formule de Domat, « l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre » (1). C'est ainsi que, dans la vente, le vendeur s'oblige en considération de l'engagement qu'assume envers lui l'acheteur ; l'obligation de livrer la chose trouve ainsi sa cause dans l'obligation de payer le prix, et inversement (2).

(1) DOMAT, *Lois civiles*, livre I, titre I, section I.

(2) Ce principe est considéré comme un dogme. V. DEMOLOMBE, t. XXIV, n^o 346 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité des obligations*, t. I, n^o 298 ; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. IV, art. 1131, n^o 46 bis, II ; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 530.

Cette conception a cependant été très vivement contestée par M. Capitant qui lui reproche d'être « vide de substance » et de se ramener à un simple truisme (1). Pour l'éminent civiliste, dans les contrats synallagmatiques, la cause des obligations de chacune des parties doit être cherchée, non pas dans l'existence des obligations assumées en retour, mais bien dans l'exécution effective desdites obligations (2) ; si le vendeur se détermine à se défaire de sa chose, ce n'est pas seulement parce que l'acheteur s'engage à payer le prix convenu ; c'est en réalité parce qu'il espère, parce qu'il veut que ce prix lui soit versé ; et, de son côté, si l'acheteur consent à payer le prix, ce n'est pas uniquement parce que le vendeur s'engage à lui faire avoir la paisible propriété de la chose vendue ; c'est parce qu'il entend acquérir pour de bon cette propriété : ainsi ce sont des réalités, non de simples promesses que les parties ont en vue lorsqu'elles contractent, et ce sont ces réalités qui sont au fond de la cause dans les opérations synallagmatiques.

Nous ne pensons pas que cette discussion ait toute l'importance que lui attribue M. Capitant et qu'il y ait un intérêt pratique quelconque à situer la cause dans le dénouement du *vinculum* plutôt que, suivant la formule traditionnelle, dans le *vinculum* lui-même. Evidemment, celui-ci n'a de raison d'être qu'à raison de l'exécution envisagée ; il ne se forme que pour se dénouer un jour ; il ne naît que pour disparaître ; mais il ne saurait prendre fin par la seule volonté du débiteur ; aussi longtemps qu'il existe, il est en possession de toute sa virtualité ; il ne pourra prendre fin que par la volonté des deux parties, ou par l'exécution de la prestation promise, ou par l'impossibilité d'exécution, ou enfin par la résolution du contrat en cas d'inexécution ; or, dans toutes ces éventualités, la cause

(1) CAPITANT, *op. cit.*, n° 13.

(2) *Id.*, n° 14.

a disparu, aussi bien si l'on adopte le langage traditionnel que si l'on s'en réfère à la formule de M. Capitant ; car, ce n'est point seulement l'exécution qui devient alors inexécutable et inconcevable, c'est l'obligation elle-même qui a pris fin, pour une raison ou pour une autre elle n'a pu survivre à sa cause.

Nous pouvons donc nous en tenir au langage traditionnel et constater, avec la presque unanimité des auteurs (1) que, dans les opérations synallagmatiques, les obligations des parties se servent réciproquement de cause. Peut-être bien est-ce là un truisme ; tout au moins commande-t-il des résultats importants qui ont pris corps dans des institutions telles que la résolution des contrats synallagmatiques en cas d'inexécution des obligations ou l'exception *non adimpleti contractus*. Au reste, ne formule-t-on pas également un truisme lorsqu'on proclame que chacune des parties s'était engagée en vue d'obtenir l'exécution de la prestation à laquelle elle a droit ? Vérité évidente pour vérité certaine, mieux vaut encore adopter la conception plus harmonieuse qui trouve la cause d'une obligation dans une autre obligation, c'est-à-dire dans une valeur de même essence qui en forme tout naturellement le contre-poids approprié : dans la vente, c'est le paiement du prix qui donne la réplique à la livraison de la chose, et c'est l'obligation d'effectuer ce paiement qui entre d'elle-même en parallèle avec l'obligation de procéder à cette livraison.

(1) *Suprà* p. 142 note 2, pour la jurisprudence, M. CAPITANT ; relevés des arrêts qui, employant sa terminologie, placeraient la cause d'une obligation dans l'exécution de l'obligation de l'autre partie (Civ. 14 avril 1891, D. P. 1891.1.329 ; 22 nov. 1921. *Gaz. Pal.*, 22 déc.) ; mais la plupart de ces décisions se bornent à déclarer, ce qui est différent, que l'inexécution de l'une des obligations justifie la résolution du contrat synallagmatique d'où elle était issue (V., notamment, l'arrêt précité du 14 avril 1891 aux termes duquel, « dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement... »)

2° Dans les contrats unilatéraux, ou, plus généralement, dans les actes qui ne font naître d'obligation que d'un seul côté, en sorte que l'une des parties est purement débitrice tandis que l'autre est seulement créancière, la détermination de la cause exige des distinctions.

Il convient de ranger dans une catégorie spéciale les opérations qui constituent des libéralités, des actes de bienfaisance donations entre vifs, institution contractuelle, dispositions testamentaires, cautionnement, etc. Une tradition ininterrompue veut que la cause de l'engagement du débiteur réside alors dans l'intention libérale elle-même, dans l'*animus donandi*; suivant la formule de Portalis, « la cause d'un acte de bienfaisance est toujours dans la bienfaisance même (1) »; et Pothier écrivait déjà que, « dans les contrats de *bienfaisance*, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle » (2).

Mais, dans les contrats où le titre onéreux l'emporte, dans les contrats dits *intéressés* (3), la cause réside, soit, si l'opération se forme *re*, dans la prestation effectuée par le créancier, soit, au cas contraire, dans une obligation préexistante. Le prêt d'argent nous offre un exemple typique ressortissant à la première catégorie l'emprunteur s'engage à restituer la somme prêtée parce qu'il l'a reçue; le billet signé par un héritier au profit du légataire d'une somme d'argent illustre parfaitement la deuxième proposition: l'engagement assumé par le signataire dudit billet trouve sa cause dans l'obligation qui avait été mise à sa charge par une clause du testament.

110. — Telles sont, réduites à l'essentiel, les solutions qui, héritées pour la plupart de notre ancien droit, ont été

(1) FENET, t. XIV, p. 47 et 131.

(2) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 42.

(3) POTHIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

accueillies par l'immense majorité de nos civilistes et sont enseignées, aujourd'hui encore, dans la plupart des traités et des chaires de droit civil. Elles ne sont pas sans soulever, dans l'application, de très grosses difficultés, par exemple lorsqu'il s'agit d'établir la discrimination entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux (1) ou même entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux : c'est ainsi que la donation avec charges est de nature à embarrasser l'interprète, elle qui participe à la fois du titre gratuit et du titre onéreux et qui impose des obligations aux deux parties. Nous laissons volontairement dans l'ombre ces difficultés que présente l'aménagement d'un système d'ailleurs assez cohérent dans l'ensemble pour nous en tenir aux lignes fondamentales et pour nous demander s'il est possible de ramener les solutions consacrées à une idée générale, à un dénominateur commun : quelle opinion nous conduisent-elles à nous faire de la cause ? Vers quelle définition vont-elles nous acheminer ? Quel critère sont-elles en mesure de nous fournir ?

Pendant longtemps, on a prétendu identifier la cause avec le « pourquoi » de l'obligation. On connaît le critère proposé par Oudot et destiné à différencier la cause de l'objet ; tandis que cette dernière notion fournit la réponse à la question « *quid debetur* » ? la première correspond à la donnée « *cur debetur* » ? « Demandez-vous, écrivait ce juriste, *pourquoi* l'obligation a été contractée ; la réponse à cette question sera la cause (2) ». De son côté, Toullier écrivait que, « par la cause d'une obligation ou d'un contrat, le code entend le motif qui détermine à faire la promesse qu'il contient, le *pourquoi* elle a été faite (3) ». Pour Delvincourt, « la cause d'un contrat est

(1) V. *infra*, nos 257 et s.

(2) OUDOT cité par MOURLON.

(3) TOULLIER, t. III, p. 103.

ce qui détermine à contracter » (1) ; et M. Barde se conforme à l'opinion dominante lorsqu'il écrit que la cause est « la raison d'être de l'obligation, son pourquoi » (2).

Cependant, l'insuffisance d'un tel critère est patente : une obligation se rattache ordinairement, non pas à un seul « pourquoi », mais à une multitude de considérations, de raisons d'être qui sont très variables et dont l'importance juridique est fort inégale ; ainsi que nous l'avons signalé, un donateur, un vendeur, un acheteur, un bailleur de fonds, un emprunteur peuvent se laisser guider par des sentiments et par des désirs de toute sorte : comment faire un choix parmi les facteurs moraux ou intellectuels dont l'acte est la résultante ? Auquel d'entre eux réservera-t-on le nom et la fonction de la cause ? Voilà, par exemple, un père de famille qui emprunte une somme d'argent afin de doter sa fille : la préoccupation à laquelle il obéit et dont l'influence décisive n'est point contestable : va-t-elle être retenue comme la cause de l'engagement par lui assumé envers le prêteur de deniers ? Non pas, dans la théorie classique tout au moins, puisque, suivant l'opinion traditionnelle, cette cause réside invariablement dans la remise même de la somme empruntée. Il ne suffit donc pas de dire que la cause est le mobile auquel le débiteur a obéi ; il faut encore préciser de quel mobile il s'agit.

111. — C'est alors qu'on s'en est référé plus spécialement à l'idée de *but* et que l'on a identifié la cause avec le but immédiat que la partie se propose d'atteindre en s'obligeant. Cette nouvelle formule apparaît nettement dans l'œuvre de Demolombe : « La cause, écrit ce jurisconsulte, dont le code Napoléon s'occupe dans les articles 1108 et 1131, c'est celle qui détermine essentiellement la partie

(1) DELVINCOURT, t. II, sur l'art. 1131.

(2) BARDE, *op. cit.*, t. I, n° 297.

à s'obliger, et qui est le but direct et immédiat que cette partie se propose d'atteindre en s'obligeant » ; et l'auteur ajoute : « c'est, en un mot, la cause finale de l'obligation elle-même ! » (1) C'est ainsi que le vendeur s'oblige à livrer sa chose à l'acheteur afin d'obtenir, en retour, l'obligation de l'acheteur de lui payer le prix, tandis qu'à l'inverse et réciproquement l'acheteur s'oblige à payer le prix afin d'obtenir, en retour, l'obligation du vendeur de lui livrer la chose (2). Cette identification de la cause avec le but direct et immédiat que poursuit le débiteur en s'obligeant a trouvé un grand crédit auprès des auteurs et l'on peut considérer qu'elle a partie gagnée depuis longtemps (3).

112. — La cause, ainsi comprise et ainsi spécifiée, présente les particularités suivantes :

1^o D'abord, elle s'applique, non point à l'acte lui-même et par exemple au contrat, mais aux diverses obligations qui en naissent. La cause du code civil, ce n'est pas du tout la cause de la convention, mais bien celle de l'obligation ; Pothier disait déjà qu'il doit y avoir une cause dans l'engagement (4), que « tout engagement doit avoir une cause honnête (5) » ; et les rédacteurs du code civil parlent le même langage lorsque, dans l'article 1108, ils exigent la présence d'une cause licite *dans l'obligation*. Il ne faut donc point parler de la cause du contrat, ce qui serait dépourvu de sens, dit-on (6), mais seulement de la cause des obligations assumées par les contractants (7).

Dès lors, il pourra y avoir, pour un même acte donné,

(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, n^o 345.

(2) *Id.*, n^o 346.

(3) *Sic.* : AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, § 345.

(4) POTHIER, *Traité des obligations*, n^o 16.

(5) *Id.*, n^o 42.

(6) CAPITANT, *op. cit.*, n^o 5. « La cause d'un contrat, cela ne signifie rien. »

(7) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n^o 347.

toute une série de causes, à savoir une pour chaque obligation distincte : « De même qu'il y faut autant d'objets qu'il y a d'obligations, de même il y faut autant de causes (1) ». La pluralité des causes est ainsi postulée par l'identification de cette notion avec le but immédiat et direct que poursuit le débiteur en s'engageant.

2° D'autre part, et ceci est plus important encore, la cause ainsi définie fait partie intégrante de l'acte auquel elle ressortit et dont elle représente un des éléments constitutifs : l'obligation de livrer la chose et celle de payer le prix font corps avec la vente, de même que la remise des deniers vient s'intégrer dans le prêt d'argent, de même aussi que l'intention libérale est inséparable de toute libéralité. Les mobiles que l'on décore du nom de cause sont à ce point impliqués dans l'opération à laquelle ils se rattachent qu'ils pénètrent dans sa définition même ; on ne saurait définir le prêt d'argent sans faire mention de la remise des deniers qu'elle suppose, pas plus qu'on ne pourrait caractériser une donation entre vifs ou tout autre mode de libéralité sans mettre en relief la volonté libérale du disposant : la cause ainsi comprise a une valeur constitutive et organique ; elle est une des pièces maîtresses, un des organes de l'acte auquel elle ressortit (2).

D'où les deux conséquences suivantes : c'est d'abord qu'elle est toujours requise, à peine de nullité, voire à peine d'inexistence de l'acte. Un contrat sans cause est un contrat incomplet qui n'est pas né viable : « L'obligation sans cause... ne peut avoir aucun effet », décide l'article 1131, tandis que l'article 1108 range la cause licite au nombre des conditions essentielles pour la validité des conventions.

C'est ensuite que, pour un même type d'acte juridique donné, la cause sera invariablement la même : en effet,

(1) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 47.

(2) V. *suprà*, nos 15 et 16.

les organes constitutifs d'une convention ne varient ni suivant la personnalité de ceux qui la concluent ni en fonction des clauses qui y figurent ; ils sont permanents, identiques à eux-mêmes (1). Quelles que soient les circonstances dans lesquelles une vente intervienne, les obligations du vendeur trouveront toujours leur cause dans celles de l'acheteur, et inversement ; de même que l'engagement d'un emprunteur trouvera toujours son explication dans la remise d'une chose ou d'une somme d'argent et que l'obligation assumée par un donateur sera invariablement déterminée et colorée par le désir de consentir une libéralité. La cause, au sens classique du mot, est une *valeur constante*, donc une *valeur abstraite*, puisqu'elle n'est aucunement influencée par la personnalité, par la mentalité des parties ; elle est ce qu'elle est, elle vaut ce qu'elle vaut, envisagée en elle-même, en tant qu'élément constitutif d'un acte juridique ; elle est aussi peu subjective qu'il est possible, mais essentiellement impersonnelle elle échappe à toute tentative d'individualisation pour demeurer purement spécifique et organique.

113. — *Appréciation critique de la théorie classique de la cause.* — Cette théorie, telle que nous venons de l'exposer dans ses lignes essentielles, a été fort malmenée par des auteurs considérables, par des *anticausalistes*, qui lui ont adressé le double reproche d'être fausse et d'être inutile.

I. — Elle est *fausse*, dit-on, aussi bien pour ce qui est des contrats synallagmatiques que pour ce qui concerne les contrats réels et les libéralités. Pour les premiers, on ne conçoit pas que des obligations qui naissent simultanément puissent se servir de cause réciproque ; la cause doit précéder l'effet, nécessairement ; dire que deux obli-

(1) *Suprà*, nos 15 et 16

gations contemporaines se servent de cause l'une à l'autre revient à dire qu'aucune d'elles ne prend naissance, car, au moment où il s'agit pour elle de naître, sa cause, qui est l'obligation correspondante, n'existe pas encore : il y a là un cercle vicieux dans lequel sombre fatalement la notion de la cause dans les opérations synallagmatiques (1). Quant aux contrats réels, la tradition en découvre la cause dans la prestation effective, c'est-à-dire dans le fait générateur de l'obligation lui-même ; on confond ainsi la cause finale avec la cause efficiente. Enfin, la cause des libéralités devient vide de sens du moment qu'on l'identifie avec l'intention libérale, intention abstraite qui perd toute coloration particulière du moment qu'on l'isole des mobiles dont elle est la résultante.

Ces critiques ne contiennent qu'une assez faible part de vérité : la dernière d'entre elles dépasse son but, puisqu'elle tend à dénier à la notion de cause, non seulement l'exactitude mais aussi toute utilité, et c'est sous cet aspect que nous la retrouverons bientôt ; la deuxième ne nous semble pas concluante, car nous ne voyons aucun inconvénient, ni surtout aucune impossibilité à ce que le même fait, à savoir la prestation effectuée au profit du débiteur, joue le double rôle de cause efficiente et de cause finale : les deux fonctions ne sont nullement contradictoires ni incompatibles entre elles ; et quant à l'objection tirée, pour les contrats synallagmatiques de la simultanéité des obligations correspondantes, elle nous paraît purement scolastique et verbale. De toute façon, il faut bien convenir que de telles obligations obéissent à la loi de l'interdépendance, puisque, l'une d'elles venant à disparaître, l'autre ne saurait subsister, ainsi qu'il ressort de la théorie des risques et de celle du pacte commissoire tacite de l'article 1184 du code civil. Tout au plus serait-on

(1) CAPITANT, *op. cit.*, nos 13 et s.

fondé à dire que la terminologie consacrée n'est pas heureuse, que le mot « cause » ne répond pas ici à son acception philosophique et scientifique. Encore doit-on faire observer que l'action concomitante de deux forces différentes peut être rattachée à la loi de la causalité, comme si deux électricités de noms contraires s'attirent l'une l'autre simultanément ; l'attraction de chacune d'elles s'explique par l'action que l'autre exerce sur elle ; elle constitue à la fois un effet et une cause qui agissent et se réalisent concurremment en vue d'un résultat commun. Ainsi en va-t-il des deux faisceaux obligatoires issus d'une même opération synallagmatique la simultanéité de leur action en vue d'un objectif commun ne fait nul obstacle, bien au contraire, à leur intercausalité ; chacun d'eux constitue la raison à la fois suffisante et exclusive de l'autre ; leur successivité réciproque n'est point d'ordre chronologique sans doute, mais elle est d'ordre rationnel elle existe, sinon dans le temps, du moins dans la volonté des parties.

114. — II. — Mais c'est surtout l'*inutilité* du concept classique de la cause qui a été dénoncé par les anticausalistes ; M. Planiol notamment a voulu démontrer qu'on pouvait s'en passer en toute occurrence, car dans tous les cas où la cause fait défaut ou bien encore dans ceux où elle est illicite ou immorale, l'acte est déjà nul ou inexistant pour une autre raison, soit parce qu'il n'a point d'objet, soit parce que son objet est lui-même illicite ou immoral. Si deux personnes s'entendent en vue d'un crime ou d'un délit, l'une d'elles s'engageant à commettre l'infraction alors que l'autre s'engage à financer l'entreprise criminelle, l'opération est certainement nulle, et radicalement mais, pour la faire tomber, pas n'est besoin de recourir à la notion de la cause ; celle de l'objet y suffit parfaitement, car la commission d'un acte illicite ne saurait constituer

un objet valable pour une obligation ; l'engagement de commettre un meurtre, un vol, un abus de confiance ou une escroquerie porte sur un objet illicite ; elle ne peut donc produire d'effet ; elle doit tomber, et, avec elle, l'opération tout entière. Après cela, il est sans intérêt de constater que cette obligation servait de cause à l'engagement pris par l'autre partie de verser des fonds en vue de la perpétration de l'acte défendu, et que l'opération doit donc être condamnée sur ce nouveau terrain. Du moment que la même prestation est à la fois objet et cause suivant qu'on se place de tel ou tel côté de la barricade, c'est assez qu'elle puisse être atteinte dans l'une de ses deux fonctions ; la théorie de l'objet illicite enlève tout intérêt à celle de la cause illicite (1).

115. — Observons d'abord que cette argumentation ne vaut que pour les opérations synallagmatiques, car c'est dans celles-là seulement que la même prestation remplit la double fonction de cause et d'objet selon l'angle sous lequel on l'envisage ; elle demeure sans portée pour les contrats réels ainsi que pour les libéralités. Remarquons aussi qu'il n'est point tout à fait exact, à notre sentiment du moins, de dire que la même prestation joue cumulativement, dans les contrats synallagmatiques, les rôles d'objet et de cause ; pour reprendre l'espèce sur laquelle nous venons de raisonner, la somme d'argent constitue bien l'objet de l'engagement pris par la partie qui se propose de financer l'entreprise criminelle, mais elle ne représente point, à vrai dire, la cause de l'obligation correspondante assumée par le futur auteur du délit ; celui-ci s'est engagé en considération, non pas de la somme promise, mais de la promesse qui lui a été faite ; son obligation trouve sa cause, non dans l'objet de l'obligation

(1) PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1039.

correspondante, mais dans cette obligation même, puisque, dans la conception classique et pour les contrats synallagmatiques, ce sont les obligations respectives des parties qui se servent réciproquement de cause (1). Il y a là une nuance, qu'on doit se garder d'exagérer sans doute, mais dont il convenait de rappeler ici l'existence.

Elle se traduit d'ailleurs, dans la pratique, par une ligne de démarcation très nette entre le rôle dévolu à l'objet et celui qui est joué par la cause. Pour la faire apparaître, il suffit de modifier l'hypothèse sur laquelle nous avons raisonné jusqu'ici et supposer qu'un individu s'est fait promettre une somme d'argent, non plus pour commettre un crime, mais pour s'en abstenir. Avec la théorie de l'objet, une telle convention est inattaquable, puisque, des deux engagements en présence, l'un porte sur une somme d'argent tandis que l'autre tend à l'abstention d'un acte illicite : le contrat ne dépasse pas le cercle des prestations licites, et cependant son immoralité est manifeste ; il est scandaleux qu'un individu se fasse payer pour ne pas transgresser la loi pénale. La combinaison doit tomber, et c'est à l'aide de la cause qu'on va l'atteindre, car cette notion va mettre en rapport, ce que ne pouvait réaliser l'objet, les deux obligations correspondantes, et c'est ce contact qui fera éclater l'immoralité de l'opération. S'il n'est point choquant, d'une part, de s'engager à verser une somme d'argent, d'autre part, de s'engager à respecter la loi pénale, il est immoral de se faire promettre un salaire *afin* de ne pas transgresser cette loi ; ce qui rend la combinaison intolérable c'est le rapport de causalité qui unit les deux engagements en présence et que le concept de la cause fait se dégager alors que celui de l'objet était impuissant à atteindre ce résultat (2).

(1) *Suprà*, n° 109.

(2) On pourrait supposer, et le raisonnement serait le même, qu'un mari ne s'est engagé à autoriser sa femme en vue d'un acte juridique

C'est que ces deux concepts sont d'essence différente tandis que celui de l'objet est, c'est un truisme, purement objectif, celui de la cause est d'ordre psychologique et appartient à la grande famille des mobiles. Comme le remarque M. Capitant, si l'on faisait abstraction de la cause, telle qu'elle est classiquement entendue, chaque obligation « vivrait d'une vie propre, indépendante de celle de l'autre. L'une pourrait périr, cela importerait peu, l'autre n'en subsisterait pas moins » (1). Seule, la notion de cause est susceptible de réaliser l'interdépendance entre les obligations issues d'un même acte synallagmatique, de situer et de juger chacune d'elles en fonction de la place qu'elle occupe, de la faire sortir de l'isolement et de l'abstraction pour lui assigner une valeur contractuelle et pour lui faire subir l'épreuve de la réalité juridique et morale.

116. — Mais l'utilité que nous venons de reconnaître au concept classique de la cause n'est point la seule qu'il convienne de lui assigner : non seulement elle constitue une pierre de touche pour juger de la licéité ou de la moralité d'une opération synallagmatique, mais c'est sur elle aussi qu'est étayée la théorie de la résolution des contrats bilatéraux à raison de l'inexécution des obligations incombant à l'une des parties, de même qu'elle donne l'explication de la théorie des risques et la justification de l'exception *non adimpleti contractus* : si le créancier-débiteur à raison d'un contrat synallagmatique peut pour-

que sur la promesse de recevoir à cette occasion une somme d'argent, ou encore qu'un individu s'est fait promettre des honoraires à raison des démarches qu'il s'engage à faire en vue d'obtenir de certains départements la concession d'une ligne de tramways (Cass. 3 avril 1912, *Rec. Somm.*, 1913, n° 407). Envisagées isolément les unes des autres, de telles obligations, comme celles qui sont prévues au texte, sont irréprochables, et c'est de leur mise en contact seulement que jaillit l'immoralité de la combinaison.

(1) CAPITANT, *op. cit.*, n° 16.

suivre la résolution de la convention que sa contre-partie n'exécute point ; s'il peut, en principe, se prétendre libéré alors que les prestations auxquelles il avait droit sont devenues, par suite d'un cas de force majeure, d'une exécution impossible ; s'il lui est loisible, enfin, d'exiger l'exécution de l'opération, trait pour trait, donnant donnant, c'est parce que les deux faisceaux obligatoires issus de la même source se trouvent dans un rapport de causalité réciproque et se servent respectivement de contre-poids.

117. — En outre, c'est en faisant appel à la notion de la cause que l'on peut établir une discrimination entre les actes intéressés et les libéralités du moment que l'engagement assumé par le débiteur trouve son explication suffisante, son « pourquoi », dans une prestation effectuée par l'autre partie, ou bien dans une obligation, civile ou naturelle, préexistante, on est en présence d'un acte à titre onéreux, sans conteste. Si, au contraire, l'une des parties ne reçoit rien en échange de l'engagement qu'elle prend ou de la prestation qu'elle fournit, ou encore si ce qu'elle reçoit est peu de chose en considération du sacrifice par elle consenti, il est fort probable que l'acte est marqué au coin du titre gratuit ; probable mais non certain, car, comme l'enseignent les causalistes, l'intention libérale est ici décisive et il ne saurait y avoir, en dehors d'elle, une libéralité quelconque. Or, il arrive parfois qu'un sacrifice soit consenti en dehors de toute intention de libéralité, comme il arrive dans le concordat qui est accordé à un commerçant failli par ses créanciers ; la remise de dette ou les délais consentis par ceux-ci trouvent leur cause dans leur intérêt bien compris et non pas dans la volonté de donner ; aussi ne constituent-ils point une libéralité et ne donnent-ils pas lieu à rapport. Sous une forme ou sous une autre, partiellement ou totalement, l

droit des libéralités est alors écarté, et cela parce que le disposant n'était pas animé d'un esprit libéral. Ainsi la notion de la cause constitue bien le critère de la distinction du titre onéreux et du titre gratuit, et il est injuste de voir un simple truisme dans cette vérité, élémentaire mais utile, mais nécessaire, que l'esprit de libéralité est l'âme même de toute libéralité et que ce sont ici les mobiles qui, concrétisés dans la cause classique, tracent la ligne de démarcation entre les actes intéressés et les actes de bienfaisance : la cause, entendue au sens traditionnel du mot, ne jouerait-elle que ce rôle, qu'il conviendrait encore de la conserver au nombre de nos institutions juridiques (1).

118. — Nous concluons donc, avec la grande majorité des auteurs, notamment avec M. Capitant, que la tradition a raison, contre ses détracteurs il faut être causaliste ; il faut admettre que tout acte juridique correspond à un but dont le rôle est décisif dans sa destinée ; on ne pourrait décider autrement sans en revenir à la conception d'un droit formaliste et abstrait dans lequel les formules et les gestes vaudraient par eux-mêmes, détachés qu'ils seraient de la volonté dont ils sont issus ; conception grossière qui nous ramènerait à l'âge de la stipulation romaine, qui s'expliquait à une époque où l'instruction était fort peu répandue, où les relations juridiques et sociales étaient peu développées, où le droit était la chose, le monopole d'une petite minorité, mais qui ne saurait cadrer avec notre état social actuel, avec le développement de l'instruction et des rapports d'affaires, avec la vulgarisation et la socialisation du droit : celui-ci a cessé de constituer un bréviaire de formules et de rites ; il est devenu une science sociale, un organisme vivant, l'affirmation et le triomphe de la volonté : il n'existe et il ne vaut que dans

(1) Pour plus de détails, v. *infra*, nos 254 et s.

la mesure et en fonction de cette volonté ; il tend de plus en plus à cette subjectivisation, à cette individualisation dont le concept de la cause est l'un des artisans les plus efficaces.

Au vrai, ce n'est pas d'exister que l'on peut reprocher à ce concept, c'est, bien au contraire, d'exister insuffisamment ; ce n'est pas de le rayer de nos lois qu'il doit être question, mais de lui assurer un plus vaste domaine d'application. Le progrès consistera, il consiste dès maintenant, dans le développement d'une théorie qui est encore à l'état embryonnaire et qui est appelée au plus brillant avenir.

119. — *La véritable critique de la théorie classique de la cause.* — Cette théorie n'est ni fausse, ni dangereuse ni inutile : elle est exacte, efficiente et salutaire ; mais elle se présente sous un aspect décousu et surtout elle est incomplète, elle ne suffit pas à assurer le règne de la justice et de la moralité dans la vie juridique.

La première tare ressort suffisamment de l'exposé même de la conception classique de la cause : le système, élaboré tant bien que mal par la tradition et surtout par les interprètes du code civil, est fait de pièces et de morceaux dont l'assemblage est fort malaisé. S'agit-il d'une opération synallagmatique ? Ce sont alors les obligations issues du contrat qui se servent réciproquement de cause ; celle-ci s'identifie avec les effets immédiats de l'acte. Dans les contrats qui se forment *re*, la situation est toute différente, puisque la cause se confond ici avec la remise de la chose ou des deniers, donc avec la *causa civilis*, avec la cause efficiente. Enfin, en matière de libéralités, c'est dans l'intention libérale, c'est dans l'*animus donandi* que les commentateurs du code civil, sinon nos anciens auteurs (1), situent la cause, au moins pour les actes pure-

(1) Beaucoup de nos anciens auteurs retenaient, en matière de libéralités et à titre de cause, les raisons mêmes qui avaient incité le

ment gracieux et qui n'imposent pas des charges au gratifié ; suivant la formule de Pothier (1), « le désir de gratifier tient lieu de cause » ; en sorte que celle-ci fait corps avec le consentement et qu'elle « est inséparable de la manifestation de la volonté constitutive de l'accord » (2) ; en admettant avec M. Capitant qu'elle ne fasse pas double emploi avec le consentement (3), elle en représente un des éléments, un des facteurs ; elle vient le qualifier et l'expliquer ; elle lui est antérieure tout en coexistant ensuite avec lui.

On arrive donc à cette constatation faite pour surprendre que, dans les libéralités, et d'après la conception classique, la cause préexiste à la formation de l'acte, tandis que, dans les contrats réels, elle se confond avec cette formation, alors qu'enfin dans les contrats synallagmatiques elle n'est plus qu'une résultante ; dans le premier cas, elle déclenche le consentement, dans le deuxième elle fait corps avec lui au point que certains se refusent à l'en distinguer ; dans le troisième, elle n'intervient plus qu'après coup et pour rendre compte du mécanisme de l'opération. Singulier système, qui n'en serait pas un, si une idée commune ne venait en atténuer la dispersion, à savoir que, en toute occurrence, la cause ainsi entendue fait partie intégrante de l'opération et qu'elle a donc une valeur organique et spécifique, à la différence des simples motifs, lesquels sont extérieurs à l'acte, adventices et individuels (4).

disposant à se dépouiller sans contre-partie. V. PLANIOL, et RIPERT t. II, nos 1030 et 1038 ; et *infra*, n° 124.

(1) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 42.

(2) CAPITANT, *op. cit.*, n° 34.

(3) CAPITANT, *ibid.* M. BRISSAUD admettait au contraire dans sa thèse (p. 49) qu'en matière de donation la cause fait double emploi avec le consentement et qu'il convient donc de la jeter par-dessus bord.

(4) *Suprà*, nos 15 et 16.

120. — Mais cette idée même nous conduit à la deuxième critique qu'encourt à notre avis, la conception classique et qui est son étroitesse même parmi les mobiles auxquels les parties ont obéi, elle ne retient qu'une catégorie fort limitée, ceux qui correspondent, dans leur pensée, au but immédiat et direct de leur engagement, laissant ainsi en dehors de son emprise tout un vaste domaine psychologique, toute une pléiade de mobiles, les plus variés, les plus intéressants parce que les plus vivants, les mobiles concrets, les mobiles individuels, ceux qui se détachent de l'acte lui-même et qui, précisément parce qu'ils ne s'intègrent pas en lui, parce qu'ils n'en représentent pas un élément constitutif, sont susceptibles de varier à l'infini avec la personnalité des parties et suivant les circonstances dans lesquelles l'opération a été envisagée, préparée et conclue. Ce sont là, en somme, les mobiles véritables, tels que nous les avons précédemment définis : la cause, au sens classique du mot, c'est l'intention, telle que nous l'avons caractérisée, ou du moins c'est un aspect particulier de cette intention, un fragment de l'acte juridique lui-même, au lieu que les facteurs intellectuels que nous visons maintenant s'opposent à l'intention et restent en dehors de l'acte avec lequel celle-ci s'identifie : quelle que soit leur valeur et si décisive que soit leur action, ils n'ont rien d'organique et ils se présentent comme extrinsèques à l'opération dont ils ont cependant déterminé la conclusion et dont ils fixent à coup sûr la moralité : l'aliénateur a voulu gratifier l'acquéreur, voilà l'intention et voilà la cause ; il a agi par affection ou par passion ou par reconnaissance, voilà le mobile véritable tel que nous l'avons dégagé (1) ; celui qui encaisse une somme d'argent la reçoit à titre de prêt et il doit la restituer parce qu'il l'a reçue à ce titre, voilà l'intention et voilà la cause de l'engagement ;

(1) *Suprà*, nos 15 et 16.

cette somme est destinée, dans sa pensée, à l'établissement d'un enfant ou à l'acquittement d'une dette ordinaire ou au développement d'une entreprise commerciale ou au jeu, voilà le mobile qui, purement adventice, dépourvu de toute valeur constitutive et organique, demeurera extrinsèque à l'opération envisagée et conclue, en ce sens tout au moins que cette opération est complète en dehors de lui.

121. — Or, la question doit être posée de savoir si les mobiles ainsi définis n'ont pas une valeur juridique, s'ils ne sont pas susceptibles de retentir sur l'obligation et sur l'acte auxquels ils commandent, si leur illicéité ou leur immoralité ne vont pas se communiquer à l'opération même qui s'en trouvera infectée et qui sera donc frappée de nullité. Répondre négativement à cette question équivaldrait à maintenir la théorie de la cause dans ses limites historiques, peut-être même à la restreindre, à la replier sur elle-même (1) ; en y répondant favorablement, on lui assurerait au contraire de nouveaux débouchés, un nouveau champ d'application, aussi vaste que fertile, dans lequel elle trouverait un emploi à son activité pendant trop longtemps réfrénée ; alors, ce ne serait plus seulement le but immédiat et intrinsèque, devenu partie intégrante et organe du contrat, qui serait pris en considération et qui revêtirait un aspect juridique, mais aussi le but ultime, qui dépasse l'opération et par rapport auquel celle-ci n'est qu'un moyen ; ce ne serait pas uniquement le mobile impersonnel, organique, qui serait décisif, lui qui constitue une des pièces maîtresses de l'opération, mais aussi le mobile individuel, le mobile vraiment téléologique, celui qui, extérieur à l'acte, révèle le but suprême à quoi il tend.

(1) On sait, en effet, que Domat voyait la cause de la donation dans les raisons qui avaient incité le disposant à la consentir (PLANIOL, t. II, n° 1030. — V. *suprà*, n° 119 ; *infra*, n° 124).

Alors, l'acte juridique serait étroitement rattaché à la pensée d'où il est issu et à la lumière de laquelle il serait examiné et jugé le moyen vaudrait en considération du but poursuivi et le droit des obligations revêtirait un aspect profondément subjectif, individualiste et téléologique.

122. — Cet élargissement de la théorie de la cause, appelée ainsi à devenir la théorie des mobiles, ne constitue pas une simple vue sur l'avenir, une possibilité législative dès maintenant, la réalisation en est partiellement assurée par une jurisprudence très avertie qui baptise volontiers du nom de cause des mobiles extrinsèques à l'acte, personnels à son auteur, et qui procède ainsi, par voie de forçage, à l'extension en même temps qu'à l'individualisation du système traditionnel. L'œuvre qu'elle a réalisée dans cette direction, avec une parfaite sûreté de vues, est bien connue dans la mesure où elle intéresse le droit des libéralités ; elle l'est beaucoup moins en tant qu'elle s'applique aux contrats intéressés, encore qu'elle revête, dans cette dernière application même, une ampleur considérable.

Nous exposerons les résultats auxquels notre jurisprudence est parvenue dans cette double direction, en envisageant donc successivement les libéralités et les actes à titre onéreux, puis en comparant ces résultats dans les deux compartiments où ils ont été réalisés.

I. — L'élargissement de la notion de cause dans le droit des libéralités. — LA THÉORIE DE LA CAUSE IMPULSIVE ET DÉTERMINANTE.

123. — Au lendemain même de la promulgation du code civil, la méthode d'interprétation extensive trouvait à s'affirmer dans le domaine des actes à titre gratuit : alors que les articles 1131 et suivants ne visent que la cause dans les

conventions, les auteurs et surtout les juridictions s'accorderaient à utiliser ces dispositions pour les legs aussi bien que pour les donations entre vifs, car, comme l'observe M. Planiol « ...s'il est nécessaire que la libéralité ait une cause licite, quand elle a lieu entre vifs, pourquoi se montrerait-elle moins exigeant pour les libéralités testamentaires ? (1) »

124. — Mais le développement qui nous intéresse particulièrement est celui qui tend à la déformation du concept de la cause dans lequel notre jurisprudence veut englober, qu'il s'agisse de libéralités entre vifs ou de legs, des mobiles personnels au disposant et extrinsèques à l'acte lui-même, ce qui lui permet d'atteindre et de faire tomber des dispositions qui, appréciées sous l'angle du critérium classique, seraient cependant irréprochables.

C'est qu'en effet, et si l'on s'en réfère à l'opinion doctrinale dominante (2), la cause d'une libéralité ne saurait en aucun cas présenter un caractère illicite, puisqu'elle réside dans l'esprit libéral lui-même, lequel, abstraitement considéré, ne peut encourir aucune incrimination, mais doit être approuvé et encouragé. Envisagée sous cet aspect et dans ce domaine, la doctrine classique de la cause est donc prise en défaut ; non pas qu'elle soit inutile et « vide de sens » comme on a voulu le prétendre (3), mais elle demeure impuissante, dans sa pureté stricte tout au moins, à établir une sélection entre les bonnes libéralités et les mauvaises, à atteindre les combinaisons même les plus immorales et les plus scandaleuses. Pour en arriver là, on doit faire appel aux mobiles individuels et adventices, à ce qu'on appelle volontiers la « cause impulsive », ou

(1) PLANIOL, t. III, n° 2518. Cpr. CAPITANT, *op. cit.*, n° 39.

(2) Cette opinion est encore celle de M. Capitant qui se refuse à tenir compte, dans les actes de pure bienfaisance, de tous mobiles autres que l'*animus donandi*, à moins qu'ils ne soient devenus des conditions mêmes de l'opération. V. *op. cit.*, nos 34 et 220.

(3) PLANIOL, t. II, nos 1037 et s.

encore la cause du contrat, par opposition à la cause des obligations telle qu'elle est visée dans les articles 1131 et suivants du code civil. Notre jurisprudence n'a point hésité à s'engager dans cette voie féconde ; effectuant une transposition, une extension hardie de la théorie de la cause, elle retient les mobiles individuels dans les actes de bienfaisance afin de dénoncer et d'atteindre les dispositions issues de préoccupations illicites et tendant à la réalisation d'un but contraire à l'ordre public ou à la morale.

En ce faisant, nos tribunaux n'ont pas accompli une œuvre révolutionnaire ; loin de rompre avec la tradition, ils l'ont renouée en passant, en quelque sorte, par-dessus la tête des rédacteurs de notre code civil qui paraissaient l'avoir abandonnée. Portalis déclarait, en effet, que « la cause d'un acte de bienfaisance est toujours dans la bienfaisance même », suivant en cela l'opinion de Pothier qui écrivait que, « dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle » (1) ; mais Domat, dont l'autorité est prépondérante en la matière, s'exprimait en des termes bien différents « Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait et donne, déclarait-il, et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention et l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien » (2). L'auteur ne retient donc l'esprit de libéralité abstrait, « le seul plaisir de faire du bien », qu'en dernier lieu et comme en désespoir de cause, visant ainsi sans doute par cette formule

(1) POTHIER, *op. cit.*, n° 42.

(2) DOMAT, *Lois civiles*, livre I, titre I.

finale les libéralités à destination anonyme, les aumônes, les actes de pure charité ; mais il commence par se référer à des mobiles plus précis, plus spécialisés, plus individualisés, le désir de reconnaître un service rendu ou tout autre mérite du donataire ; il détache ainsi le mobile de l'acte lui-même, il prend en considération les circonstances de la cause, les ressorts, non point d'une volonté libérale quelconque, mais de la volonté qui s'est affirmée et concrétisée dans l'acte dont il est question (1).

La voie était donc tracée dans laquelle s'est engagée résolument notre jurisprudence en élaborant son système de la *cause impulsive et déterminante* ; rejoignant la doctrine émise par celui qu'on a appelé « le créateur de la théorie de la cause » (2), elle a étudié le donateur en même temps que la donation ; elle s'est enquis de son état d'esprit, de son vouloir, du but qu'il poursuit ; et l'on peut dire, en transposant une formule dont un médecin fameux s'est servi pour définir et orienter l'art de guérir, que, pour elle, il n'y a pas de donations, il y a seulement des donateurs et des donataires : tant valent les mobiles déterminants qui sont à la base et, par conséquent, à l'aboutissement de la libéralité, tant valent la donation ou le legs qui en sont sortis ; du moment que ces mobiles propulseurs sont condamnables, qu'ils vont à l'encontre d'une disposition impérative, qu'ils choquent l'ordre public ou les bonnes mœurs, la disposition est nulle et elle doit tomber.

(1) Dès avant Pothier, la même conception se retrouvait sous la plume de Ferrière qui considérait comme dénuée de cause la donation consentie par pur esprit de libéralité, se refusant ainsi à faire jouer à l'*animus donandi* le rôle de cause. La donation entre vifs, écrivait-il, se divise en donation simple et donation qui se fait pour quelque cause, comme celle qui se fait en faveur de mariage. La donation simple est une libéralité que le donateur exerce en la personne de celui qui la reçoit, provenant de son propre mouvement et sans aucune cause ou contrainte. » *La science parfaite des notaires*, p. 285, dans l'édit. de 1684.

(2) PLANIOL, t. II, n° 1029.

125. — *Plan.* — C'est dans ce sentiment et c'est sous l'empire de ces préoccupations subjectives que notre jurisprudence, et notamment notre Cour de cassation, ont pu atteindre et condamner :

1^o Les libéralités adressées à un enfant adultérin ou incestueux par son père ou par sa mère ;

2^o Les libéralités entre concubins, ou du moins certaines d'entre elles ;

3^o Celles qui sont consenties entre des époux dans le but d'organiser, d'aménager une séparation amiable ;

4^o Celles enfin qui sont affectées de conditions ou de charges illicites.

126. — A. — *Libéralités adressées à un enfant adultérin ou incestueux par son père ou par sa mère.* — On sait que les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent rien recevoir de leurs parents à titre gratuit, si ce n'est pour cause d'aliments : cette vocation ainsi restreinte au minimum ne saurait être élargie par des libéralités entre vifs ou testamentaires (1).

On conçoit que les parents aient la tentation de tourner cette prescription impérative et qu'ils consentent à leur enfant, fruit de l'adultère ou de l'inceste, une libéralité excédant la quotité alimentaire : quel sera le sort de cette disposition ?

Aucun doute possible si, d'aventure, la filiation irrégulière du gratifié a été officiellement établie, à la suite d'une instance ou en vertu d'un acte de reconnaissance. Les dispositions prohibitives du code civil recevront alors exactement leur application ; la disposition est nulle dans la mesure où elle excède la quotité alimentaire.

Mais une telle éventualité est plutôt rare, puisqu'en principe une filiation adultérine ou incestueuse ne doit

(1) C. civ., art. 908, al. 3 *cbn.*, art. 762 et s.

pas se révéler au grand jour (1) ; dans la plupart des cas, le lien qui unit le disposant au gratifié sera resté en marge et dans l'ombre de la loi ; officiellement, la libéralité sera intervenue entre des étrangers. Il semble donc que sa validité soit assurée, nul n'étant admis à établir que le gratifié est l'enfant adultérin ou incestueux du disposant. Et telle est bien la règle, en effet : l'enfant issu de relations adultères ou incestueuses profitera du discrédit même que le législateur a voulu jeter sur son origine ; il a un droit acquis à être traité comme un « sans famille », comme une épave.

Cependant, encore faut-il pour cela que la face ait été sauvegardée, au moins dans l'acte de donation ou dans le testament ; encore exige-t-on que l'anonymat de l'enfant, que le mystère de son origine aient été respectés « *in terminis* » ; s'il en était autrement, s'il résultait de la teneur de la disposition que celle-ci a été déterminée par les rapports de paternité et de filiation unissant le disposant au gratifié, alors l'acte serait frappé de nullité en vertu des articles 1131 et 1133 du code civil, comme ayant une cause illicite, puisque condamnée par l'article 908 du même code. Qu'est-ce à dire, sinon que la jurisprudence étend ici la notion de cause jusqu'aux mobiles concrets et individuels auxquels a obéi le disposant ? Car la cause véritable, la cause *stricto sensu*, au sens classique du mot, c'est tout simplement l'esprit de libéralité, abstraitement envisagé, c'est-à-dire un sentiment éminemment pur et respectable. Mais la Cour de cassation ne s'arrête pas à cette abstraction : désireuse d'atteindre à la réalité, elle n'hésite pas à soulever le voile qui la recouvre, elle s'inquiète des raisons qui, dans l'espèce, ont incité le donateur ou le testateur à gratifier l'enfant ; et, s'il apparaît, à la lecture de l'acte, que ces raisons se ramènent à la

(1) C. civ., art. 335 et 342.

croissance d'une paternité ou d'une maternité adultérine ou incestueuse, elle considère que le défi porté à la loi est intolérable et, décorant du nom de cause un simple mobile individuel et extérieur à l'acte, un simple ressort de la volonté du disposant, elle décide que l'acte a une cause illicite et qu'il est donc radicalement nul par application des articles 1131 et 1133 combinés avec l'article 908, alinéa 3 (1).

127. — Il est si vrai que tels sont bien alors le sens et le fondement de la nullité, il est tellement exact que le mobile du disposant constitue le point central du problème, que la Cour de cassation s'en réfère, non pas même à l'existence effective d'un lien adultérin ou incestueux entre le disposant et le gratifié, mais bien plutôt à la croyance, chez le disposant, à cette existence ; la nullité de la disposition est encourue lorsqu'il résulte de l'acte de disposition que « le testateur se croyait le père de l'enfant gratifié, et que cette opinion a été la cause déterminante du don qu'il lui a fait... (2) » Ce qui est décisif, c'est donc l'opinion déterminante du bienfaiteur, sans qu'il y ait lieu de distinguer, semble-t-il, suivant que cette opinion était fondée ou erronée (3) de même que la croyance a parfois la vertu de créer le droit, par exemple dans la possession de bonne foi et dans le mariage putatif, ainsi et à l'inverse elle devient ici un ferment d'incapacité et de nullité ; l'acte de volition est tout ; la fin poursuivie est décisive ; l'acte, qui aurait sorti ses pleins effets dans d'autres conditions et sous de plus favorables auspices, se trouve infecté par les mobiles déterminants auxquels son auteur a obéi et que l'on affuble du nom de cause : c'est le triomphe du subjectivisme et de la téléologie juridique.

(1) Req. 31 juill. 1860 (D. P. 1860.1.458) ; 6 déc. 1876 (D. P. 1877.1.492) ; 29 juin 1887 (D. P. 1888.1.295).

(2) Req. arrêt précité du 29 juin 1887.

(3) *Sic* : A. COLIN, note D. P. 1907, 1.137, notamment 139, col. 2.

128. — Il est vrai que la jurisprudence, sous l'influence d'un scrupule que nous exposerons par la suite, ne retient la croyance à la paternité ou à la maternité coupables qu'autant qu'elle ressort de la teneur même de l'acte, s'en tenant ainsi au système de la preuve intrinsèque (1). Mais c'est là une réserve de pure forme qui laisse intact le fond même du droit ; deux conditions de fond sont seulement exigées pour que l'acte soit vicié, à savoir que le disposant ait cru à sa paternité ou à sa maternité et que cette croyance ait joué un rôle décisif, une influence déterminante dans la libéralité par lui consentie, qu'elle en puisse être considérée, suivant la formule consacrée, comme la cause impulsive et déterminante.

129. — B. — *Libéralités entre concubins* (2). — C'est en faisant appel à cette même notion et en appliquant cette même formule que nos tribunaux atteignent les libéralités, ou du moins certaines des libéralités intervenues entre concubins.

Les relations hors mariage n'entraînent par elles-mêmes, entre ceux qui s'y livrent, aucune incapacité de disposer ou de recevoir ; si l'ordonnance de 1629, connue sous le nom de *Code Michaud*, décidait autrement dans son article 132 et s'il était alors de jurisprudence que *don de concubin à concubin ne vaut* (3), le code civil n'a pas reproduit l'ancienne doctrine sur ce point, et, comme les incapacités sont de droit étroit, comme elles ne sauraient être admises en dehors d'un texte les établissant expressément, il s'ensuit que celle-ci a cessé d'exister : ainsi que l'a reconnu la Cour de cassation, les libéralités entre concubins, n'étant prohibées par aucune disposition légale, sont en principe parfaitement valables (4).

(1) *Infrà*, nos 161 et s.

(2) V. CAPITANT, *op. cit.*, n° 245 ; RIPERT, *La règle morale*, n° 25.

(3) DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 566.

(4) Jurisprudence constante V. par exemple civ. 11 mars 1918.

130. — Il en va autrement, cependant, lorsqu'elles tombent sous le coup de l'article 1131 du code civil : elles ne passent alors à travers les mailles de notre système des incapacités que pour se heurter à la théorie de la cause, mais c'est à la condition d'entendre cette dernière notion au sens large en y faisant rentrer même les mobiles individuels, extrinsèques à l'acte. Car, si l'on s'en tenait à la conception classique, si l'on identifiait la cause avec le but immédiat et direct poursuivi par le bienfaiteur, donc avec l'esprit abstrait de générosité, il est bien évident que les donations entre concubins échapperaient, comme toutes autres libéralités, au reproche d'illicéité, la volonté de conférer un bienfait ne pouvant jamais être considérée comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (1). Mais du moment qu'on se décide à faire état des raisons qui ont inspiré et déclenché cette volonté, on assure aux articles 1131 et 1133 une prise possible, car on sera alors fondé à estimer que le désir de rémunérer des complaisances plus ou moins irrégulières et coupables choque les bonnes mœurs et présente un caractère illicite : la libéralité sera viciée par le mobile sous l'influence duquel elle aura été consentie.

131. — Telle est bien la position que notre jurisprudence a prise depuis longtemps et à laquelle elle demeure constamment fidèle, mais en distinguant, très logiquement d'ailleurs, suivant les conditions dans lesquelles la libéralité incriminée avait été consentie. Est-elle intervenue,

(D. P. 1918.1.100) ; req. 8 juin 1926 (D. P. 1927.1.113, note SAVATIER ; 21 juin 1926 (S. 1926.1.294) ; Paris, 8 juill, 1926 (S. 1926.2.91).

(1) Aussi DEMOLOMBE s'élevait-il véhémentement contre l'opinion qui prétendait assigner à de telles libéralités une cause illicite ; il lui reproche de confondre manifestement la *cause* avec les *motifs* : « Est-ce que la cause d'un acte à titre gratuit n'est pas, de la part du disposant, la volonté de conférer un bienfait ! et cette cause, en soi, est-ce qu'elle est jamais illicite ! » DEMOLOMBE, *op. cit.*, *loc. cit.*

comme il arrive le plus ordinairement, en vue de la formation, de la continuation, de la reprise ou de la rémunération des rapports hors mariage ? (1) Alors, le mobile est considéré comme illicite, au même titre que le but poursuivi par le disposant ; l'acte est nul, par application des articles 1131 et 1133 du code civil. Si, au contraire, la donation ou le legs ont été déterminés par le désir, chez leur auteur, de satisfaire à un devoir de conscience, la libéralité a une cause licite, et elle doit subsister. Il en est ainsi notamment lorsqu'elle tendait, dans la pensée du concubin comme dans la réalité, à indemniser la concubine du préjudice qui lui a été causé dans son honneur, dans sa réputation, par les relations irrégulières ou par l'abandon qui y a mis fin ; ou encore lorsqu'elle avait pour but d'assurer la subsistance de cette concubine ou du concubin après la cessation des rapports immoraux et, spécialement, après le décès du disposant (2). Dans de telles éventualités, la disposition est valable alors même que les relations hors mariage seraient particulièrement coupables, étant entachées d'adultère (3) : la fin poursuivie justifie le moyen employé ; le mobile justificatif sauve l'acte de la nullité qui le menaçait ; il en efface les tares, même les plus graves (4).

(1) Cette formule, devenue de règle, se retrouve dans de nombreux arrêts. V. la décision précitée de la Chambre des requêtes, 8 juin 1926.

(2) V. pour le cas d'une assurance souscrite par un concubin au profit de sa concubine et pour assurer l'avenir de celle-ci au cas où il viendrait à décéder. Paris, 7 mai 1925, cité à une note suivante ; pour la promesse de payer une rente viagère Rennes, 7 mars 1904 (S. 1907. 2.241, note HÉMAR).

(3) Req. arrêt précité, 8 juin 1926 ; trib. civ. Seine, 11 mars 1927 (D. H. 1927, 262).

(4) V. sur cette jurisprudence, Req. 2 févr. 1853 (D. P. 1853.1. 57) ; 26 mars 1860 (D. P. 1860.1.255) ; 4 janv. 1897 (D. P. 1897.1. 126) ; 4 mars 1914 (D. P. 1916.1.27) ; 16 avril 1923 (D. P. 1923.1. 172) ; 10 mars 1925 (S. 1925.1.32) ; 8 juillet 1925 (S. 1927.1.294) ; 8 juin 1926, précité ; 21 juin 1926, précité ; Paris, 5 mai 1925 (D. H. 1925, 474) ; 8 juillet 1926, précité ; trib. civ. Seine, 11 mars 1927, précité. Paris, 16 nov. 1927 (D. H. 1928, 57).

On remarque que la distinction ainsi très finement établie par notre jurisprudence en considération du mobile auquel le disposant a obéi, aboutit, en fait, à incriminer presque toujours les donations entre vifs et à valider assez constamment les legs, car ceux-ci, par cela même qu'ils ne s'exécutent qu'après le décès du bienfaiteur, sont difficilement suspects et ne laissent place qu'à un seul grief possible, celui de présenter une signification rémunératoire, au lieu que celles-là interviennent, non pas toujours, mais le plus souvent, à l'origine ou au cours des relations irrégulières qu'elles doivent être considérées comme tendant à inaugurer ou à maintenir.

132. — C'est donc en faisant appel à la notion du mobile individuel et déterminateur, en élargissant la théorie classique de la cause, que notre jurisprudence en arrive, grâce à une analyse très complète et très fine des ressorts de la volonté du disposant, à atteindre, non point toutes les libéralités entre concubins — certaines d'entre elles méritent d'être maintenues et l'immoralité serait de les détruire (1) — mais celles qui, à raison des préoccupations auxquelles elles se rattachent, présentent une tare à la fois originelle et finale, comme tendant à instituer, à maintenir, à rétablir ou à rémunérer des complaisances contraires aux bonnes mœurs libre au concubin de réparer le tort qu'il a causé et d'assurer l'avenir de sa compagne ; mais son cadeau ne doit pas représenter le prix du stupre.

133. — C. — *Libéralités consenties entre époux en vue d'une séparation amiable.* — La séparation de fait intervenant entre les époux, plus ou moins amiablement, est

(1) Il arrive que la libéralité consentie soit subordonnée, non point à des complaisances illicites, mais à leur cessation. V. l'arrêt précité. Req. 10 mars 1925.

un événement relativement fréquent dont les tribunaux ont eu à fixer le caractère et les conséquences ; ils ont dû notamment se prononcer sur la valeur des arrangements qui sont pris parfois à cette occasion par les époux en vue d'organiser, d'aménager cette situation exceptionnelle à laquelle ils prétendent donner un statut c'est, par exemple, une donation que le mari consent à sa femme afin d'assurer sa subsistance.

Une telle libéralité, ainsi que tous actes intervenus dans les mêmes circonstances et en consécration de la séparation de fait des époux, est frappée d'une nullité radicale ; car elle procède d'une cause illicite, comme tendant à consacrer, à organiser juridiquement une situation qui n'est point reconnue par la loi, comme constituant l'annexe et le développement d'une convention elle-même illicite, parce que contraire à l'ordre public : la séparation amiable décidée par les époux (1).

Cependant, cet aboutissement ne saurait être celui de la théorie classique de la cause, suivant laquelle toute libéralité trouve sa raison suffisante dans l'intention libérale dont son auteur était animé. Mais la Cour de cassation veut examiner de plus près cette intention ; elle entend la qualifier, l'analyser, et, si elle découvre qu'elle se rattache à la convention de séparation amiable, elle-même nulle comme faisant échec à l'ordre public, elle en proclame l'inefficacité par application des articles 1131 et 1133 du code civil. Ici encore, ce sont les mobiles individuels et c'est le but final poursuivi par les parties qui impriment à l'acte une tare rédhibitoire ; et c'est en élargissant la notion de la cause, en l'étirant jusqu'à lui faire atteindre les mobiles extrinsèques à l'acte, les ressorts de la volonté, que notre jurisprudence parvient à assurer le

(1) C. civ., art. 307, al. 1 et 1443, al. 2. — V. Civ. 2 janv. 1907 (D. P. 1907, 1. 137, note A. COLIN ; S. 1911. 1. 585, note WAHL).

respect de la loi et à frapper des conventions dont le maintien serait un défi à l'ordre social.

134. — D. — *Libéralités accompagnées de conditions ou de charges illicites* (1). — Ces modalités sont d'un emploi fréquent, et il importe d'autant mieux de distinguer les deux formes sous lesquelles elles se présentent.

On dispose, pour établir cette discrimination, de certains critères, notamment celui-ci, qui est commode et infaillible, mais seulement pour faire le départ entre la charge et la condition suspensive : tandis que celle-ci affecte la naissance même de l'obligation du disposant (2), tandis qu'elle tient en quelque sorte l'acte lui-même en haleine, la charge laisse à la disposition toute son actualité et n'en diffère ni l'existence ni la réalisation : la donation ou le legs *sub modo* sont des opérations dès maintenant parfaites, qui réunissent initialement tous leurs éléments vitaux ; tandis que le donataire ou le légataire sous condition suspensive doivent attendre la réalisation de la condition pour poursuivre l'exécution de la libéralité consentie en leur faveur, le donataire ou le légataire avec charge peuvent exiger une satisfaction immédiate pourvu qu'ils soient prêts, de leur côté, à s'acquitter des obligations qui leur ont été imposées par le disposant, par exemple à servir les arrérages de la rente établie au profit d'un tiers.

135. — Mais la condition résolutoire ne se prête pas à une discrimination de ce genre, elle qui, à la différence de la condition suspensive, ne retarde pas la naissance du droit dont elle intéresse, non pas l'existence, mais

(1) V. BARTIN, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs* ; LABBÉ, note S. 1884.1.305 ; CAPITANT, *op. cit.*, nos 201 et s. ; PLANIOL, t. III, nos 3006 et s.

(2) C. civ., art. 1168 et 1181.

l'anéantissement : comme l'obligation pure et simple, l'obligation affectée d'une condition résolutoire a une existence actuelle et le créancier peut en poursuivre dès maintenant l'exécution (1), en s'exposant d'ailleurs à des restitutions et à des réparations pour le cas où l'événement envisagé viendrait par la suite à se produire. A ce point de vue, le gratifié avec charge et le bénéficiaire d'une libéralité affectée d'une condition résolutoire se trouvent dans la même situation : l'un comme l'autre peuvent poursuivre dès maintenant la réalisation de leurs droits, et c'est donc dans une autre direction qu'il convient de chercher l'indice de leur différenciation.

Le problème est d'une solution facile pour la condition résolutoire casuelle, puisque la réalisation ou la défaillance en échappent à la volonté du gratifié au lieu que l'accomplissement d'une charge implique un acte de volonté de la part de celui-ci ; il est délicat au contraire pour la condition résolutoire potestative dont la réalisation dépend, elle aussi, du vouloir du donataire ou du légataire. C'est, par exemple, un legs qui a été consenti par un testateur à sa femme, mais à la condition que, devenue veuve, elle ne se remariera pas (clause dite *de viduité*) comment interpréter une telle disposition ? La veuve doit-elle être considérée comme une légataire avec charge — la charge du veuvage ? Ou bien ne recueille-t-elle pas une libéralité qui est affectée d'une condition résolutoire — le remariage ? La question est embarrassante et doit cependant être résolue, puisque les deux ordres de dispositions entre lesquels il faut choisir ne sont pas régis par le même statut juridique : tandis que la condition résolutoire opère *ipso jure*, en sorte que, si elle se réalise, la libéralité est par cela même anéantie (2), l'inaccomplissement de la charge imposée au justifié n'entraîne pas, *ipso facto*, la révocation

(1) C. civ., art. 1183, al. 2.

(2) C. civ., art. 1168 et 1183.

de la libéralité il y faut, pour cela, une décision de justice qui interviendra sur la demande des intéressés (1). La résolution conditionnelle d'un acte juridique est automatique ; la révocation d'une libéralité pour inexécution des charges est judiciaire. A quoi il convient d'ajouter que la libéralité *sub modo* est susceptible, non pas toujours mais assez fréquemment, de conférer une action à un tiers, le bénéficiaire de la charge, tel le titulaire de la rente viagère dans l'espèce que nous avons supposée ; au lieu qu'on ne voit pas que l'adjonction d'une condition résolutoire à une libéralité puisse investir une tierce personne d'une action directe et immédiate à l'encontre du gratifié. Il est donc décidément intéressant de distinguer les deux opérations : sur quelles bases est-il légitime d'étayer cette discrimination ?

Sans entrer dans l'exposé des systèmes qui ont été proposés à cet effet, nous dirons que le critère le plus sûr, à notre avis, est celui qui a été proposé par M. CAPITANT, dans son traité *de la cause des obligations* et qui est tiré du caractère économique, objectif de la charge, laquelle tend à donner aux biens compris dans la libéralité une certaine affectation, un statut juridique déterminé ; au lieu que la condition potestative « tend à imposer au gratifié soit une abstention, soit un acte concernant sa personne » (2). Par application de cette constatation, il faut voir une disposition *sub modo* dans la libéralité contenant une clause d'inaliénabilité des biens donnés ou légués, tandis qu'il convient de traiter comme un legs conditionnel celui qui serait accompagné d'une clause de viduité ou de célibat. La distinction devient ainsi possible entre la charge, qui intéresse le statut réel des biens compris dans

(1) C. civ., art. 956 pour les donations entre vifs, et art. 1046 pour les legs.

(2) CAPITANT, *op. cit.*, n° 201.

la libéralité, et la condition, qui affecte le statut personnel du gratifié.

136. — *Plan.* — Mais cette distinction ne tend pas à l'établissement d'un contraste absolu et constant entre les deux ordres de modalités qui demeurent soumises à quantité de règles communes, notamment en ce qui concerne leur validité : les unes comme les autres sont susceptibles d'être licites ou illicites, suivant les circonstances et, notamment, en fonction des mobiles auxquels le disposant a obéi.

Car c'est en faisant appel à cette notion d'ordre psychologique que l'on pourra résoudre les difficultés très graves que soulèvent de telles modalités et qui se concrétisent dans les deux propositions suivantes :

1° La condition ou la charge imposée au gratifié est-elle licite ou illicite ?

2° A supposer qu'elle soit illicite, que va-t-il en résulter ? En quoi consistera la sanction de l'illicéité ?

Nous allons essayer de résoudre ces deux problèmes en restant dans le plan jurisprudentiel, c'est-à-dire en utilisant le concept du mobile dont l'influence est ici encore décisive.

137. — 1° *La condition ou la charge imposée au gratifié est-elle licite ou illicite ?* — Pour en décider, la jurisprudence se livre à des recherches d'ordre psychologique ; elle s'efforce de pénétrer les raisons qui ont déterminé le disposant à assortir la libéralité de la modalité litigieuse, et, selon que ces raisons sont correctes ou critiquables, admissibles ou condamnables, elle décide que la condition ou la charge sont elles-mêmes licites ou illicites.

138. — En ce qui concerne les charges, nous aurons l'occasion de vérifier l'exactitude de cette affirmation en

étudiant plus loin les clauses d'inaliénabilité, lesquelles sont considérées par la Cour de cassation comme valables ou comme nulles selon les préoccupations dont elles procèdent, les buts à quoi elles tendent, les mobiles qui les ont inspirées : illicites en règle générale, elles peuvent être immunisées et comme purifiées par les raisons qui les ont fait établir (1).

139. — Les conditions proprement dites sont soumises à un régime analogue : elles sont considérées comme licites ou comme illicites suivant la pensée d'où elles sont sorties et d'après le but auquel elles correspondent. Il en est ainsi, par exemple, de la condition dite de viduité. On pourrait croire qu'elle dût être illicite invariablement, comme tendant à faire échec à un droit intangible, celui de contracter mariage, et, d'une façon plus générale, à la liberté individuelle. Mais il faut remarquer qu'aucune disposition législative ne la proscriit ; les textes qui la condamnaient formellement (2) ont été abrogés par la formule générale de l'article 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII, de sorte qu'on ne peut songer à faire intervenir, pour la frapper, l'article 6 de notre code civil, puisque cette disposition interdit seulement de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (3), et qu'aucune loi ne vise la clause dont il s'agit, laquelle ne saurait donc être considérée comme *illicite, stricto sensu*, au sens étymologique du mot, et ne pourrait être atteinte qu'à raison de son immoralité, comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre social.

Or, ce n'est pas invariablement qu'il y aura lieu de la considérer comme immorale ; tout dépend, en définitive,

(1) *Infra*, nos 223 et s.

(2) Loi du 5 brumaire an II, art. 1^{er} et loi du 17 nivôse an II, art. 12.

(3) *Suprà*, n^o 106.

des raisons qui l'ont fait insérer dans l'acte, des mobiles dont elle procède ; et ces mobiles peuvent être parfaitement admissibles et même respectables. Il arrive que ce soit dans l'intérêt bien compris de la veuve ou de la famille que cette clause restrictive ait été stipulée : le disposant a voulu protéger la légataire contre elle-même, contre sa légèreté ou sa faiblesse d'esprit ou sa décrépitude ; ou bien son dessein était d'assurer l'unité, la cohésion de la famille, d'éviter tout prétexte à dissentiments et à divisions ; ou encore, il a obéi à des préoccupations d'ordre matériel parfaitement légitimes, il a voulu sauvegarder des intérêts commerciaux : on comprend que le créateur d'une firme importante prenne toutes précautions utiles pour que le contrôle, la direction et le bénéfice n'en passent point, après lui, à un second mari. Ainsi motivée, ainsi causée, la clause de viduité est légitime ; elle aura un caractère obligatoire ; elle sortira tous ses effets. Il n'en irait autrement que si elle était inspirée par des considérations mesquines, par la malveillance, par un pur caprice ou par une jalousie qui prétendrait se survivre à elle-même alors, elle cesserait de se justifier, elle choquerait la morale, elle serait illicite au sens le plus compréhensif du mot ; elle ne pourrait produire aucun effet.

140. — Nombreuses sont les décisions jurisprudentielles qui ont établi cette discrimination tirée des mobiles ou qui s'y réfèrent expressément. Depuis longtemps, la Cour de cassation lui a donné l'appui de son autorité suprême : ce fut d'abord la chambre des requêtes qui admit la validité de la clause de viduité, du moment qu'elle n'avait été inspirée au testateur par aucun motif répréhensible et qu'elle pouvait se justifier par l'intérêt de la légataire ou par l'affection du disposant pour sa famille personnelle (1) ; puis ce fut la chambre civile qui, dans un

(1) Req. 18 mars 1867 (D. P. 1867.1.332).

arrêt plus longuement et plus fortement motivé que le précédent, affirma qu'une telle clause ne devait pas, en principe, être considérée comme contraire aux mœurs, mais seulement lorsqu'elle paraissait avoir été inspirée au testateur « par des motifs répréhensibles, caprice ou volonté bizarre, dont la preuve incombe alors à la partie qui en poursuit l'annulation » ; dictée par des « motifs sérieux », elle doit être tenue pour valable (1).

Il est remarquable que de tels « motifs sérieux » peuvent guider la volonté du disposant quand bien même il ne serait pas investi de la puissance maritale sur la personne de la légataire ou de la donataire ; la cour de Montpellier a, en effet, cru pouvoir admettre la validité de la condition de viduité qui avait été imposée par un fils à sa mère, alors qu'elle n'était point formulée dans des termes offensants ou irrévérentiels pour celle-ci et qu'elle s'expliquait par le désir, chez le testateur, que sa mère conservât le nom de son mari et ne transportât pas dans une autre famille ses affections et sa fortune (2).

Mais la situation serait toute autre si la clause émanait d'un concubin qui prétendrait s'opposer à l'union légitime de la concubine, par lui gratifiée, avec un tiers : par cela même qu'une telle combinaison serait l'œuvre d'une personne n'ayant pas qualité pour disposer des destinées de la légataire, elle ne pourrait guère s'expliquer que par des sentiments de jalousie ou de malveillance et elle serait ainsi viciée dans son origine même (3).

141. — Notre jurisprudence fait ainsi preuve d'un grand libéralisme dans l'appréciation à laquelle elle se livre au sujet de la clause de viduité, par elle considérée, en thèse

(1) Civ. 22 déc. 1896 (D. P. 1898.1.537) ; 16 déc. 1913 (D. P. 1915.1.28).

(2) Montpellier, 14 juill. 1858 (D. P. 1859.2.107).

(3) V. *infra*, n° 141 *in fine*.

générale, comme licite et valable. Ne va-t-elle pas se départir de cette bienveillance lorsqu'elle aura à connaître, non plus d'une clause prohibitive du remariage, mais d'une interdiction absolue de se marier ? Il semble bien, en effet, que cette dernière combinaison soit infiniment plus dangereuse que la précédente, plus attentatoire à la notion de la liberté individuelle et qu'elle soit donc insusceptible d'une justification quelconque, comme tendant à diminuer la personnalité du gratifié, à lui faire subir une sorte de *capitis deminutio* ; et l'on s'explique que nos anciennes coutumes, approuvées en cela par Pothier, en aient décidé l'inefficacité (1). C'est dans ce sens rigoureux que se prononcent, de nos jours encore, la plupart des auteurs qui protestent contre la possibilité, de la part du disposant, d'imposer le célibat au gratifié pour lequel son cadeau deviendrait alors redoutable : « *timeo Danaos...* ». Mais notre jurisprudence s'est fixée en sens contraire ; depuis longtemps déjà, elle ne distingue point entre la clause de vuidité et la défense absolue de se marier : celle-ci comme celle-là est susceptible de trouver sa justification dans les faits de la cause, dans les raisons auxquelles l'auteur de l'interdiction a obéi en la formulant ; ainsi que son diminutif, elle est valable, en principe, et pour les mêmes raisons, comme ne se heurtant à aucune défense écrite dans la loi et aussi, sans doute, comme ne faisant pas entièrement disparaître, pour le gratifié, la possibilité de convoler en justes noces, puisqu'il aura toujours la ressource, parfois quelque peu héroïque il est vrai, de passer outre à l'interdiction portée contre lui, et de contracter un mariage pleinement valable, à charge pour lui de perdre le bénéfice de la libéralité qui lui avait été jadis consentie. Dès 1862, la cour de Paris se prononçait en ce sens (2),

(1) POTHIER, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 64.

(2) Paris, 1^{er} avril 1862 (D. P. 1862.2.77).

suivie, quelques années plus tard, par la cour de Caen (1) et, plus récemment, la Cour de cassation consacrait la même opinion libérale, par un arrêt important dans lequel elle reproduisait la distinction classique tirée des mobiles du disposant qui, dans l'espèce, avait été inspiré, non par le désir de satisfaire un caprice ou de faire échec à l'ordre social, mais par un sentiment de bienfaisant intérêt à l'égard du légataire et par son attachement à sa famille personnelle (2). Et il est certain qu'il était difficile, comme l'observe le conseiller rapporteur, de s'arrêter à mi-chemin, de valider la clause de viduité en proscrivant la défense absolue de se marier ; du moment qu'on admet qu'il peut être porté atteinte à la faculté de se remarier, on est par cela même conduit à faire sortir effet à la condition de ne point se marier du tout.

Tout au plus pourrait-on se montrer plus sévère, en ce qui concerne cette dernière clause, dans l'appréciation des mobiles qui l'ont inspirée au disposant ; le principe étant le même, à savoir la validité de la défense, on conçoit que des dérogations soient ici plus facilement admises à raison de la portée absolue de la défense adressée au gratifié ; c'est au juge qu'il appartiendra de faire une pesée équitable, d'apprécier les mobiles du bienfaiteur en fonction de la gravité de l'interdiction qu'il adresse au gratifié. Notamment, on devra invalider la défense de se marier adressée par un concubin à une femme avec laquelle il avait vécu maritalement pendant plusieurs années, surtout alors que cette femme avait été précédemment mariée avec un autre individu et qu'il ressortait de la teneur de l'acte de donation que le disposant avait voulu que la gratifiée conservât toute sa vie une situation attestant leurs anciennes relations : il obéissait ainsi à un sentiment blâmable qui imprimait à la condition un caractère immo-

(1) Caen, 16 mars 1875 (D. P. 1876.2.237).

(2) Req. 11 nov. 1912 (D. P. 1913.1.105, note RIPERT).

ral et la faisait tomber sous le coup de l'article 900 du code civil (1).

142. — Cette jurisprudence sur les clauses prohibitives du mariage ou du remariage peut donc se résumer ainsi

1° En principe, de telles clauses sont valables, car elles ne sont condamnées par aucun texte de loi et elles ne suppriment pas véritablement, pour le gratifié, le droit de contracter mariage : elles ne sont pas génératrices de célibat forcé.

2° Mais il n'en est ainsi qu'autant qu'elles trouvent leur justification dans un motif légitime : intérêt du gratifié ou de la famille ; la condition est viciée lorsqu'elle procède de mobiles répréhensibles tels que : jalousie posthume, malveillance, caprice, désir de faire échec à l'ordre social.

3° Comme la validité constitue le principe et la nullité l'exception, c'est au demandeur en nullité qu'il appartient de fournir la preuve du mobile illicite (2).

Le système ainsi constitué est parfaitement harmonieux et cohérent ; la jurisprudence a eu d'autant plus de mérite à l'édifier que la quasi unanimité des anciens interprètes du code civil se prononçaient contre l'efficacité des clauses que nous venons d'examiner, y compris la clause de vuidité (3) : placés plus près des faits, plus ouverts aux nécessités pratiques, nos tribunaux ont su résoudre le problème avec autant d'équité que de souplesse, en le plaçant, ainsi qu'il convenait, sur le terrain de la psycho-

(1) V. les arrêts de la Cour de Paris, 13 juill. 1911 (D. P. 1912.2.192) et de la Chambre des requêtes, 8 avril 1913 (D. P. 1915.1.29).

(2) Arrêt précité, civ. 22 déc. 1896.

(3) *Sic* TOULLIER, t. V, n° 256 ; DELVINCOURT, t. III, p. 190 ; DURANTON, t. VIII, n° 128 ; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 240 ; LAURENT, t. XI, nos 494 et s. La solution libérale était défendue par TROPONG, *Traité des donations*, t. I, nos 248 et 249, et par AUBRY et RAU, 4^e éd., t. VII, § 692, note 11. Les auteurs plus récents ont une tendance à se rapprocher de la jurisprudence (RIPERT, *op. cit.*, n° 24 ; COLIN et CAPITANT, t. III, p. 649).

logie, en l'envisageant sous l'angle des mobiles, ressorts de la volonté du disposant et qualificateurs de cette volonté.

143. — 2^o *Sanction de l'illicéité de la charge ou de la condition.* — Cette sanction n'est point uniforme tantôt elle se limite à la nullité de la condition ou de la charge illicite, et tantôt elle s'étend jusqu'à la nullité de la disposition même qui était assortie de la modalité irrégulière.

A vrai dire, c'est la première variété de sanction, la plus réduite, qui constitue le droit commun : dans l'immense majorité des cas, les tribunaux se contentent d'effacer la modalité indûment introduite dans la disposition qui reste debout et qui continue à produire tous ses effets, réserve faite de l'amputation qu'elle subit ainsi dans un de ses éléments accessoires et adventices (1). C'est ainsi que la clause de viduité, lorsqu'elle procède de préoccupations incorrectes, est purement et simplement biffée par le juge, en sorte que la donataire ou la légataire conserve la liberté de se remarier tout en bénéficiant d'une libéralité qui ne lui avait cependant été concédée qu'à la condition expresse qu'elle resterait dans l'état de veuvage (2).

Cette solution est inscrite dans une des dispositions les plus fameuses, les plus arbitraires aussi de notre code civil, l'article 900, aux termes duquel « dans toute disposition entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites » ; système étrange, qui s'explique historiquement, par un désir de réaction contre l'ancien régime, par la volonté de prévenir un retour offensif de la part d'institutions condamnées et auxquelles les particuliers auraient pu songer à redonner la vie au moyen de

(1) CAPITANT, *op cit.*, nos 206 et 207.

(2) V les décisions citées, *suprà*, nos 140 et 141.

clauses qui fussent rapidement devenues de style (1) ; système peu satisfaisant, en raison comme en équité, puisqu'il aboutit à travestir la volonté du disposant, à dénaturer l'acte qui était sorti de son cerveau, à fausser ses intentions les plus certaines ; système à base d'interventionnisme et qui constitue un expédient d'ordre politique plutôt qu'une institution normale de droit privé.

144. — Aussi est-il arrivé que notre jurisprudence s'est efforcée de faire la part du feu en cantonnant la disposition de l'article 900 dans un domaine réduit ; non pas qu'elle distingue entre les conditions et les charges véritables l'assimilation de ces deux ordres de modalités, également soumises à l'emprise du texte, est unanimement admise à cet égard (2) ; mais il y a, pour la Cour de cassation, condition et condition, comme il y a charge et charge. Le plus souvent, de telles modalités ne jouent, dans la disposition, qu'un rôle accessoire ; le donateur ou le testateur a d'abord entendu gratifier le bénéficiaire de l'acte ; la condition ou la charge qui ont été adjointes à la libéralité n'ont eu, dans sa pensée, qu'une valeur de second ordre ; elles sont restées, dans l'opération, au deuxième plan ; elles n'ont pas joué un rôle propulseur et déterminant ; elles ont bien conditionné la libéralité, mais elles ne l'ont pas déclenchée. Alors, et à supposer qu'elles présentent un caractère illicite, on se bornera à les biffer de l'acte qui s'en trouvait irrégulièrement assorti et qui survivra à cette ablation. Par là, on donnera satisfaction aux nécessités de la morale et de l'ordre public, sans cependant méconnaître la volonté du disposant, puisque, par hypothèse, cette volonté était d'abord et essentiellement la

(1) Sur cette origine historique de l'art. 900, V. PLANIOL, t. III, n° 3029 ; COLIN et CAPITANT, t. III, p. 643 et s. CAPITANT, *op. cit.*, nos 203 et 204.

(2) CAPITANT, *op. cit.*, n° 201.

volonté libérale et que la modalité effacée n'en constituait qu'une simple manière d'être : en ce cas, la disposition de l'article 900 recevra une exacte et stricte application.

Mais telle n'est point toujours la situation ; il arrive, en effet, que la condition ou la charge aient joué, dans la combinaison, un rôle de premier plan ; qu'elles représentent en réalité, et avant même l'intention libérale, le but poursuivi par le disposant. En ce cas, c'est la libéralité qui devient le moyen, le simple mode d'exécution, tandis que, par un renversement inattendu des rôles, la modalité est constitutive alors du mobile déterminant et de la finalité véritable de l'opération ; elle cesse d'être un élément accessoire et adventice, pour représenter la cause même de l'acte, en sorte que, si elle est illicite, du même coup la libéralité se trouve avoir une cause illicite, et c'est donc toute l'opération qui doit tomber, puisque ce n'est plus l'article 900 qui est applicable, mais bien l'article 1131 aux termes duquel l'obligation fondée sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet.

Ainsi s'est constituée cette jurisprudence (1), très ingénieuse et parfaitement juridique, sur *la cause impulsive et déterminante* dans les libéralités ; elle a pour but et elle a pour heureux résultat de comprimer la disposition de l'article 900 pour donner à l'article 1131 un nouvel aliment ; elle consacre l'élargissement de la théorie de la cause qui englobe, dans son domaine accru, des éléments psychiques où les auteurs ne voyaient, en général du moins et depuis le code civil, que de simples motifs, sans influence sur la validité de l'opération (2).

(1) V. sur cette jurisprudence, CAPITANT, *op. cit.*, n^{os} 204 et s.

(2) M. LABBÉ (note S. 1884.1.305) avait préconisé un autre moyen de faire échec à la disposition de l'article 900 à son avis, la condition constitue la contre-partie de la prestation assumée par le disposant, en sorte que l'opération devient à titre onéreux et rentre donc sous l'application, non plus de l'art. 900 mais bien de l'art. 1172 elle doit tomber tout entière ; mais cette interprétation excessive, méconnaissait

145. — C'est en 1863 que la Chambre des requêtes inaugura sa jurisprudence sur ce point, à l'occasion d'une donation entre vifs, en déclarant que « la nullité d'une condition contraire à la loi entraîne la nullité de la donation à laquelle elle est jointe, s'il est reconnu, comme dans le litige actuel, que la condition a été *la cause impulsive et déterminante* de la donation » (1). Quelques années plus tard, la chambre civile énonçait la même doctrine, cette fois à l'occasion d'une disposition testamentaire (2) ; elle la reproduisait par la suite pour le droit des donations, en reconnaissant que l'article 1131 doit jouer du moment que la condition illicite avait été *la cause déterminante et le but* de la disposition (3) ; et, au cours du dernier demi-siècle, la Cour suprême, comme les cours d'appel et les tribunaux, ont eu assez fréquemment l'occasion de reproduire et de consacrer cette distinction ingénieuse entre la condition et la charge, simples modalités, et la condition et la charge jouant le rôle de cause impulsive et déterminante de la disposition (4).

Pour l'établir, les juges font appel à toutes les circonstances de la cause ; ils s'efforcent, par tous les moyens possibles, de pénétrer jusqu'à la volonté réelle du disposant, sans s'arrêter d'ailleurs à la formule qu'il aurait employée et quand bien même elle serait expresse c'est vainement peut-être qu'il aura déclaré subordonner l'effet de l'acte à l'accomplissement de la condition : s'il apparaît que celle-ci n'a, en fait, joué dans l'opération, qu'un rôle accessoire, elle sera traitée comme une modalité ordi-

la nature d'une opération qui, malgré la condition ou la charge imposée au gratifié n'en demeurerait pas moins animée d'un souffle libéral. V. PLANIOL, t. III, n° 3037. CAPITANT, *op. cit.* ; n° 205.

(1) Req. 23 juin 1863 (D. P. 1863.1.429 ; S. 1864.1.269).

(2) Civ. 7 juill. 1868, motifs (D. P. 1868.1.446).

(3) Civ. 17 juill. 1883 (D. P. 1884.1.156 ; S. 1884.1.305, note LABBÉ).

(4) V. encore : Civ. 23 juill. 1912 (*Gaz. trib.*, 11 oct. 1913 ; *Rev. trim. de dr. civ.*, 1913, p. 860) ; Rep. 31 oct. 1922 (D. P. 1922.1.239).

naire et son illicéité entraînera uniquement sa propre suppression, sans dommage pour l'acte lui-même : c'est la réalité qui importe, et non la formule employée par le disposant (1). Le juge du fond devra rechercher si l'opération a « pour cause déterminante une intention de libéralité » (2), ou bien si ce n'était pas la condition *sine qua non* qui constituait le centre de gravité, l'objectif de la combinaison, ou qui, du moins, jouait le rôle d'une « seconde cause », aussi déterminante que le sentiment de bienfaisance et de libéralité (3). C'est donc ici le but qui est décisif, et par conséquent le mobile déterminant, le mobile individuel, adventice, qui est décoré du nom de cause et qui devient le centre même de l'opération.

146. — Comme nous en avons déjà fait l'observation, ce rôle capital dévolu à la condition ou à la charge est assez exceptionnel : le principe est que ces modalités sont traitées comme telles, comme de simples manières d'être, des variantes de la volonté libérale ; d'où cette conséquence qu'il appartient au plaideur, intéressé à voir tomber l'opération tout entière, de faire la preuve du caractère impulsif et déterminant, de la nature téléologique et finaliste de la prétendue modalité (4) la dérogation au droit commun ne saurait être présumée.

147. — Cette dérogation est particulièrement rare pour ce qui est des conditions : ainsi que le remarque justement M. Capitant, la grande majorité, et même la presque totalité des décisions judiciaires qui ont consacré la notion de la cause impulsive et déterminante se réfèrent à des charges et non pas à des conditions (5) ; en fait, elles sont presque

(1) Civ. arrêt précité, 17 juill. 1883.

(2) Req. 8 avril 1889, précité.

(3) Lyon, 6 août 1884 (D. P. 1886.2.121).

(4) Lyon, 6 août 1884, arrêt précité.

(5) CAPITANT, *op. cit.*, n° 207. V. cependant, comme ayant fait application de la notion de la cause impulsive à des actes affectés de

toujours intervenues à l'occasion de la fondation d'écoles congréganistes. Antérieurement à 1886, de nombreuses libéralités avaient été adressées à des communes à la charge d'entretenir des écoles, tenues par un personnel religieux. Sur ces entrefaites, une loi du 30 octobre 1886 a interdit aux communes d'entretenir ou de subventionner de telles écoles, réalisant ainsi la laïcisation de l'enseignement primaire communal (1) ; d'où des réclamations multiples émanant des héritiers et tendant à l'annulation ou à la révocation des libéralités antérieurement consenties dans des conditions devenues désormais illicites, et d'où l'obligation, pour les tribunaux, de choisir à cette occasion entre l'article 900 et l'article 1131. Sans aucun doute, la clause en question était dorénavant frappée de nullité ; elle ne pouvait plus sortir ses effets. Mais, ce point admis, une question s'élevait : devait-on effacer purement et simplement la charge devenue illicite tout en laissant la commune profiter de la libéralité qui lui avait été consentie ? Ou bien ne convenait-il pas d'aller plus loin et de faire tomber, par voie de répercussion, la disposition elle-même ? La jurisprudence a résolu très sagement le problème, en distinguant selon que la clause litigieuse n'avait qu'une importance secondaire, accessoire, ou bien qu'elle avait joué le rôle de cause impulsive et déterminante de la libéralité ; tel arrêt se contente de déclarer que la clause doit être réputée non-écrite (2), tandis que telle autre décision a annulé la libéralité elle-même ou bien l'a révoquée pour inexécution des charges imposées au gratifié (3). Aucune

conditions illicites Req. 8 avril 1889, précité ; Lyon, 6 août 1884, précité ; Montpellier, 10 août 1887 (D. P. 1890.1.205) ; Douai, 22 juil. 1907 (D. P. 1907.2.344).

(1) Loi du 30 oct. 1886, art. 17.

(2) Besançon, 22 janv. 1890 et req. 18 fév. 1891 (D. P. 1893.1.316 ; S. 1893.1.11 ; Nîmes, 11 août 1891 (S. 1892.2.70) et civ. 20 fév. 1895 (D. P. 1895.1.473) ; civ. 19 oct. 1910 (D. P. 1911.1.463).

(3) V. les nombreuses décisions énumérées par M. CAPITANT, *op. cit.*, n° 207 ; par exemple Pau, 28 déc. 1876 et civ. 20 déc. 1878 (S.

contradiction entre ces points de vue qui se rattachent à la même théorie, celle de la cause impulsive et déterminante telle que nous l'avons caractérisée.

Plus récemment, la Cour de cassation a eu l'occasion de faire application du même critère à une espèce un peu différente : un legs avait été adressé à une commune en vue de créer et d'entretenir une école de jardinage et une école professionnelle ménagère exclusivement réservées à des enfants catholiques ayant fait leur première communion. La clause était illicite, puisqu'une école communale, qui est nécessairement une école publique, doit être ouverte à tous, sans distinction confessionnelle, puisque d'ailleurs, et aux termes de la législation actuellement en vigueur, la République ne reconnaît aucun culte et assure la liberté de conscience (1) ; dans ces conditions, il ne saurait dépendre d'un bienfaiteur de subordonner la fréquentation d'une école communale, créée avec les fonds légués, à une question de religion. Mais, si la nullité de la clause ne pouvait faire doute, il en allait autrement de la sanction à appliquer. Pour résoudre cette difficulté, il y avait à pénétrer jusqu'à l'intime volonté du disposant, à rechercher s'il avait ou non attaché à la charge par lui établie une importance essentielle, si cette charge avait joué ou non, dans sa pensée, le rôle d'une cause impulsive et déterminante, et, selon la réponse donnée à cette alternative par le juge du fait, la clause seule tombera ou bien la disposition tout entière sera frappée, avec elle et à cause d'elle, d'une nullité radicale (2).

1879.1.413) ; civ. 3 nov. 1886 (D. P. 1887.1.157 ; S. 1887.1.241), req. 29 nov. 1892 (D. P. 1893.1.67) ; 15 avril 1893 (D. P. 1893.1.487) ; civ. 23 juill. 1913 (D. P. 1915.1.49 note MÉRIGNAC ; S. 1920.1.21). Dans cette dernière espèce, il s'agissait d'un legs tendant à l'institution d'une fondation charitable qui devait être dirigée par des religieuses de Saint-Vincent-de-Paul.

(1) Loi du 9 décembre 1905, concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, art. 1^{er}, al. 1 et 2.

(2) *Sic* Req. 31 oct. 1922 (D. P. 1922.1.239).

148. — Cette jurisprudence sur la cause impulsive dans les libéralités conduit à des résultats assez curieux d'abord, elle rapproche de façon inattendue le statut des libéralités conditionnelles du statut des actes à titre onéreux affectés de conditions, alors qu'une antithèse avait été établie, entre ces deux réglementations, par le code civil, dans les articles 900 et 1172, le premier qui veut que les conditions illicites soient réputées simplement non écrites dans les donations entre vifs et dans les testaments, le deuxième aux termes duquel « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle *et rend nulle la convention qui en dépend* ». En dépit de ces formules contraires, la jurisprudence admet que l'illicéité d'une clause est susceptible, lorsqu'elle fait fonction de cause impulsive et déterminante, d'entraîner avec elle dans la nullité, aussi bien un acte de bienfaisance qu'un acte à titre onéreux ; d'autre part, ce n'est pas indistinctement que nos tribunaux font application de l'article 1172 à cette dernière catégorie d'opérations ; ils soustraient à son emprise les clauses purement accessoires, qui n'ont joué dans l'opération qu'un rôle secondaire, qui sont venues, non pas la conditionner au sens littéral du mot, non pas la postuler, mais seulement l'aménager dans le détail, telle la clause de paiement-or insérée dans un bail ou dans une promesse de bail ; la nullité d'une stipulation de ce genre n'entraîne point nécessairement la nullité de la convention dans laquelle elle figure (1) ; en pareille matière, tout est suspendu à l'intention des parties, au but qu'elle sont poursuivi ; le juge doit rechercher si elles ont entendu ou non « faire dépendre de la condition

(1) Trib. civ. Melun, 5 juin 1924 (D. P. 1924.2.97). Comp. Lyon, 30 mars 1849 (D. P. 1849.2.131) ; Caen, 30 avril 1860 (D. P. 1861.2.56) ; Poitiers, 24 mai 1897 (D. P. 1897.2.270) : « ... une obligation licite en soi, lors même qu'elle renfermerait une clause nulle, n'en reste pas moins valable si elle ne dépend pas de cette clause. » Paris, 23 mars 1927 (S. 1927.1.118).

l'existence de la convention » (1), et c'est seulement au cas d'affirmative qu'il prononcera la nullité de toute l'opération ; la condition visée par l'article 1172 c'est uniquement celle qui « avait été essentielle et déterminante dans l'esprit des contractants » (2). Et ainsi, l'opposition que le code civil avait semblé vouloir établir entre le titre gratuit et le titre onéreux se trouve neutralisée et en quelque sorte réduite, au sens chirurgical du mot, par la jurisprudence, grâce aux deux interprétations restrictives qu'elle donne de l'article 900 et de l'article 1172, le premier ne visant, à son sentiment, que les conditions non impulsives, le deuxième ne valant au contraire que pour les conditions impulsives. En fin de compte, les deux ordres d'actes se trouvent soumis au même régime dans lequel c'est seulement la clause impulsive et déterminante, la clause-but, dont la nullité entraîne celle de l'opération tout entière, au lieu que la chute de la condition d'ordre secondaire, d'ordre épisodique, ne détermine nullement celle de l'acte dans lequel elle était venue s'encastrier et dont elle peut être séparée impunément : partis des deux points opposés de l'horizon juridique, les principes se sont ainsi rapprochés, sous la pression de la jurisprudence, jusqu'à se rencontrer et à coïncider dans leur réalisation pratique.

Mais là ne se borne pas l'efficiencie imprévue de cette jurisprudence sur la cause impulsive et déterminante : elle a encore abouti à consacrer la notion de la double cause.

149. — *La double cause.* — M. Capitant a signalé la possibilité d'une double cause, par exemple dans le cas

(1) Jug. précité du trib. civ. Melun.

(2) Req. 13 déc. 1921 (D. P. 1923.1.62). — Certaines décisions ont admis que la nullité de la clause paiement entraînant avec elle celle de l'opération à propos de laquelle elle était intervenue Pau, 21 juill. 1926 (S. 1926.2.86) ; trib. civ. Seine, 6 avril 1927 (*Gaz. Pal.*, 7 mai) 14 mai 1927 (D. H. 1927, 409).

où un testateur aurait ordonné à son héritier de vendre telle maison à tel prix à telle personne et où l'héritier procéderait effectivement à la vente en exécution de l'ordre reçu (1). Seulement, en pareil cas, les deux causes sont successives ; elles se rattachent à deux actes différents ; elles sont assez indépendantes l'une de l'autre pour que l'une d'elles, la première, puisse être inopposable à l'acheteur et demeure hors du champ contractuel ; elle n'a ainsi, comme le reconnaît M. Capitant, que la valeur d'une « cause secondaire », encore qu'elle ait la primauté dans l'ordre chronologique. La double cause dont la théorie jurisprudentielle de la cause impulsive et déterminante nous offre le type nous paraît, mieux encore que celle qui est prévue par M. Capitant, mériter son appellation, car elle réalise plus parfaitement la conjugaison de deux buts intéressant en définitive une opération unique. Lorsqu'une clause est illicite à raison des mobiles d'où elle procède, telle l'interdiction injustifiée de contracter mariage, adressée par le disposant à la gratifiée, c'est bien à raison de sa cause impulsive et déterminante qu'elle se trouve frappée de nullité : c'est parce qu'elle procède d'un sentiment de malveillance ou de jalousie qu'elle est viciée ; et si l'on suppose, en plus, que ladite clause a joué, dans l'opération, un rôle déterminant, qu'elle a entraîné la volonté du disposant, elle revêt elle-même, par rapport à la libéralité, la valeur d'une cause impulsive et déterminante et, à ce titre, elle entraîne avec elle l'opération tout entière. Il y a alors cause sur cause, l'une et l'autre illicites, ou, si l'on veut, une cause à double détente, et chaque coup fait une victime, le premier dans la condition ou la charge prohibées, le deuxième dans la disposition elle-même le vice initial gagne ainsi de proche en proche, jusqu'à l'anéantissement de la combinaison tout entière.

(1) CAPITANT, *op. cit.*, n° 21.

150. — On a pu juger, par les développements qui précèdent, des progrès réalisés, dans le domaine des libéralités, par la conception d'une cause élargie, envahissant et englobant jusqu'aux mobiles déterminateurs de l'acte, jusqu'aux raisons concrètes et individuelles qui, demeurées en dehors de cet acte, ont cependant déterminé son auteur à l'accomplir ; mais le mouvement d'idées ne s'est pas borné aux opérations de bienfaisance ; il a gagné le titre onéreux lui-même, comme nous allons maintenant nous en assurer.

II. — *L'élargissement de la notion de cause dans le domaine du titre onéreux.*

151. — Les gains réalisés par la conception moderne de la cause sont beaucoup moins connus dans le domaine des actes spéculatifs que dans celui des opérations de bienfaisance ; il n'en sont pas moins appréciables et ils se réfèrent à des contrats de diverse nature, vente, louage de choses, louage de services, prêt d'argent. Il arrive que ces actes soient déclarés nuls par nos tribunaux, au nom de la théorie de la cause, alors que cependant, et à s'en tenir à la définition classique de ce concept, les exigences de la loi semblent être, à cet égard, strictement satisfaites. Mais le but poursuivi par les parties était illicite ou immoral les raisons d'agir étaient vicieuses, en sorte que le contrat se trouvait entaché d'un vice originel qui s'opposait irrémédiablement à sa validité.

152. — La Cour de cassation a eu l'occasion de faire intervenir ces directives pour frapper les transactions qui se réfèrent, de près ou de loin, à l'exploitation des maisons de tolérance ou des maisons de rendez-vous. Certes, il en est, parmi ces conventions, qui se trouvent condamnées

par les principes les plus traditionnels et les plus certains de notre droit : non seulement celles qui interviennent entre le tenancier d'une part, et son matériel humain ou sa clientèle d'autre part ; mais aussi celles qui tendent à la transmission de l'établissement : la cession de celui-ci est illicite, à la fois dans l'objet et dans la cause, au sens habituel du mot. En effet, l'engagement du vendeur a un objet illicite, et, dès lors, celui de l'acheteur est lui-même illicitement causé : aucun doute sur ces deux points.

Mais le même raisonnement ne saurait être reproduit pour les autres contrats, pour ceux qui gravitent autour de l'établissement sans en faire leur objet : c'est la vente ou l'achat du mobilier, c'est le bail du local, c'est le prêt effectué en vue de l'achat de l'immeuble ou de l'exploitation de l'établissement, ou encore le louage de services conclu avec des domestiques. Pour de telles opérations, et si l'on se contente de faire appel à la notion classique de la cause, on n'arrive pas à réaliser la nullité des accords ; car la cause consistera alors, par exemple, dans la remise d'une somme d'argent ou dans l'engagement assumé par un domestique pour l'accomplissement de la besogne courante, c'est-à-dire dans des prestations ou dans des obligations qui, envisagées en elles-mêmes, n'ont rien d'illicite. Et c'est bien pourquoi nombre d'auteurs se prononcent pour la validité de semblables opérations (1), comme aussi certaines cours d'appel et différents tribunaux qui se refusent à prendre en considération des éléments psychiques où ils voient, non la cause véritable du contrat, mais de simples motifs, indifférents à sa validité (2).

(1) BARDE, *Traité des obligations*, t. I, n° 313 ; comp. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 302 et 303.

(2) Paris, 14 déc. 1889 (D. P. 1890.2.189) ; Trib. civ. Seine, 30 nov. 1921, jugement d'ailleurs infirmé par Paris, 22 mars 1923 (D. P. 1923.2.118) ; Poitiers, 8 fév. 1922 (D. P. 1922.2.33, note SAVATIER).

La jurisprudence dominante, et notamment celle de la Cour suprême, est établie en sens contraire pour elle, toutes les opérations de ce genre doivent tomber, et au nom de la théorie de la cause, comme procédant de raisons immorales et tendant à un but illicite ; ainsi sont annulés ou résiliés, non seulement l'acte de cession de ce singulier fonds de commerce (1), mais aussi les contrats conclus avec les domestiques de l'établissement (2), le louage de l'immeuble (3), la vente de fournitures (4), comme encore le prêt intervenu en vue de l'acquisition du fonds. Sans doute, ce prêt est inattaquable si on l'envisage sous l'angle de la théorie classique de la cause, puisque la cause de l'engagement de l'emprunteur réside alors dans une remise de deniers, laquelle est neutre, amonale ; mais la Cour de cassation estime que le but poursuivi par les parties, l'emploi auquel la somme empruntée était destinée, font obstacle à la validité de l'opération. Vainement objectait-on, à l'appui du pourvoi, qu'il fallait se garder de confondre « le motif d'un contrat avec la cause juridique » ; la Cour suprême répond que l'emprunt avait en réalité sa cause dans l'acquisition d'une maison de prostitution, cause illicite au premier chef, et elle proclame donc sa nullité par application de l'article 1131 du code civil (5).

(1) Civ. 15 déc. 1873 (D. P. 1874.1.222) ; Req. 17 juill. 1905 (D. P. 1906.1.72).

(2) Req. 11 nov. 1890 (D. P. 1891.1.484) les créances des domestiques d'une maison de tolérance sont nulles, par application des art. 1132 et 1133 C. civ., « comme fondées sur une cause contraire aux bonnes mœurs ».

(3) Bourges, 13 juill. 1889 (D. P. 1889.5.329) ; Alger, 15 nov. 1893 (D. P. 1894.2.528) ; Paris, 16 mars 1926 (S. 1926.2.77) ; Toulouse, 18 mars 1927 (*Gaz. Pal.*, 9 mai). Pour le bail d'une maison de rendez-vous, V. Commis. sup. de cass., 12 janv. 1928 (D. H. 1928, 154). De la nullité du bail la Cour de cassation conclut logiquement à l'inexistence de tout droit à une prorogation légale au profit du preneur.

(4) Trib. com. Marseille, 7 nov. 1913 (*Gaz. Pal.*, 24 fév. 1914). V. cependant, pour la vente du mobilier, Poitiers, 8 fév. 1922, précité.

(5) Req. 1^{er} avril 1895 (D. P. 1895.1.263).

Seul, trouve grâce devant elle le contrat d'assurance contre l'incendie de l'immeuble affecté à ce genre de commerce, contrat qu'elle considère comme s'appliquant à cet immeuble lui-même, abstraction faite de son affectation et qu'elle détache en quelque sorte de celle-ci (1).

153. — Il faut bien convenir que la solution rigoureuse à laquelle s'est arrêtée la Cour suprême est la seule qui donne satisfaction à la morale ; c'est aussi la seule qui soit vraiment juridique (2). On a bien essayé d'aboutir au même résultat et d'atteindre les opérations de ce genre en utilisant purement et simplement la disposition de l'article 6 du code civil qui interdit de déroger, par des conventions particulières, aux lois intéressant l'ordre public ou les bonnes mœurs (3) ; mais, comme nous l'avons déjà observé, ce texte a une portée d'application limitée il tend à assurer le respect des dispositions contenues dans la loi écrite et non pas celui des mœurs et de l'ordre public, en général, envisagés dans toute leur plénitude (4). Vainement déclare-t-on superflues la recherche de la cause et sa distinction d'avec les simples motifs (5) ; ce point de vue est faux à force d'être simpliste. Comment pourrait-on faire abstraction et de la genèse et du but et de l'objet d'une convention ? Si on élimine ces différents facteurs de la volonté juridique, l'acte se réduit à une abstraction, sans signification pratique et sans valeur morale, et l'on ne comprend plus qu'il puisse, dans ces conditions, choquer l'ordre public ni les bonnes mœurs.

154. — Ce n'est pas seulement lorsqu'il a pour but l'acquisition ou l'exploitation d'une maison de prostitution,

(1) Cass. 4 mai 1903 (*Gaz. Pal.*, 1903.2.394).

(2) V. la note précitée de M. SAVATIER.

(3) Paris, 22 mars 1923, arrêt précité.

(4) *Suprà*, n° 106.

(5) Paris, 22 mars 1923.

que le contrat de prêt est vicié à raison des mobiles dont il procède, c'est aussi lorsqu'il vient à l'appui de relations illicites ou bien à l'occasion du jeu.

Dans le premier ordre d'idées, la Cour de cassation a rendu, dans ces dernières années, un arrêt fort intéressant qui fait nettement état du but poursuivi par les parties et des mobiles auxquels l'emprunteur a obéi en concluant l'opération incriminée. Une femme mariée désirait se procurer une somme d'argent afin de fuir avec son amant et de se fixer avec lui à l'étranger ; dans ce but, elle s'était adressée à un bailleur de fonds qui était au courant de la situation et qui lui prêta, en connaissance de cause, la somme dont elle avait besoin, soit trente mille francs, moyennant des billets souscrits par la femme adultère. Il arriva que lorsque le prêteur réclama la restitution des sommes par lui avancées, la débitrice — ou plutôt son fils — plaida la nullité des billets jadis souscrits, donc du prêt consenti, et la Cour de cassation accueillit cette prétention en relevant que le prêteur avait eu « pleine connaissance des raisons » qui avaient déterminé l'emprunteuse à se procurer des fonds à l'insu de son mari ; les billets avaient une *cause* contraire aux bonnes mœurs, puisqu'ils tendaient à faciliter des relations adultères et à favoriser la fuite de l'emprunteuse avec son complice (1).

155. — En ce qui concerne le *jeu*, le système aménagé par la jurisprudence, est plus intéressant encore, parce que plus nuancé. Il repose essentiellement sur une distinction tirée de l'usage auquel la somme empruntée est destinée : s'agit-il d'alimenter le jeu, au cours d'une partie, alors l'opération est nulle à raison de son immoralité même (2) ; mais, si l'emprunteur voulait seulement se procurer les moyens de faire face à ses engagements, de

(1) Req. 17 avril 1923 (D. P. 1923.1.172).

(2) Req. 4 juill. 1892 (D. P. 1892.1.500).

liquider la situation, le prêt à été valablement consenti. Cette distinction est virtuellement contenue dans une décision de la Chambre des requêtes (1) et expressément faite, à cette occasion, par le conseiller rapporteur (2) ; elle rappelle, de façon frappante, celles qui est établie, par une jurisprudence constante, au sujet des libéralités entre concubins, valables, elles aussi, lorsqu'elles tendent à liquider la situation irrégulière, mais nulles si elles se rapportent à son établissement, à sa continuation ou à sa reprise (3). La solution se trouve nettement placée sous la dépendance du but poursuivi, et, du même coup, sous celle du mobile-but, du mobile individuel qui se trouve ainsi promu au rang de cause.

156. — Ce n'est d'ailleurs pas seulement le prêt d'argent qui est susceptible de graviter autour du jeu, ce sont aussi d'autres contrats, tels que ceux de louage d'immeuble (4) ou de société (5) ou de cession d'une maison de jeux (6) ; ces opérations sont déclarées nulles pour les raisons mêmes qui vicent le prêt intervenu où la même occasion : immorales dans leur genèse, illicites dans leur cause, elles ne sauraient produire aucun effet juridique (7).

(1) V. la note précédente.

(2) Rapport du conseiller LEPelletier, *eod. loc.* Comp. Paris, 6 juill. 1882 (D. P. 1884.2.95).

(3) *Suprà*, nos 129 et s.

(4) Pau, 28 juin 1906 (S. 1907.2.61).

(5) Req. 3 mars 1875 (D. P. 1875.1.277) ; Paris, 9 avril 1897 (D. P. 1899.2.244).

(6) Pau, 31 janv. 1889 (D. P. 1890.2.228) ; Paris, 5 juin 1901 (D. P. 1903.2.10).

(7) Sur la convention qui tendrait à soustraire un inculpé aux conséquences de l'action publique dirigée contre lui, V. Paris, 15 mai 1925 (S. 1925.2.78).

III. — *Comparaison entre le titre gratuit et le titre onéreux quant au développement et à l'application de la théorie de la cause.*

157. — Nous venons de vérifier que, dans le domaine du titre onéreux comme dans celui du titre gratuit, la théorie de la cause tend, sous l'impulsion de notre jurisprudence, à s'élargir et à s'amplifier ; malgré ce poids mort que représente la conception classique et qui agit sur elle comme un frein, elle gagne du terrain en droit positif, elle tend à une sorte d'universalité infiniment souhaitable comme assurant le triomphe de la morale, l'utilisation légitime de la loi : ce sont les mobiles qui colorent nos actes, qui leur donnent leur signification véritable ; c'est la fin qui justifie les moyens ou qui les condamne ; elle est à prendre en considération dans tous les actes juridiques, sans distinguer, dans le principe du moins, selon qu'ils sont lucratifs ou désintéressés : le but règne souverainement dans le domaine des institutions juridiques.

158. — Ceci dit, il faut bien reconnaître que le développement de l'élément causal, la prise en considération des mobiles individuels, étaient d'une plus grande urgence dans le champ du titre gratuit que dans celui du titre onéreux, précisément parce que le concept classique de la cause y était d'une plus flagrante insuffisance : en ne retenant, avec les anciens commentateurs du code civil, que le seul esprit de libéralité, on accordait à l'avance un blanc-seing aux combinaisons les plus saugrenues ou les plus cyniques ; toutes les libéralités se valaient, du moment qu'on les envisageait abstraitement, en les isolant de leur genèse et de leur finalité, et, dès lors, les dispositions légales les plus nécessaires, celles qui présentaient un caractère d'ordre public, pouvaient être impunément

transgressées et devenaient lettre morte. Situation inacceptable d'où il fallait sortir à tout prix : c'est au moyen d'un élargissement de la notion de la cause et en faisant appel aux mobiles individuels, extérieurs à l'acte même, que le redressement fut effectué dont il était impossible de se passer.

Pour les actes à titre onéreux, il n'en allait pas de même, du moins pour nombre d'entre eux, la théorie de l'objet illicite venant alors au secours de l'ordre public et de la morale, et d'autant mieux qu'elle avait précisément pour réplique, au moins dans les opérations synallagmatiques, la théorie classique de la cause illicite avec laquelle elle se trouvait dans un rapport de dépendance et de réciprocité (1). C'est surtout pour les contrats réels que l'insuffisance de la conception classique se faisait sentir, et effectivement c'est à l'occasion d'une opération de ce genre, le prêt d'argent, que notre jurisprudence a eu l'occasion de faire prévaloir le plus souvent ses vues finalistes en faisant état du but poursuivi par les parties, de la destination des deniers empruntés (2). Mais, d'une façon générale, il est certain que cette politique jurisprudentielle était d'un intérêt moins urgent dans le champ des opérations intéressées que dans celui des libéralités.

159. — De plus, la matière dans laquelle elle opère et se réalise, est de composition sensiblement différente suivant les cas : l'acte à titre gratuit est l'œuvre soit d'une volonté unique, celle du testateur, s'il s'agit d'un legs ; soit d'une volonté prépondérante, celle du disposant, pour ce qui est de la donation entre vifs : le gratifié ne joue dans l'opération qu'un rôle passif ; il y rentre, après coup, par son acceptation, on serait tenté de dire par son adhésion la libéralité, testamentaire ou entre vifs, est l'œuvre essen-

(1) *Suprà*, nos 109, 114, et 115.

(2) *Suprà*, nos 151 et s.

tielle du disposant qui a l'initiative et le pouvoir de décision, qui mène le jeu dont il fait tous les frais, dont la volonté est prépondérante ; en ce sens, l'acte à titre gratuit devient, pour le gratifié, comme un acte d'adhésion. Au contraire, l'opération à titre onéreux est vraiment l'œuvre des deux parties, le résultat de leur collaboration effective, en principe tout au moins, et sans distinguer entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux : les clauses d'une convention telle que le prêt d'argent sont débattues et arrêtées par les deux intéressés et l'initiative de l'opération peut émaner indifféremment de l'un ou de l'autre d'entre eux. De là cette conséquence, au point de vue qui nous intéresse ici, que, dans les libéralités, ce sont les mobiles du disposant qui importent, ce sont eux seuls dont il convient de faire état pour fixer la valeur morale de l'opération, pour en déterminer le caractère licite ou illicite ; tandis que, dans les actes à titre onéreux, les recherches devront porter sur les mobiles de toutes les parties dont la volonté a concouru à l'élaboration et à la conclusion de l'opération, ce qui revient à dire que seul sera retenu le mobile qui leur est commun, celui qui a pénétré dans le contrat et qui correspond au but collectif de l'opération, à l'exclusion des raisons demeurées personnelles à l'un ou à l'autre des contractants. D'un côté, et dans le droit des libéralités, c'est le mobile strictement individuel, celui du disposant, qui est décisif ; d'autre part, et dans le domaine des actes à titre onéreux, c'est le mobile commun aux deux parties, le mobile *ex pacto* qui est seul pris en considération par le juge.

160. — Et effectivement, notre jurisprudence s'inspire constamment des directives que nous venons de dégager : tandis que, pour ce qui est des libéralités, elle s'inquiète de la seule volonté du disposant, recherchant à quelles

considérations il a obéi, quel but il a poursuivi, en ce qui concerne les actes onéreux elle ne retient que les mobiles communs aux deux parties, ceux qui existent *ex utraque parte*, qui ont pénétré dans le cercle de la convention et qui ont donc une valeur contractuelle : c'est seulement si le but poursuivi en commun par les parties est illicite que l'acte s'en trouve vicié et doit donc être considéré comme nul. C'est ainsi que, dans son arrêt du 4 juillet 1892, la chambre des requêtes a soin de noter que le prêteur a concouru « sciemment et intentionnellement à l'acte illicite que la loi désavoue » ; (1) que, dans sa décision du 1^{er} avril 1895, elle souligne que « chacune des parties contractantes a pris une part égale à cette convention (2) » ; de même que, plus récemment, et à propos de l'emprunt contracté par une femme mariée en vue d'une fugue à l'étranger, la même haute juridiction relève que le prêteur avait eu « pleine connaissance des raisons » qui avaient poussé la fugitive à se procurer des fonds à l'insu de son mari (3). Constamment, c'est sous l'angle contractuel que les mobiles sont envisagés dans les opérations onéreuses telles que le prêt ou la vente (4), en négligeant les raisons demeurées personnelles à l'une des parties et ignorées de l'autre : il est assurément de toute justice que le sort d'un contrat ne soit pas à la merci d'un mobile qui est demeuré « *in mente retentum* » et qui n'a donc pas revêtu une signification contractuelle : comprendrait-on, par exemple, qu'un bailleur de fonds se vît opposer la nullité du prêt par lui consenti, sous le prétexte que l'emprunteur se proposait, dans le tréfonds de son âme, de donner aux deniers et qu'il leur a donné effectivement une destination illicite et même criminelle ? C'en serait fait alors de la sécurité des transactions dont la destinée serait à la merci

(1) V. *suprà*, n° 155.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) V. les décisions citées aux nos 152 et s.

des résolutions secrètes de l'une des parties la jurisprudence est sagement inspirée lorsque, pour échapper à cet écueil, elle consacre une différence, aussi équitable que juridique, entre les libéralités et les opérations onéreuses (1).

Seulement, cette différence de traitement, très légitime, a failli entraîner nos tribunaux à en établir une autre, fort contestable celle-là, dans le droit de la preuve au sujet duquel nous sommes ainsi amené à nous expliquer maintenant.

161. — *Le problème de la preuve des mobiles illicites.* — Sur ce problème, la jurisprudence apparaît d'abord comme assez flottante et confuse ; elle semble bien avoir procédé empiriquement, par voie de décision d'espèce plutôt que scientifiquement et en faisant appel aux principes. C'est à la doctrine qu'échoit la tâche de mettre de l'ordre dans les matériaux sur lesquels elle travaille et de dégager les idées générales dont l'évocation suffit souvent à dissiper des contradictions ou des malentendus, plus apparents que réels.

Le point de départ sera pour nous la règle d'après laquelle la preuve testimoniale et la preuve par simples présomptions est admise du moment qu'un acte est attaqué « pour cause de fraude ou de dol » (2); car, précisément, lorsqu'un acte est suspect à raison de sa cause dont

(1) Cette différence rappelle celle qui est établie, en matière d'erreur, selon que la méprise a porté sur la personne ou sur la substance : dans la première éventualité, l'erreur unilatérale est dirimante, au lieu qu'elle ne l'est point dans la deuxième (*suprà*, nos 65 et s.). Le rapprochement est d'autant plus saisissant entre les deux ordres d'antithèse, que l'erreur dans les libéralités porte très ordinairement sur la personne, tandis que l'erreur sur la substance est d'une application assez courante dans les actes à titre onéreux dont un bon nombre ne comportent point l'*intuitus personæ*. Les théories de l'erreur et de la cause se trouvent donc coïncider, à ce point de vue, au moins approximativement.

(2) C. civ., art. 1353.

on allègue le caractère immoral ou illicite, lorsqu'il tend, par exemple, à gratifier un enfant adultérin ou bien à rétribuer des relations hors mariage, c'est bien pour cause de fraude ou pour cause de dol qu'il est attaqué ; le demandeur en nullité va donc pouvoir se réclamer de l'article 1353 pour obtenir le champ libre ; il produira tous les éléments de preuves possibles pour établir le but illicite qui est poursuivi par les parties ou par l'une d'elles ; il précisera ses raisons, partout il les trouvera.

Est-ce à cette directive, simple et libérale, que se rangent les auteurs et la jurisprudence ?

Oui, certainement, pour les actes à titre onéreux, au lieu que, pour ce qui est des libéralités, des divergences, des hésitations, des réserves se sont manifestées ou se sont affirmées.

162. — Pour les *actes à titre onéreux*, auteurs et arrêts tombent d'accord sur la possibilité de prouver la cause illicite, entendue au large sens du mot, même par témoins ou par présomptions simples : il nous suffira de rappeler les décisions intervenues à propos des opérations qui gravitent autour du jeu ou des maisons de prostitution (1) : en s'y reportant, on constatera que la jurisprudence ne limite pas ses investigations à l'acte incriminé, auquel d'ailleurs ne correspond parfois aucun écrit, mais qu'elle étend ses recherches à sa guise. La Cour de cassation a eu encore l'occasion d'affirmer et d'appliquer cette politique à l'occasion d'un billet qui avait été souscrit, d'une promesse qui avait été faite et qui tendait à compromettre la liberté des enchères, but et cause assurément illicites ; à ce propos, la Cour suprême énonça ce principe que la preuve de la fraude pouvait être administrée au moyen des présomptions de l'homme (2).

(1) *Suprà*, n° 152.

(2) Req. 5 août 1903 (S. 1904.1.283) ; la cour de Lyon avait retenu,

Ainsi se trouve consacré le système dit de la *preuve extrinsèque*, c'est-à-dire de la preuve extérieure à l'acte, auquel se rallient les auteurs (1).

163. — Pour les *libéralités*, au contraire, la situation est assez confuse, et surtout, elle l'était jusqu'à ces dernières années. Des auteurs considérables estiment que la preuve du mobile répréhensible ne peut résulter que de la teneur même de l'acte incriminé, par exemple de l'acte de donation et sans que le juge puisse faire état de symptômes extérieurs : c'est le système de la *preuve intrinsèque* qui envisage l'acte en lui-même et qui ne veut pas chercher sa genèse ni son but en dehors des énonciations qu'il contient (2).

C'était en ce sens que la jurisprudence se prononçait jusqu'en ces dernières années, d'une façon dominante, soit pour les libéralités adressées à des enfants adultérins ou incestueux (3), soit pour celles qui interviennent entre concubins (4), soit encore pour celles qui sont grevées de conditions ou de charges illicites ou immorales (5) ; en

comme éléments de la preuve, « les contradictions de l'interrogatoire et « tous les documents et inconstances de la cause ; » la Chambre des requêtes estima que cette juridiction avait ainsi donné une base légale à sa décision et rejeta en conséquence le pourvoi.

(1) V. la note de M. A. COLIN, D. P. 1907.1.137.

(2) *Sic* AUBRY et RAU, 4^e éd., t. VII, § 651, note 8.

(3) V. notamment Req. 31 juill. 1860 (D. P. 1860.1.458) ; 6 déc. 1876 (D. P. 1877.1.492) ; 29 juin 1887 (D. P. 1888.1.295). Ce dernier arrêt est tout spécialement caractéristique ; on y lit qu'une libéralité n'est nulle, comme ayant une cause illicite, que si l'acte qui la renferme « contient en même temps, *eten lui seul*, la preuve entière et complète que le testateur se croyait le père de l'enfant gratifié et que cette opinion a été la cause déterminante du don qu'il lui a fait » ; et la Cour de cassation ajoute que cette preuve ne peut être recherchée ni dans les inconstances extrinsèques, ni dans un document étranger au testament lui-même. »

(4) Req. 26 mars 1860 (D. P. 1860.1.255).

(5) Montpellier, 14 juillet 1858 (D. P. 1859.2.107). Cette décision est intervenue à propos de la condition de viduité affectant un legs consenti par un fils à sa mère (*suprà*, n^o 140) ; celle-ci s'étant remariée, les héritiers du sang réclamèrent la succession. Vainement la

sorte que l'opposition s'affirmait, semble-t-il, entre les actes à titre onéreux dont le mérite était jugé à la lumière de tous les renseignements possibles, et les libéralités pour lesquelles on s'en tenait aux énonciations de l'acte : pour les premiers, preuve intrinsèque ou extrinsèque, pour les autres, preuve intrinsèque exclusivement.

164. — Cette opposition se justifiait-elle en raison ? On a voulu la motiver en faisant observer que, dans les actes à titre onéreux, la cause varie suivant les cas et ne s'étale pas nécessairement au grand jour, si bien que le juge doit parfois faire effort pour la dégager et que ce n'est point trop de tous les moyens d'investigation pour mener cette tâche à bien ; au lieu que la cause d'une libéralité est toujours connue puisqu'elle réside invariablement dans l'intention libérale elle-même, sans qu'il y ait lieu d'aller au-delà, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une analyse de la volonté du disposant, analyse qui serait à la fois inutile et périlleuse.

Mais cette justification n'est point valable, comme reposant sur une confusion entre la cause classique et la cause d'argie du droit actuel, entre les mobiles abstraits, intrinsèques, organiques, et les mobiles concrets, individuels, adventices ; ce sont ces derniers qui doivent être pris en considération ; or, ils varient suivant les cas, aussi bien pour les libéralités que pour les opérations intéressées et ils se présentent, dans les deux cas, sous le même aspect psychologique.

l'édendresse plaida-t-elle la nullité de la condition, prétendument morale, en alléguant que son insertion dans le testament s'expliquait par des raisons plus ou moins avouables ; la cour de Montpellier répondit que les appréciations malveillantes « ne préjugent rien sur les volontés et les pensées du testateur *quand le testament ne les évèle pas* ». C'est donc dans le testament seulement qu'on peut chercher les mobiles qui ont inspiré le disposant.

165. — C'est donc ailleurs qu'il convient de trouver une explication qui se dégage, plus ou moins nettement, de certains arrêts et qui se rattache précisément à la différence de traitement que nous avons précédemment relevée, entre les libéralités, dans lesquelles la volonté du seul disposant est décisive, et les actes à titre onéreux pour lesquels notre jurisprudence ne retient que les mobiles communs aux parties, les mobiles *ex pacto* (1). Cette dernière réserve constitue en elle-même une limitation effective aux pouvoirs du juge dont les abus ne sont plus guère à craindre ; des recherches ainsi bornées au commun vouloir des parties ne sont pas très dangereuses, et l'on peut donc autoriser tous les modes de preuve à leur appui. Il en va autrement des libéralités qui nécessitent des investigations portant sur les mobiles individuels du disposant, sur les origines de sa volonté unilatérale ; il ne faut pas que ces recherches dégèrent en une véritable inquisition ; des garanties individuelles deviennent alors nécessaires sans lesquelles le for intérieur cesserait d'être un asile, et elles consisteront précisément dans des limitations apportées au droit de la preuve, laquelle ne pourra être administrée qu'avec le seul recours de l'acte incriminé et revêtira donc un caractère strictement intrinsèque.

166. — Cette justification est assurément plus plausible que la précédente et l'on comprend qu'elle ait pesé sur l'opinion de certaines juridictions qui ont été ainsi conduites à opposer, quant à la preuve, les actes onéreux aux libéralités. Toutefois, elle n'a point convaincu la Cour de cassation qui a été amenée à condamner cette opposition elle l'a fait dans une décision de principe des plus catégoriques, en cassant un arrêt de la cour de Rennes qui avait fait application de la théorie dominante à une donation

(1) *Suprà*, n° 159.

entre époux destinée à aménager la séparation de fait intervenue et qui s'était refusée à prononcer la nullité de cette disposition en alléguant que la prétendue cause illicite ne ressortait pas de la teneur même de l'acte incriminé et qu'il n'y avait donc point lieu d'en tenir compte. Sur le pourvoi dirigé contre cette décision, la Cour de cassation rappelle que, d'après l'article 1131, les dispositions à titre gratuit sont nulles, comme les contrats à titre onéreux, lorsqu'elles reposent sur une cause illicite, et elle ajoute que, « pour rechercher si un contrat a une cause illicite, les tribunaux peuvent, en principe, recourir, en dehors des énonciations du contrat lui-même, à tous les modes de preuve autorisés par la loi... ; à cet égard, il n'y a pas lieu de distinguer entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux » ; enfin, elle conclut qu'en refusant de puiser « en dehors de la donation, des éléments de preuve dans les autres documents du procès et dans des circonstances extrinsèques, alors qu'une fraude à la loi était alléguée, la Cour d'appel a violé l'article 1131 » (1). C'était la condamnation formelle de la distinction, quant à la preuve, entre le titre onéreux et le titre gratuit, et c'était la consécration généralisée de la preuve extrinsèque dont la légitimité se trouvait ainsi proclamée aussi bien pour les libéralités que pour les actes spéculatifs ; et c'est qu'en effet aucun texte n'autorise à limiter à ces dernières opérations l'application du principe écrit, pour le cas de dol ou de fraude, dans l'article 1353 le système de la preuve intrinsèque ne trouvait aucune base dans le droit positif et l'on comprend donc que la Cour suprême en ait prononcé la condamnation.

167. — Il faudrait d'ailleurs se garder de croire que cette importante décision consacre un revirement complet de la

(1) Civ. 2 janv. 1907 (D. P. 1907.1.137, note A. COLIN ; S. 1911.1.585, note WAHL).

jurisprudence : une telle appréciation serait doublement inexacte.

D'abord, on découvrirait facilement des arrêts qui, à une époque antérieure, avaient adopté la thèse de la Cour de cassation, laquelle ne constitue donc pas à vrai dire une nouveauté (1). Tout ce qui est exact, c'est que l'arrêt de 1907 va à l'encontre de la jurisprudence dominante des cours d'appel et qu'il le fait en termes catégoriques qui sont ceux d'une décision de principe ; mais il serait excessif de considérer qu'en le rendant la Cour de cassation se fût elle-même déjugée.

D'autre part, il faudrait se garder de croire que le principe ainsi dégagé eût une valeur absolue ; tout ce que décide la Cour régulatrice, c'est que les tribunaux peuvent « en principe » recourir aux preuves extrinsèques pour découvrir la cause illicite d'une libéralité. Or, cette formule laisse la porte ouverte à des dérogations que nous avons rencontrées chemin faisant et qui concernent les libéralités consenties à des enfants adultérins ou incestueux, comme aussi celles qui interviennent entre concubins. Il y a tout lieu de croire que, dans ces limites, la jurisprudence maintiendra, comme avant 1907, le système de la preuve intrinsèque, car des considérations toutes spéciales interviennent alors dans le problème pour les dispositions adressées à des enfants adultérins ou incestueux, c'est le désir du législateur qu'une telle filiation ne s'affirme pas officiellement et que la lumière ne se fasse, ni dans l'intérêt de l'enfant, ni contre lui ; et, pour les libéralités entre concubins, c'est le péril que présenteraient des recherches tendant à établir que certaines personnes ont vraiment vécu en état de concubinage. On comprend que des investigations de ce genre soient l'occasion de scandales et qu'il y ait intérêt à limiter le champ dans lequel elles

(1) Besançon, 19 mars 1862 (D. P. 1862.2.58) ; Dijon, 3 déc. 1894 (D. P. 1895.2.237).

pourront s'effectuer ; le juge ne pourra pas dépasser les frontières tracées par l'acte incriminé lui-même : le système de la preuve intrinsèque s'appliquera exactement et à titre tout exceptionnel.

168. — Ainsi, dans le dernier état de la jurisprudence, on ne distingue pas, en principe, entre le titre onéreux et le titre gratuit ; en thèse générale, la preuve extrinsèque est admise. Mais il y a lieu de noter :

1^o Que le principe est écarté du moment que sa réalisation risquerait d'aller à l'encontre de l'ordre public, comme c'est le cas pour les libéralités entre concubins ou pour celles qui sont consenties à un enfant adultérin ou incestueux ;

2^o Qu'il y a donc ainsi, entre le titre gratuit et le titre onéreux, sinon une opposition de principe, du moins une opposition de fait, qui se justifie, approximativement, par cette autre jurisprudence qui ne retient dans les actes à titre onéreux que les mobiles communs, lesquels peuvent être saisis sans qu'il soit besoin de pénétrer dans le for intérieur de chacune des parties, au lieu que, pour ce qui est des libéralités, on envisage les mobiles unilatéraux, ceux du disposant, recherche assurément délicate, qui est de nature à provoquer des scandales, à compromettre la paix des familles, et qui doit donc être interdite dans les cas extrêmes.

Ce qui revient, somme toute, à dire que le système de la preuve extrinsèque, encore qu'il constitue le droit commun, n'est admis que lorsqu'il ne présente pas d'inconvénients rédhibitoires, à savoir pour les actes à titre onéreux où la théorie du mobile commun le rend à peu près inoffensif, et aussi pour les libéralités, mais seulement lorsque les recherches à effectuer en dehors de l'acte ne risquent pas de faire échec à une règle d'ordre public et de susciter des scandales : système cohérent, bien ordonné et habile-

ment nuancé, respectueux des mobiles des parties à la fois et du for intérieur des intéressés dans lequel le juge s'interdit de pénétrer du moment que s'y opposent les exigences de l'ordre public ou de la morale sociale.

169. — *Résumé sur la cause.* — Nous avons pu constater qu'il existe en réalité deux conceptions de la cause, l'une étroite, l'autre élargie.

Dans la première acception, la cause correspond aux mobiles immédiats et directs qui sont à la base de chaque obligation ; elle est, en ce sens, le ressort de l'obligation, non du contrat ; de plus, elle fait partie intégrante de celui-ci, elle en représente le tissu, elle en constitue l'un des organes essentiels, elle est intrinsèque ; c'est pourquoi elle a une valeur constante et un caractère impersonnel.

Dans la deuxième acception, à laquelle s'est ralliée notre jurisprudence, la cause s'identifie avec les mobiles extrinsèques à l'acte dont elle ne représente plus l'un des éléments constitutifs, avec lequel elle ne fait plus corps aussi est-elle individuelle et varie-t-elle à l'infini, non seulement suivant les catégories d'opérations, mais selon la personnalité des contractants et avec les espèces. Malgré ce caractère extérieur et changeant, elle est susceptible d'exercer, sous le nom de « cause impulsive et déterminante », une influence décisive sur la validité de l'opération, non seulement dans le domaine des actes à titre gratuit, mais aussi dans celui des actes à titre onéreux. Toutefois, en règle générale, notre jurisprudence ne retient que les mobiles qui correspondent à l'objectif même qui est poursuivi par les parties, les mobiles-buts, les mobiles concrets, ceux qui ont commandé à l'acte même dont il s'agit, et à l'exclusion de ceux qui ont simplement déterminé la partie à contracter, en principe et *in genere*, et qui, se référant au passé bien plutôt qu'à l'avenir, ont une valeur déterminante et causale plutôt que finaliste : ce sont

là de simples *motifs* qui n'influent pas sur les destinées de l'acte auquel ils se rattachent abstraitement et non de façon concrète (1).

Cependant, il en va autrement, et notre jurisprudence a une tendance à tenir compte des simples motifs, lorsque l'acte consiste dans une libéralité testamentaire ; la volonté du disposant, qui fonctionne alors sans contre-partie et de façon purement unilatérale, acquiert une importance exclusive ; elle est l'objet d'une analyse particulièrement approfondie et attentive ; on la prend en considération, même dans ses éléments les plus extérieurs à l'acte, même dans sa genèse première ; et, si les raisons qui avaient fait naître l'intention libérale dans l'esprit du disposant viennent à être reconnues fausses, la disposition elle-même pourra être attaquée, encore que ces raisons, eussent commandé, non pas à l'acte même tel qu'il est intervenu, et dans son identité individuelle, mais seulement à un acte de cette catégorie et de cette espèce.

Par ailleurs, notre jurisprudence établit une distinction entre les actes désintéressés (donation ou legs) et les actes à titre onéreux, en ce sens qu'elle fait état, pour ce qui est des premiers, même des mobiles unilatéraux, demeurés personnels au disposant, au lieu qu'elle ne retient, pour décider de la validité ou de la nullité d'un acte à titre onéreux, que les seuls mobiles communs aux parties, les mobiles *ex pacto*.

On voit combien cette théorie de la cause s'est élargie et s'est diversifiée au point de devenir la théorie des mobiles ; extrêmement nuancée, elle est de nature à donner

(1) Il nous semble que ce sont ces motifs-là auxquels M. DUGUIT applique le qualificatif de *mobiles impulsifs* et auxquels il refuse toute valeur juridique (*Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd. t. I, p. 317 et s.). Nous sommes d'ailleurs d'accord avec notre éminent collègue lorsqu'il écrit qu'« au lieu de parler de cause, mot qui prête à confusion puisqu'il désigne tout à la fois la cause efficiente ou productrice et la cause finale au but, on aurait dû parler de but... » (*Ibid.*, p. 385).

satisfaction et à la volonté des parties et aux exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs.

170. — Cependant, à côté d'elle, d'autres théories se sont développées, qui, bien que susceptibles d'y être ramenées, vivent d'une vie indépendante et doivent être étudiées isolément d'elle : ce sont les théories de la *fraude* et de la *simulation* au sujet desquelles nous devons maintenant nous expliquer, non pas simultanément, mais successivement, car ces deux notions sont assurément distinctes : d'une part, la simulation n'implique pas nécessairement une idée de fraude, et les donations déguisées en fournissent la preuve irrécusable ; de même qu'à l'inverse, la fraude peut se produire en dehors de toute simulation, comme si des Français se transportent à l'étranger en vue d'échapper à l'application de règles fondamentales de notre droit national ou comme si un débiteur procède à un acte qui détermine ou qui aggrave son insolvabilité. Il y a donc là deux situations différentes, deux catégories de mentalités et de procédés techniques que nous devons soumettre isolément à un examen attentif.

§ 2. — LA FRAUDE (1).

171. — La fraude appartient à la famille assez nombreuse de ces notions dont la réalité et l'importance sont reconnues par tous mais dont la signification et la portée sont demeurées dans la pénombre, sans d'ailleurs qu'on ait tenté beaucoup d'efforts pour l'en faire sortir ; il est entendu que la fraude est la négation même du droit, qu'elle fait échec à toutes les règles juridiques, même les

(1) V. RIPERT, *La règle morale*, nos 157 et s. ; BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude* ; H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*. Paris, 1927.

plus nécessaires « *fraus omnia corrumpit* » ; mais lorsqu'on veut fixer les traits de cette corruptrice contre les méfaits de laquelle s'élève la sagesse des nations, on se trouve dans l'embarras, et l'évidence fait place au doute. C'est qu'il s'agit ici d'une notion qui n'est point exclusivement ni spécifiquement juridique ; c'est que, comme l'observe M. Ripert, la maxime *fraus omnia corrumpit* traduit une règle morale qui vient, non pas assurer, mais entraver l'application des règles et des institutions juridiques (1) ; c'est au juriste qu'il appartient d'apporter, dans la terminologie, une précision dont la morale peut se passer, mais non pas le droit ; c'est à lui qu'il échoit de dégager les lignes figuratives, les traits distinctifs de cette entité dont chacun parle et que nul ne connaît : la fraude au point de vue juridique.

172. — Le plus sûr moyen de découvrir ce qu'est la fraude, c'est de déterminer ce qu'elle n'est pas : à l'aide d'éliminations successives, nous serons à même de pénétrer jusqu'à l'essence de ce concept fuyant et changeant.

Et d'abord, il est manifeste que la fraude ne se confond point avec l'intention de nuire, avec la malignité, la malveillance ; dans la majorité des cas, l'auteur de l'acte frauduleux ne se propose nullement de causer un préjudice à autrui (2) ; son objectif essentiel, souvent unique, est la sauvegarde de ses intérêts personnels ; il veut réaliser un bénéfice illicite, échapper à l'acquittement d'une obligation qui lui incombe normalement, par exemple en trompant l'administration, en déjouant la vigilance du fisc : les fraudes fiscales ou douanières sont exemptes de malveillance ; elles sont à base d'égoïsme, de cupidité, non de méchanceté. Par là, la fraude se différencie nettement de la

(1) RIPERT, *op. cit.*, n° 168.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 13^e éd. t. II, n° 210.

notion du dol ainsi que de celle du délit civil au fond desquelles se retrouve invariablement la volonté de nuire à autrui.

173. — Une autre nuance, moins accusée mais encore sensible, permet de distinguer la fraude du dol : elle ne semble pas impliquer cet appareil compliqué qui fait à celui-ci un cortège traditionnel ; pas n'est besoin de la « machination » dont parlait Labéon, ni de l' « artifice » que supposait Pothier, ni des « manœuvres » visées par notre code civil (1) ; l'acte frauduleux peut se présenter sous l'aspect le plus simple c'est une donation qui détermine ou qui aggrave l'insolvabilité du disposant, c'est la vente d'un immeuble par une congrégation en prévision d'une mesure imminente de liquidation ; de tels actes ne supposent aucun luxe de mise en scène, aucun raffinement de duplicité ; ce sont, d'abord et avant tout, des actes de sauvegarde, de préservation (2), à base d'égoïsme sacré.

174. — Du moins, la fraude implique-t-elle, par définition même, chez celui qui la commet, une conscience suffisante de la situation, de la mauvaise action commise ; on n'imagine pas qu'elle puisse être inconsciente pas de fraude paulienne sans la connaissance du préjudice causé aux créanciers, pas de fraude électorale ou fiscale ou alimentaire, sans la conscience de la supercherie commise : si la fraude n'implique pas, chez son auteur, l'intention de nuire, elle suppose, du moins, de sa part, la *mauvaise foi*.

175. — Mais ce n'est pas à dire que tout acte accompli de mauvaise foi soit, par cela même, frauduleux : le débiteur d'une somme d'argent qui oppose à son créancier la force d'inertie, qui méconnaît sciemment et volontaire-

(1) C. civ., art. 1116.

(2) Sic BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, *loc. cit.*

ment ses obligations, est bien de mauvaise foi au sens de l'article 1153, § 4 du code civil et pourra donc être condamné, de ce chef, à des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance, mais nul ne dira qu'il commet une fraude en opposant à son créancier une mauvaise volonté cependant certaine; et même le vendeur qui se rend coupable d'une tromperie sur la marchandise, même celui qui livre sciemment la chose d'autrui, même ceux-là ne commettent pas une fraude au sens juridique du mot leur conduite est contraire à la bonne foi, elle est dolosive; elle n'est pas frauduleuse, au sens précis et technique du mot.

La mauvaise foi est donc le genre; la fraude n'est qu'une des espèces qui y ressortissent, et, si nous essayons maintenant d'en dégager le caractère ethnique, si, après les conclusions négatives que nous avons posées, nous tentons de dégager une solution d'ordre positif, nous constatons que l'acte frauduleux est celui qui tend à paralyser le jeu d'une disposition légale ou d'une règle d'ordre public.

176. — *L'élément constitutif et caractéristique de la fraude* : la volonté d'évincer la loi. — C'est en effet dans un élément d'ordre psychologique, dans une spécialisation et une adaptation de la mauvaise foi, qu'il faut chercher le critère de la fraude; le mobile auquel a obéi l'agent est, en pareille matière, décisif : l'acte frauduleux est celui qui tend, dans la pensée de son auteur, à évincer la loi, à soustraire à son application un fait, un contrat ou une situation qui devraient absolument y être soumis; si bien que la fraude n'est autre chose, en fin de compte, que la *fraude à la loi*, en prenant ce dernier mot dans son sens le plus compréhensif, en lui faisant désigner la règle de droit, écrite ou non écrite.

Il suffit de donner quelques exemples pour établir l'exactitude de cette position l'auteur de l'acte fraudu-

leux s'est employé tantôt à écarter la loi nationale au profit d'une loi étrangère dont les dispositions lui sont plus secourables, tantôt à prévenir l'application imminente d'une réglementation dont il redoute les effets et dont il veut conjurer les coups, tantôt enfin à fausser l'esprit d'une institution, d'une règle de droit, pour placer sous leur sauvegarde des actes qui y répugnent invinciblement : dans le premier cas, c'est la loi nationale que l'on se propose d'évincer au profit de la loi étrangère ; dans le deuxième, c'est la *lex ferenda* à qui l'on veut enlever son aliment naturel, que l'on veut en quelque sorte appauvrir au profit de la réglementation actuelle dont la disparition est prochaine ; dans le troisième enfin, c'est entre l'esprit et la lettre de la loi que le conflit s'élève ; on veut faire servir une institution à une fin incompatible avec son esprit ou avec un principe qui lui est supérieur et auquel elle est elle-même subordonnée.

177. — 1^o *Eviction de la loi nationale au bénéfice d'une loi étrangère.* — Le droit international privé nous fournit des exemples fameux de cette sorte de fraude que l'on qualifie plus spécialement de fraude à la loi et que nous avons étudiée dans un autre ouvrage (1) c'est une naturalisation à laquelle il est procédé en vue d'échapper à des charges militaires ou d'obtenir un divorce plus facile ; c'est un acte que l'on passe en pays étranger afin de pouvoir éluder les règles de forme prescrites par la loi française en se réclamant de la règle *locus regit actum*, stratagème auquel on a eu parfois recours en matière de mariage ou pour la constitution d'une société. Une jurisprudence bien établie proclame la nullité des actes intervenus dans de telles conditions ; elle les destitue de leurs effets juridiques en les considérant comme *abusifs* ; et l'abus com-

(1) L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, n^{os} 199 et s.

mis. consiste en ceci que les parties ont détourné de leur but légitime des institutions régulières dont elles se sont servi pour paralyser le jeu d'autres institutions également ou davantage respectables, pour évincer la loi française au bénéfice de la loi étrangère, objectif contraire à l'ordre public et assurément frauduleux.

178. — 2^o *Eviction de la lex ferenda au profit de la loi actuelle.* — Il arrive qu'en prévision d'une loi ou d'une décision de justice imminentes, des mesures soient prises par les intéressés pour échapper à l'emprise du régime nouveau et pour tirer comme la quintessence de l'ordre juridique encore en vigueur. Cette combinaison peut revêtir dans certains cas un caractère frauduleux ; les actes qui s'y rattachent seront susceptibles d'être annulés, comme intervenus en fraude de la loi, non pas de la loi actuellement en vigueur, mais, ce qui est remarquable, de la loi encore en gestation, de la loi simplement conçue et à laquelle on fait comme une application inattendue de l'adage fameux « *infans conceptus pro nato habetur* », application qui ne cadre pas précisément avec le grand principe de la non-rétroactivité des lois ou qui, du moins, réalise un aménagement tout particulier de ce principe : l'acte incriminé est considéré comme ayant été conclu à tort par anticipation et on le traite comme s'il était intervenu en temps normal, postérieurement à la promulgation de la loi nouvelle ou au prononcé du jugement, initiateur d'un ordre juridique nouveau : la règle de la non-rétroactivité des lois et des jugements non déclaratifs de droits existants fléchit elle-même devant ce principe d'ordre supérieur que les actes frauduleux ne sauraient produire d'effets juridiques : *fraus omnia corrumpit*.

C'est ainsi que doit être considérée comme nulle la vente faite par une congrégation religieuse en prévision d'une liquidation prochaine qui doit avoir pour effet de mettre

sous la main de justice les biens ressortissant à ce groupement. En essayant de se mettre à l'abri des conséquences de la législation nouvelle, en s'efforçant de la gagner de vitesse, les dirigeants de la congrégation ont poursuivi un but frauduleux ; ils ont obéi à des mobiles répréhensibles, contraires à l'ordre public, et qui entachent l'acte intervenu sous leur inspiration (1).

Le raisonnement est le même pour les modifications apportées à la situation individuelle d'une personne, notamment en ce qui concerne sa capacité, par exemple à raison de la nomination d'un conseil judiciaire. Le jugement qui intervient à cette occasion ne produit d'effets, en principe, qu'à sa date : il est de doctrine et de jurisprudence constantes que l'article 503 du code civil qui permet d'atteindre les actes passés par l'aliéné antérieurement à son interdiction n'est pas applicable à la dation d'un conseil judiciaire, laquelle est dénuée de toute rétroactivité et n'est point précédée d'une période suspecte (2). Mais cette solution, si on l'appliquait indistinctement et sans égards pour les mobiles qui ont présidé aux actes accomplis par le prodigue pendant la période préparatoire au jugement, autoriserait toutes les fraudes. L'intéressé, menacé d'une diminution de sa capacité, se hâterait de procéder à des actes, par exemple à des emprunts, qui lui permettraient de neutraliser pour longtemps la dation du conseil et de continuer, sous le régime de protection établi dans son intérêt comme dans celui de sa famille, une vie de dissipation et de prodigalités. Aussi une jurisprudence constante décide-t-elle que les actes accomplis dans ces conditions et en vue de destituer de ses effets la mesure imminente sont à considérer comme frauduleux et comme nuls, du moins si le cocontractant était au

(1) Req. 26 mars 1902.

(2) V. CAPITANT, note D. 1904.1.129 ; PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *Les personnes*, n° 745.

courant de la situation et s'est donc fait le complice du subterfuge (1) ce qui est décisif en ce sens, c'est le but poursuivi par les parties, c'est la volonté de faire échec à la loi, c'est le mobile auquel les contractants ont obéi. Ainsi se trouve rétabli, par un détour, cette sorte de période suspecte que le législateur s'était gardé d'établir en cette matière et dont l'intérêt supérieur de la légalité ne pouvait se passer complètement : la volonté de tourner par anticipation la chose jugée, de lui faire échec, ne saurait constituer, pour les parties, un mobile légitime ; elle est contraire à l'ordre social et les actes qui en sont issus ne sont point viables (2).

179. — Les solutions que nous venons de rappeler sont de nature jurisprudentielle : ce sont nos juridictions qui ont fait la part de la fraude sans qu'un texte de loi leur en eût fait l'obligation formelle dans les cas sur lesquels elles avaient à statuer. Mais il serait facile de trouver dans le code civil des dispositions répondant à la même préoccupation et édictant des sanctions sévères qui vont jusqu'à la nullité de l'acte accompli en vue de l'avènement prochain d'un nouvel ordre juridique : c'est ainsi que l'article 243 frappe de nullité les actes que le mari, commun en biens, aurait accomplis au cours de la procédure du divorce et tendant frauduleusement à alourdir le

(1) Cette condition est exigée par la plupart des décisions ci-dessus pour le cas où la complicité du cocontractant n'est point démontrée et où il importe cependant de protéger le prodigue contre les actes auxquels il a procédé en vue d'évincer la dation du conseil judiciaire, voy. l'arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juillet 1903.

(2) V. Req. 25 juin 1888 (D. P. 1889.1.59) ; 5 nov. 1889 (D. P. 1890.1.379) ; 21 avril 1898 (D. P. 1898.1.413) ; 15 juill. 1903, motifs (D. P. 1904.1.129, note CAPITANT. S. 1904.1.446) ; 11 déc. 1911 (D. P. 1913.1.430) ; 10 nov. 1919 (S. 1920.1.243) ; 25 oct. 1920 (D. P. 1921.1.31) ; et, pour la doctrine, Demolombe, t. VIII, n° 772 ; BAUDRY-LACANTINERIE et GUYOT, 14^e éd., t. I, n° 1255 ; PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *Les personnes*, n° 745 ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 611 ; DESBOIS, *op. cit.*, n° 32. — *Contra* : AUBRY et RAU, 5^e éd., t. I, § 140, note 28.

passif de la communauté ou à en réduire l'actif (1). On pourrait songer à objecter que ce texte se borne à faire application de l'action paulienne dont il rappelle l'existence à l'occasion des actes intervenus au cours de l'instance en divorce et qu'il ne contient donc rien de particulier. Mais cette interprétation ne serait point tout à fait exacte comme on l'a judicieusement observé, ce n'est pas toujours que les conditions de l'action paulienne se trouveront réunies pour l'application de l'article 243 qui ne suppose ni l'insolvabilité du mari, ni l'existence d'une créance au profit de la femme et contre lui (2) ; en réalité, ce texte n'est point sous la dépendance pure et simple de l'article 1167 : il faut y voir l'affirmation de cette idée qu'il n'est point permis de conjurer, par des actes accomplis précipitamment et pour les besoins de la cause, les effets d'une mesure instauratrice d'un ordre juridique nouveau (3).

C'est à la même directive que se rattache la disposition de l'article 1404, § 2, qui fait entrer dans la communauté, par dérogation à la règle écrite dans le premier alinéa du même texte, l'immeuble acquis par l'un des époux au cours de la période qui s'est écoulée entre le contrat de mariage et le mariage, disposition qui tend à prévenir cette fraude spéciale consistant, de la part de l'un des intéressés, à transformer précipitamment les éléments de

(1) Le texte ne vise que les obligations contractées par le mari à la charge de la communauté et les aliénations d'immeubles communs par lui consenties ; mais il est admis que cette énonciation n'est pas limitative et que l'aliénation de meubles est susceptible d'être annulée au même titre que celle qui porte sur des immeubles. V. PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *La famille*, n° 619. — Il est à observer également que l'art. 243 vise uniquement les actes passés par le mari postérieurement à la date de l'ordonnance prévue par l'art. 235 : néanmoins, la Cour de cassation utilise ce texte pour atteindre des aliénations intervenues antérieurement à la date prévue. *Sic* Civ. 23 janv. 1928 (D. H. 1928, 115).

(2) PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *loc. cit.*

(3) PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *eod. loc.*

son patrimoine de manière à fausser le jeu du contrat de mariage dont la mise en vigueur est différée, comme on sait, jusqu'à la célébration du mariage (1). Il est tellement vrai que l'article 1404, § 2, s'explique par la possibilité d'un tel stratagème que sa disposition cesserait de s'appliquer dans le cas où l'acquisition s'appuierait sur des motifs légitimes, soit qu'elle intervînt « en exécution de quelque clause du mariage », soit qu'elle fût réalisée à titre gratuit ou par voie d'échange avec un autre immeuble qui était lui-même destiné à constituer un propre. Alors, le soupçon de fraude s'évanouit et l'on retombe dans le droit commun, tel qu'il est formulé dans le premier alinéa du texte (2). Mais, hors de ces circonstances justificatives, l'immeuble acquis au cours de cette période intermédiaire entre en communauté, parce que la loi ne veut pas que les époux puissent se garer du régime dont l'entrée en vigueur est imminente. Il y a seulement ceci de particulier que la sanction de la fraude consiste, non pas dans la nullité de l'acte incriminé, mais dans la transposition de ses effets normaux de manière à redresser l'équilibre matrimonial que l'un des futurs conjoints avait tenté de rompre par une manœuvre de la dernière heure.

180. — 3^o *Eviction de la loi par la loi même et à l'aide de son propre texte.* — L'auteur de la fraude utilise ici, pour destituer la loi compétente de ses effets normaux, non plus une loi étrangère, non plus la loi finissante dont il s'efforcerait de prolonger abusivement le règne, mais la loi actuelle dont il prétend faire sortir ce qu'elle ne contient pas, dont il veut faire un usage illicite, à la fois contraire à son esprit et à l'ordre public ou aux bonnes

(1) V. POTHIER, *Traité de la communauté*, n^o 281 ; COLIN et CAPITANT, t. III, p. 74 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, *Les régimes matrimoniaux*, t. I, n^o 251, — *Infra*, n^{os} 332 et s.

(2) PLANIOL, RIPERT et NAST, *op. cit.*, t. I, n^o 252. — *Infra*, n^o 334.

mœurs, dont il abuse frauduleusement : c'est armé du texte même de la loi qu'il entre en lutte avec elle et qu'il tente de la défigurer.

181. — C'est, par exemple, un mari qui, se prévalant des larges pouvoirs que la tradition et notre code civil lui confèrent sur les biens de la communauté conjugale, se livre systématiquement à des opérations préjudiciables aux intérêts de sa femme, soit qu'il procède par voie d'aliénations à fonds perdu, soit qu'il consente des ventes à vil prix ou qu'il laisse dépérir les immeubles communs, faute d'entretien. Strictement, de tels actes n'excèdent point ses pouvoirs, puisqu'ils se présentent sous la forme du titre onéreux et puisque l'article 1421 lui donne, ou semble lui donner, carte blanche en pareille matière *potest perdere, dissipare, abuti*. Cependant, jurisprudence et doctrine, s'appuyant sur les principes généraux de notre droit et sur une constante tradition (1), considèrent que les prérogatives du chef de la communauté trouvent leur limite nécessaire dans la fraude ; les actes que nous venons de viser sont nuls comme intervenus en fraude des droits de la femme dont ils tendaient à sacrifier les légitimes intérêts (2). Et il convient de remarquer, comme nous l'avons fait au sujet de la disposition de l'article 243 du code civil (3), que cette nullité n'intervient pas tou-

(1) POTHIER, *Traité de la communauté*, nos 479 et s. ; l'auteur développe cette proposition reproduite de la coutume de Paris (nouvelle rédaction, art. 225) et qu'il considère comme un axiome, que le mari peut disposer des biens de la communauté, par donation ou autrement, « à personne capable et sans fraude ».

(2) V. pour la doctrine, PLANIOL, RIPERT et NAST, *op. cit.*, t. I, nos 545 et s. ; RIPERT, *op. cit.*, n° 164 ; VÉRON, *Des actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté ou fraude des droits de la femme*, thèse, Paris, 1924. Et, pour la jurisprudence civ. 11 nov. 1895 (D. P. 1896.1.44 ; S. 1896.1.281) ; Req. 24 mars 1903 (D. P. 1905.1.33 ; S. 1904.1.137) ; Civ. 8 juill. 1912 (D. P. 1913.1.409, note GUÉNÉE ; S. 1913.1.308).

(3) *Suprà*, n° 179.

jours par application de l'article 1167, car les conditions requises pour le succès de l'action paulienne ne sont pas alors invariablement réunies : on peut supposer, en effet, que la femme n'était point créancière de son mari ou encore que l'acte incriminé était d'ordre purement maternel ; en pareille occurrence, l'article 1167 ne trouve pas de prise et cependant on s'accorde à reconnaître à la femme, victime de la fraude, une action tendant à obtenir, sous une forme ou sous une autre, la réparation du préjudice qui lui a été causé. Comme l'écrit très justement M. Nast, cette solution est « fondée à la fois sur la tradition, sur la règle « *fraus omnia corrumpit* » et sur l'article 1382 : en agissant par fraude, le mari commet un *abus de droit*, ou plus exactement un *détournement de pouvoir*, et son acte est illicite » (1).

182. — Au reste, il faut observer que la fraude paulienne elle-même, sur laquelle nous nous expliquerons spécialement (2), ressortit à la catégorie que nous visons à cette place : le débiteur qui agit en vue de nuire à ses créanciers commet, lui aussi, une sorte de détournement de droits en trahissant les intérêts de ses ayants cause qui, en la circonstance, sont fondés à se considérer comme des tiers par rapport à l'acte incriminé ; il abuse de la faculté qui lui est reconnue par la loi d'administrer librement son patrimoine ; il détourne cette faculté de sa destination, avec cette circonstance aggravante qu'il agit dans une pensée de fraude, et qu'il entend faire échec au droit de gage général de ses créanciers ; et c'est pourquoi le législateur lui retire sa protection (3).

183. — Plus caractéristique encore est le traitement que notre jurisprudence inflige à ceux qui, commettant un *abus*

(1) NAST, *op. cit.*, n° 546.

(2) *Infrà*, n° 191.

(3) V. *Infrà*, n° 191.

de transcription, prétendent utiliser les principes relatifs à la publicité des aliénations immobilières et des actes constitutifs de droits réels immobiliers, pour évincer un ayant cause antérieur : le second acheteur qui se hâte de transcrire son titre afin de gagner de vitesse le premier acquéreur en date, se rend coupable d'une fraude s'il agit en connaissance de cause, s'il a traité avec le vendeur en vue de faire aboutir cette combinaison perfide ; sa pensée est de fausser le jeu de l'institution à l'abri de laquelle il prétend placer sa machination. C'est pourquoi, et encore qu'il soit arrivé le premier au but, il sera disqualifié, et la transcription effectuée dans cet esprit déloyal sera destituée de ses effets habituels, du moins si le vendeur, comme il arrive ordinairement en pareil cas, a trempé dans le complot la fraude ainsi concertée a un caractère dirimant qui est d'autant plus remarquable que la sanction intéresse, non pas un acte purement privé, mais une formalité sur laquelle le législateur a fait reposer la sécurité même des transactions immobilières (1).

184. — Des observations du même genre pourraient être présentées à l'occasion de l'article 1141 du code civil d'où il résulte que l'acquéreur d'un meuble perd le bénéfice de sa mise en possession s'il était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il connaissait l'existence d'une vente antérieure (2) et aussi au sujet des promesses unilatérales de vente d'immeubles : si l'immeuble est vendu, donné ou légué à un tiers, le bénéficiaire de la promesse est fondé à demander au tribunal l'annulation de l'acte accompli au mépris de la promesse qui lui avait été faite, du moins lorsque l'acquéreur était au courant de la situa-

(1) V. RIPERT, *op. cit.*, n° 166. ; L. JOSSEMAND, *De l'esprit des droits* nos 111 et 270 ; Civ. 7 déc. 1925 (D. P. 1926.1.185, note SAVATIER).

(2) RIPERT, *op. cit.*, n° 167.

tion et qu'un concert frauduleux a existé entre son auteur et lui-même (1).

185. — *Les frontières de la fraude.* — Nous avons ainsi vérifié l'exactitude de la proposition précédemment émise : la fraude se résume, en définitive, dans la fraude à la loi et elle consiste dans la volonté d'évincer celle-ci de son domaine d'application naturel, tantôt en réduisant ce domaine et tantôt en l'étendant outre mesure.

Est-ce à dire que toute tentative de ce genre doit fatalement être considérée comme frauduleuse, au sens étroit et technique du mot ? L'acte accompli en vue de ruser avec une loi d'ordre public se présente-t-il toujours et invariablement sous l'aspect d'un acte frauduleux ? Il y aurait grave exagération à le croire, et le domaine exact de la fraude comporte deux frontières qu'il importe de tracer maintenant : d'une part, la fraude ne concerne pas les rapports des contractants entre eux, mais elle est toujours dirigée contre un tiers, en prenant ce mot dans son sens le plus compréhensif ; de plus, elle suppose, chez celui qui la commet, non seulement une pleine conscience du but poursuivi, mais aussi un certain degré d'immoralité : l'acte frauduleux est, par définition même, un acte contraire à la « règle morale ».

186. — *Première limitation.* — La fraude ne saurait être commise qu'à l'encontre des tiers. — La preuve de l'exactitude de ce postulat peut être faite empiriquement, en se reportant aux différents cas de fraude que nous avons rencontrés chemin faisant ainsi qu'à tous ceux qui sont visés expressément par une disposition législative, dans le code civil notamment ; de façon constante, la ma-

(1) *Sic.* Req. 15 avril 1902 (D. P. 1903.1.38) ; Nancy, 3 avril 1906 (D. P. 1908.2.148). — Cpr : H. LALOU, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, D. H. Chron. 1928. p. 1.

chination qualifiée de fraude est dirigée contre des personnes qui ne participent pas effectivement à l'acte incriminé ; la victime est un tiers, au sens le plus compréhensif du mot, en englobant dans cette catégorie à contenu variable, les créanciers des parties, voire leurs héritiers. Il est bien vrai que ces personnes rentrent normalement dans la catégorie des ayants cause, et même des ayants cause à titre universel, les unes à raison de la généralité de leur droit de gage (1), les autres à cause de l'universalité ou de la quasi-universalité de leur vocation ; mais, du moment que leur auteur a commis une fraude à leur égard, elles sont fondées, comme nous l'avons déjà noté et comme il ressort de différentes dispositions légales, à se réclamer de la qualité de tiers, car on ne peut pas considérer qu'elles aient été représentées par celui-là même qui trahissait leurs intérêts. A quoi il faut ajouter que, dans bien des cas, et notamment en matière de droit international privé, le rôle de tiers ainsi entendu est joué par la puissance publique, gardienne de l'autorité et de la souveraineté de la loi ; plus précisément et dans le domaine des fraudes fiscales, il est dévolu au Trésor dont on s'est proposé de déjouer les calculs et de tromper la vigilance.

Quant aux artifices, aux machinations qui interviennent de partie à partie, dans les rapports entre les contractants, ils sont constitutifs, non point de la fraude, au sens technique du mot, mais, ce qui est différent, du dol. Les deux notions sont loin de coïncider ; distinctes dans leur essence et dans leur forme, puisque la fraude tend à l'éviction de la loi et se présente ordinairement sous la forme d'un complot ourdi contre des tiers au lieu que le

(1) Cependant, les créanciers peuvent se réclamer de la qualité de tiers, soit par rapport aux actes simulés que leur débiteur aurait accomplis et qui leur causeraient un préjudice (PLANIOL, et RIPERT t. II, n° 1195), soit à l'égard des donations entre vifs par lui consenties et dont ils ont qualité pour opposer le défaut de transcription (C. civ., art. 941). COLIN et CAPITANT, t. I, p. 97.

Le dol contractuel a un caractère privé et interne qui suppose en revanche un certain luxe de moyens et de mise en scène, elles sont soumises à des régimes juridiques différents : c'est ainsi que le dol, vice du consentement, est sanctionné par une nullité relative (1) et que l'action accordée à la victime se prescrit par dix années (2), tandis que la fraude, dont la gravité est supérieure, entraîne le plus souvent une nullité d'ordre public et que, dans les cas mêmes où elle ne détermine qu'une nullité de droit privé, comme celle qui, sous le nom inexact de révocation, atteint les actes dirigés par un débiteur contre ses créanciers, l'action se prescrit, non point par le délai de dix ans, établi par le code civil dans l'article 1304, mais seulement par celui de trente années, conformément au droit commun de l'article 2262 (3).

Cette première frontière que nous assignons à la fraude la sépare donc de façon très nette du domaine du dol, et il importe de se servir en pareille matière d'une terminologie rigoureusement exacte afin d'éviter une confusion que rien ne justifierait : le dol contractuel, vice du consentement, est tout autre chose que la fraude qui laisse au consentement son entière liberté.

187. — *Deuxième limitation.* la fraude implique l'immoralité de l'acte incriminé. — A ce point de vue, elle se rapproche du dol, dont nous venons de la distinguer par ailleurs ; elle appartient, en effet, comme lui, à la famille des actes juridiquement et moralement répréhensibles ; elle suppose, chez son auteur, une volonté coupable ; or,

(1) C. civ., art. 1117.

(2) C. civ., art. 1304.

(3) Civ. 9 janv. 1865 (D. P. 1865.1.19) ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 61 ; PLANIOL et RIPERT, t. II, nos 332 et s. — La prescription décennale de l'article 1304, par cela même qu'elle repose sur une idée de confirmation, ne peut être opposée qu'à celui qui pouvait confirmer l'acte nul, donc à la partie qui avait contracté, à l'exclusion des tiers.

cette volonté n'est point nécessairement postulée par le désir d'éliminer l'application d'une loi, et même d'une loi d'ordre public. Un tel désir, alors même que sa réalité serait établie, peut être parfaitement correct et licite, non seulement en lui-même, mais aussi dans son incidence et dans sa réalisation. Comme l'observe M. Ripert, qui a développé cette idée en des termes définitifs, nous demeurons libres de nous soustraire à l'application de règles, cependant impératives, en nous plaçant, de propos délibéré, dans une situation telle que ces règles ne nous atteignent pas (1). Notamment, nous ne commettons pas une fraude à la loi fiscale en transformant notre fortune, en aménageant notre patrimoine de façon à alléger autant que possible le poids des impôts, de même que n'accomplit pas un acte répréhensible le propriétaire qui vend séparément un terrain et les arbres dont il est complanté afin de payer distributivement le droit de mutation sur une vente d'immeuble et le droit qui frappe les ventes mobilières ; ni la société qui préfère distribuer ses réserves à ses actionnaires sous forme d'actions nouvelles plutôt que de payer, à leur occasion, les impôts sur le revenu (2) ; ni l'adoptant dont la décision s'explique par le désir de diminuer, au profit de l'adopté, le montant des droits d'enregistrement afférents à la dévolution successorale (3) ; ni même, à notre sentiment, le bailleur d'un domaine rural qui stipule que le fermage sera payable en nature : telle quantité de blé, tant d'hectolitres de vin (4). Tout cela revient à dire que, si les impôts sont établis de façon impérative, en vue de situations déterminées, il appartient du moins au contribuable de choisir les situations qu'il occupera par rapport au fisc, de telle sorte qu'en les

(1) RIPERT, *op. cit.*, n° 176.

(2) RIPERT, *ibid.*

(3) *Sic.*, trib. civil de l'Indre, 22 nov. 1927 (D. P. 1928.2.1, note LALOU, notamment p. 3, col. 2).

(4) V. *Infrà*, n° 189.

déterminant ou en les modifiant au gré de ses convenances et de ses intérêts, il ne commet aucune fraude, ni même aucune faute (1).

188. — En dehors du droit fiscal, et pour nous en tenir au domaine du droit civil, les exemples abondent qui illustrent la thèse que nous venons de fixer ; nombreux sont les actes qui, encore qu'ils tendent à évincer une disposition impérative de la loi, à ruser avec elle, sont cependant considérés comme corrects et comme valables. Ainsi en est-il des donations déguisées sous le masque d'un acte onéreux ; bien qu'elles fassent échec aux exigences de forme inscrites dans l'article 931 du code civil et encore que la volonté des parties d'évincer ce texte ne fasse aucun doute, elles sont reconnues pleinement valables par une des jurisprudences les mieux établies qui soient (2). Bien d'autres subterfuges sont employés en vue d'échapper à l'application de dispositions impératives c'est le biais du double legs conditionnel alternatif auquel le testateur a recours pour éluder la prohibition des substitutions (3) ; ce sont les différents procédés employés pour échapper à la défense de renoncer au droit de retour successoral (4) ; ou encore les moyens qui sont utilisés en vue de se soustraire à la nécessité du partage judiciaire lorsque l'un des héritiers est en état de minorité, d'absence ou de non-présence : on sait quel parti l'on tire, en pareil cas, de la promesse de porte-fort dont l'adaptation à cette

(1) V. CIV., 24 avril 1854 (D. P. 1854.1.157).

(2) V. PLANIOL et RIPERT, t. III, nos 2553 et 2554 ; comme l'écrit M. Planiol, l'observation de l'art. 931 est devenue purement facultative, « puisque, pour se dispenser d'aller chez le notaire, il suffit de dire qu'on vend quand on donne immédiatement, ou de dire qu'on doit quand on promet de donner plus tard. Un petit mensonge en deux ou trois lignes, et on esquivé la solennité exigée par la loi ».

(3) TISSIER, *Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées*, dans la *Rev. trim.*, 1903, p. 743.

(4) V. l'arrêt solennel Cass., 2 juill. 1903 (D. P. 1903.1.353 avec le rapport du conseiller et les conclusions de l'avocat général).

fin ne va d'ailleurs pas sans soulever une très grosse objection, puisqu'il en résulte, pour la personne dont on s'est engagé à rapporter la signature, une obligation, sinon juridique, du moins morale de faire honneur à l'engagement assumé par le porte-fort, en sorte que la situation n'est plus entière pour elle et que sa liberté de décision se trouve, en fait, singulièrement réduite : cependant, notre jurisprudence admet la régularité de cette combinaison, édictée dans le but de tourner une disposition impérative de la loi (1), tandis qu'elle se montre beaucoup plus sévère à l'égard d'autres procédés auxquels on a parfois voulu recourir dans la même éventualité et en considération du même objectif, par exemple celui de la transaction (2) ou celui qui consiste à vendre isolément les différents éléments de la succession pour répartir entre les ayants droits les sommes provenant de cette réalisation successive (3), procédés dangereux que nos tribunaux considèrent volontiers comme répréhensibles et comme frauduleux, parce qu'ils impliquent, l'un la dénaturation d'une opération, la transaction, qui suppose l'existence, entre les parties, d'une difficulté née ou à naître, l'autre la suppression, l'escamotage du partage en nature par un moyen oblique qui en constitue la négation.

189. — On voit, par ces exemples, combien délicate et subtile est cette notion de la fraude à l'occasion de laquelle la morale s'apparente au droit ce n'est pas nécessairement commettre une fraude et s'inspirer d'un mobile illicite que de s'efforcer de conjurer l'application d'une loi, fût-elle d'ordre public ; encore faut-il, pour cela, qu'on se rende coupable, en ce faisant, d'un manquement à la

(1) COLIN et CAPITANT, t. III, p. 519 et 520.

(2) La transaction n'est valable que si elle trouve un aliment dans l'existence d'une contestation, née ou à naître, entre les cohéritiers. COLIN et CAPITANT, t. III, p. 520.

(3) PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 2352.

morale juridique, soit par le but que l'on poursuit, soit par les procédés techniques auxquels on a recours : la fraude est située au confluent de la morale et du droit.

Aucune querelle, mieux que celle dont la clause « payable en or » et ses succédanés ont été l'occasion, ne saurait mettre en relief l'exactitude de cette position et la réalité de cette interpénétration de la morale et du droit(1). On connaît les diverses et ingénieuses combinaisons auxquelles les parties contractantes ont eu recours pour échapper au régime du « cours forcé », tel qu'il a été établi par la loi du 5 août 1914, avec la nécessité qu'il impose aux créanciers de recevoir les billets de la Banque de France pour leur valeur nominale sans avoir la facilité d'en demander à la dite Banque le remboursement en espèces c'est la clause « franc-or » proprement dite, qui prétend à faire jouer à l'or le rôle de monnaie de paiement ; c'est la clause « valeur-or » qui se borne à assigner aux pièces d'or la fonction de monnaie de compte ; ou encore les diverses clauses de paiement en monnaies étrangères, en dollars notamment ; et ce sont encore les « clauses-indices » qui, s'en référant à la valeur de certaines denrées, prétendent établir une « échelle mobile » ; et ce sont enfin les clauses qui envisagent directement un paiement en nature, par exemple dans le contrat de bail à ferme, le preneur s'engageant à livrer, à titre de fermage, une certaine quantité de la récolte, tant de sacs de blé ou tant d'hectolitres de vin ; tous arrangements qui tendent ou qui sem-

(1) V. notamment F. GÉNY, *La validité juridique de la clause payable en or* dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé, dans la *Rev. trim. de dr. civ.*, 1926, p. 557 ; *Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie*, dans la *Rev. trim. de dr. civ.*, 1928, p. 5. CAPITANT, *chron. D. H.* 1926, p. 1 et p. 17 ; *Les succédanés de la clause « payable en or »* et note D. P. 1928.1.25 ; VOIRIN, *Le sort du contrat contenant une clause « payable en or » ou « valeur-or »*, *Revue critique*, 1926. On trouvera une bibliographie complète dans le premier article précité de M. GÉNY, p. 558, note 2.

blent tendre à ruiner cette loi de l'équivalence entre le franc-or et le franc-papier qui réside au fond de cet expédient que constitue le cours forcé.

Lorsqu'il s'est agi d'apprécier la valeur de semblables clauses, notre jurisprudence s'est montrée, dans l'ensemble, excessivement sévère : tribunaux et cours d'appel ont proclamé la nullité de la stipulation « payable en or » et aussi de la plupart des combinaisons similaires, du moins lorsque la convention avait été conclue entre Français et que, pure de tout élément d'ordre international, elle revêtait un caractère strictement intérieur (1). L'argument capital que l'on produit en faveur de cette solution rigoureuse est tiré du caractère d'ordre public qui s'attache aux lois ayant institué le cours forcé du billet de banque et ayant proclamé du même coup l'équivalence, envers et contre tous, du franc-or et du franc-papier (2).

Il n'est pas du tout certain que l'argument soit topique, et il est des auteurs éminents qui n'en acceptent point l'autorité (3). Mais, à supposer même qu'il fût décisif, il ne pourrait l'être qu'à l'encontre des clauses les plus caractéristiques, celles qui font directement et sûrement échec au principe du cours forcé ainsi qu'au postulat de l'équivalence entre la monnaie métallique et le billet de banque, à savoir les clauses « franc-or » et les clauses « valeur-or » ; mais il ne prouverait rien contre la validité des « clauses-indices » et bien moins encore contre les stipulations qui

(1) V. civ. 11 fév. 1873 (D. P. 1873.1.177, note BOISTEL ; S. 1873.1.97, note LABBÉ) ; 17 mai 1927 (D. P. 1928.1.25, note CAPITANT. S. 1927.1.289, note P. ESMEIN) ; Trib. civ. Seine, 17 mars 1919 (D. P. 1924.2.17) ; Paris, 22 fév. 1924 (*ibid.*) ; Trib. civ. Melun, 5 juin 1924 (D. P. 1924.2.97) ; Paris, 16 avril 1926 (D. P. 1926.2.105, note SAVATIER) ; Trib. civ. Seine, 9 fév. 1926 (D. P. 1926.2.69, note LALOU) ; Pau, 20 juill. 1926 (D. P. 1926.2.153, note SAVATIER) ; Agen, 31 janv. 1927 (S. 1927.2.54) ; Trib. civ. Seine, 14 mai 1927 (D. H. 1927, 409).

(2) V. les décisions précitées.

(3) V. notamment les articles précités de M. GÉNY, et la note de M. CAPITANT. Cpr la note de M. SAVATIER (D. P. 1928.2.49).

prévoient un paiement en nature, puisque la valeur alors envisagée — par exemple celle du blé, du vin ou des matériaux de construction — n'est point uniquement tributaire de l'état du change, mais qu'elle dépend de quantité de facteurs très différents, tels l'abondance de la récolte, l'intensité de la production, le prix de la main-d'œuvre ou les besoins de la consommation. Le propriétaire rural, lorsqu'il stipule de son fermier que le prix sera payable en quintaux de blé ou en hectolitres de vin ou en bétail, ne met nullement en cause le principe du cours forcé, mais il se place, ce qui est fort différent, dans une situation telle que ce principe n'intervienne pas et ne soit même pas en question, la monnaie se trouvant expulsée, sous sa forme fiduciaire comme sous sa forme métallique, du rapport juridique ainsi établi ; les parties ne nient aucunement l'équipollence du franc-papier et du franc-or ; elles évitent de se référer à celui-là comme à celui-ci ; en agissant ainsi, elles ne méconnaissent pas davantage le postulat du cours forcé qu'elles ne feraient échec aux règles du système métrique par cela seul qu'au lieu de s'exprimer en kilogrammes ou en mètres elles envisageraient la distance de tel à tel point ou la contenance de tel local ou les besoins de telle exploitation, et aucune objection ne saurait donc être élevée, du point de vue des textes, contre la validité de pareilles clauses que l'on a qualifiées de « succédanés de la clause payable en or (1) » et qui sont, en réalité, tout autre chose que ladite clause.

Pour les atteindre, il faudrait faire intervenir la notion de la fraude, établir que les parties ont eu la préoccupation d'éluder, par une voie oblique, les dogmes du cours forcé et de l'équivalence du franc-papier au franc-or ; et il semble bien que notre jurisprudence, surtout dans ces dernières années, ait une tendance à considérer la diffi-

(1) M. CAPITANT, chroniques précitées.

culté sous cet angle (1). Mais cette transposition du problème, déjà bien malaisée en ce qui concerne les clauses indiciales constituant une échelle mobile, ne peut rien donner pour les stipulations de paiement en nature ; les parties se sont placées en dehors du « plan de la monnaie (2) » ; ce qu'elles ont éludé, ce n'est pas, à vrai dire, le principe de l'équivalence du papier et de l'or, c'est la notion même de la monnaie ; elles ont ainsi adopté une position qui devrait être considérée comme inexpugnable elles se sont placées dans une situation telle que les rigueurs de la législation établissant le cours forcé ne sauraient les atteindre, puisque ce cours forcé n'existe point pour le blé, pour le vin ou pour le bétail, c'est-à-dire pour les marchandises qui ont pénétré dans le contrat à titre de contre-prestation de la jouissance du domaine affermé. Sans doute, elles sont ainsi parvenues à se mettre à l'abri des vicissitudes du change ; mais elles n'y sont arrivées que par un moyen héroïque et loyal, en modifiant la nature des prestations imposées à l'une d'elles ; si elles obtiennent la sécurité, c'est qu'elles y ont mis le prix elles n'ont point, en définitive, évincé la loi de son domaine normal, mais elles ont opté pour une autre loi, pour un autre statut, plus conforme que l'autre, à leurs légitimes intérêts ; elles n'ont point commis de fraude, au sens juridique du mot ; l'acte qu'elles ont ainsi aménagé n'est point immoral : il doit être tenu pour irréprochable et pour pleinement valable.

(1) V. ce que dit à ce sujet M. VOIRIN, article précité, n° 8 — *Adde* Trib. com. Issoudun, 11 mars 1927 (D. P. 1927.2.153, note SAVATIER) ; Rennes, 4 mai 1927 ; trib. com. du Havre, 23 mai 1927 (D. P. 1927.2.156). M. CAPITANT (note précitée) estime que la théorie de la fraude à la loi ne doit pas intervenir dans le problème, parce que, écrit-il, « le juge n'a pas, en matière de convention, à scruter la conscience des individus ». L'argument prouve trop, car il conduirait à écarter la règle traditionnelle « *fraus omnia corrumpit* » et à laisser, dans le silence des textes, libre carrière à la fraude dans le champ des contrats.

(2) H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi*, n° 41.

190. — *La théorie de la fraude ramenée à d'autres concepts plus compréhensifs.* — En manière de conclusion et en jetant un coup d'œil sur le terrain parcouru, nous devons noter que la théorie de la fraude, telle que nous venons de l'esquisser, se trouve sous la dépendance de deux autres concepts plus compréhensifs, celui de l'abus des droits et celui de la cause.

Que la fraude à la loi soit dans un étroit rapport de parenté avec la théorie de l'abus des droits, c'est ce qui ressort des différents cas sur lesquels nous nous sommes expliqué : en définitive, elle constitue le type accompli du mobile illicite, révélateur d'un détournement commis par le titulaire de la prérogative utilisée ; l'observation est exacte dans le domaine du droit international privé comme dans celui du droit interne : celui qui prétend changer de nationalité en vue d'obtenir un divorce plus facile ou qui se rend en pays étranger dans le but d'échapper aux règles de forme exigées, pour la passation d'un acte déterminé, par la loi française, emploie à des fins illicites une institution ou un principe dont il fait un usage abusif, au même titre que le prodigue qui, menacé de la dation d'un conseil judiciaire, s'active à accomplir des actes que cette mesure imminente tend précisément à lui rendre impossibles sans l'assistance de son conseil : dans un cas comme dans l'autre, l'acte procède d'un motif illégitime, constitutif d'un abus manifeste (1).

D'autre part, et comme nous l'avons déjà noté, toute cette théorie de la fraude vient s'encaster dans le concept de la cause, du moins si on prend ce concept dans la large acception jurisprudentielle, en y faisant rentrer même les mobiles décisifs extérieurs à l'acte, même les mobiles individuels, et c'est bien ainsi que nous l'entendons en bonne logique, l'étude de la fraude ne devrait représenter

(1) V. L. JOSSEMAND, *De l'esprit des droits*, nos 268 et s. ; 274.

qu'un chapitre de celle de la cause et nous ne l'avons envisagée isolément que pour nous conformer à la tradition qui lui a reconnu une individualité propre et une figuration particulière.

191. — *La fraude paulienne.* — Ce genre de fraude présente assurément des caractéristiques qui lui sont spéciales : il constitue comme un flot dans la vaste construction juridique dont nous venons de dégager les lignes principales ; et l'on peut se demander si son originalité ne va pas jusqu'à s'en détacher complètement : on ne retrouve plus, semblé-t-il, dans l'acte révoqué en vertu de l'article 1167 du code civil, à son origine et dans sa finalité, cette volonté, ce parti-pris de tricherie qui constitue la pierre de touche de l'acte frauduleux ; il suffit, en effet, que le débiteur ait eu la conscience de déterminer ou d'aggraver son insolvabilité, pour que l'acte par lui accompli tombe sous le coup de l'action paulienne ; ainsi le décide du moins une jurisprudence séculaire qui n'exige pas, de la part du demandeur, la preuve, chez le débiteur, de l'intention de lui nuire, en sorte que le mobile même serait ici indifférent, ce qui ne saurait cadrer ni avec le concept de la fraude, ni avec celui de l'abus ni même avec la notion de cause.

Nous nous sommes expliqué précédemment, et à propos de la théorie de l'abus des droits, sur cette objection qui ne nous semble point justifiée (1). En réalité, et si l'on pénètre jusqu'au fond même du droit, on est amené à reconnaître que, d'après une tradition qui remonte jusqu'à l'édit du préteur, la fraude paulienne implique le *consilium fraudis*, donc l'intention de nuire aux créanciers ; seulement, il est arrivé que, dans la pratique, et afin d'alléger le fardeau de la preuve qui incombe au demandeur, on a

(1) L. JOSSEBRAND, *op. cit.*, nos 105 et 106.

considéré que cette intention ressortait suffisamment de la conscience qu'avait le débiteur du préjudice que son acte allait causer à ses créanciers ; on a ainsi établi une présomption éminemment secourable à ceux-ci, mais qui n'est qu'une présomption de l'homme, car on ne la trouve nulle part écrite dans la loi. Le juge serait donc parfaitement fondé à ne se point contenter de la preuve approximative courante et à exiger exceptionnellement du demandeur la démonstration directe de l'intention frauduleuse.

Ce serait là, en définitive, faire œuvre logique et cohérente, puisque, lorsqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux, la révocation ne saurait être prononcée et atteindre la tiers, par exemple l'acheteur ou le titulaire d'une hypothèque, qu'autant que celui-ci s'est fait le complice de la fraude commise par le débiteur, ce qui exclut le cas où ce tiers avait un intérêt légitime à conclure l'acte incriminé (1). C'est seulement en l'absence d'un intérêt de ce genre que la révocation sera prononcée, ce qui revient à dire qu'on ne se contente point, chez le tiers, de la connaissance qu'il pouvait avoir du préjudice que l'acte allait causer aux créanciers de son auteur, mais qu'on exige chez lui la complicité dans l'intention de nuire qui acquiert ainsi la valeur d'un critère central, commun au débiteur et à son ayant cause on n'imagine pas, en effet, que cette intention soit requise chez le complice sans l'être chez l'auteur principal du délit ; la seule nuance, d'ordre secondaire et technique, consiste en ceci que le tribunal se montre plus ou moins sévère dans l'administration de la preuve, selon qu'elle intervient à l'égard du tiers ou vis-à-vis du *fraudator* lui-même, la présomption tirée de la conscience du préjudice causé ne jouant qu'à l'encontre de

(1) Jurisprudence constante. V. pour les actes constitutifs et hypothèques : Req. 22 août 1882 (D. P. 1883.1.296) ; Grenoble, 20 juin 1900 (D. P. 1902.2.277).

ce dernier. Mais, quant au fond du droit, le traitement est unique ; l'intention de nuire demeure à la base de la fraude paulienne qui ressortit donc à la fraude tout court dont elle n'est qu'une spécialisation séculaire, avec cette particularité et sous le bénéfice de cette remarque que l'éviction de la loi ne se manifeste pas, en ce qui la concerne, avec la même évidence que partout ailleurs, ce qui peut expliquer que la nullité encourue soit une nullité d'ordre privé et relatif, voire une nullité minimisée qui laisse subsister l'acte incriminé dans la mesure où il ne préjudicie pas aux créanciers.

§ 3. — LA SIMULATION (1).

192. — La simulation consiste, de la part de l'auteur ou des auteurs d'un acte juridique, à donner le change au public sur la réalité, la nature, les participants, le bénéficiaire ou les modalités de l'opération intervenue (2) : « *aliud simulatur, aliud agitur* » (3). Tantôt le mensonge porte sur l'existence même de l'acte, qui est alors purement fictif ; tantôt il concerne sa nature, comme si les parties déguisent une donation sous la forme d'une vente ; d'autres fois, il a rapport aux participants ou aux bénéficiaires véritables dont l'identité est masquée par le jeu d'une interposition de personnes ; ou bien, enfin, le déguisement ne concerne que les clauses et conditions de l'opération,

(1) V. PLANIOL et RIPERT, t. II, nos 1185 et s. ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. I, nos 159 et s. et les thèses de MM. BARTIN, 1885, FOURCADE, 1887 ; P. GLASSON, 1897. V. aussi, sur le prête-nom, la thèse de M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, 1898.

(2) Nous préférons cette définition à celle que donne M. PLANIOL (t. II, n° 1186) et d'après laquelle la simulation impliquerait la coexistence de deux conventions, l'une apparente, l'autre secrète comme le remarque M. P. ESMEIN, la simulation se conçoit fort bien en dehors de toute convention (note S. 1927.1.73) et l'idée qu'en donne M. PLANIOL est donc trop étroite.

(3) *Dig.* IV, 3, fr. 1, § 2.

comme si une vente est consentie ostensiblement pour un prix de 100.000 francs, alors que l'acheteur s'est engagé, par une clause secrète, à remettre au vendeur un supplément de 50.000 francs ou bien qu'il lui a compté cette somme, sur-le-champ, au moment de la signature de l'acte qui n'en fait cependant point mention.

193. — La simulation peut ainsi revêtir des aspects différents, des formes plus ou moins graves, depuis l'acte fictif jusqu'à une simple dissimulation de prix. Variable dans son intensité, elle l'est aussi dans ses origines psychologiques et dans son but ; le mobile auquel obéit le simulateur peut être de valeur morale fort inégale ici, on s'est ingénié à frauder abominablement les tiers ; là, c'est aux exigences du fisc que l'on a tenté de se dérober, tandis que tel autre déguisement s'explique tout simplement par le désir de ne pas mettre le public au courant d'affaires privées et d'éviter des indiscretions ; peut-être même est-il motivé par la modestie et le désintéressement d'un bienfaiteur qui veut conserver l'anonymat et se dérober, au moyen d'une interposition de personnes, à l'expression de la reconnaissance de ceux qu'il a gratifiés.

Il y a donc simulation et simulation ; parmi les mensonges juridiques, il en est qui sont condamnables, voire criminels, d'autres qui rentrent dans la catégorie des péchés véniels, tandis que certains sont indifférents à la morale et que d'autres procèdent d'un raffinement de délicatesse et d'un scrupule de conscience. Il semble donc que le mobile doive être en pareille matière tout à fait décisif et qu'il commande souverainement aux destinées juridiques de l'acte adultéré sous son influence.

194. — I. — *Le principe.* — Le système de notre droit français se présente, au premier coup d'œil, sous un aspect moins psychologique et moins nuancé. Le principe, qu'on

ne songe plus à contester aujourd'hui, c'est que la simulation ne vicie pas l'acte qui en est l'objet ou l'occasion — c'est qu'elle ne constitue pas, en elle-même et à elle seule, une cause de nullité. La règle contraire, qui avait été consacrée par le droit de la période intermédiaire (1), est considérée comme ayant été condamnée par l'article 1321 du code civil aux termes duquel « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers » : du moment que l'acte clandestin produit effet entre ceux qui l'ont conclu, c'est évidemment que la validité en est reconnue par la loi qui le place ainsi sous la protection de ce grand principe que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (2). La seule réserve à faire — et elle est fondamentale — c'est que la convention secrète n'est point opposable aux tiers qui sont en droit de l'ignorer et qui peuvent donc s'en tenir à l'acte apparent comme à la situation qui en est résultée, sauf à eux d'ailleurs, si cet acte leur est défavorable, à faire la preuve de la simulation pour se placer sous la protection de la contre-lettre — car, si le code civil décide, dans l'article 1321, que celle-ci ne saurait avoir d'effet *contre* eux, il ne dit nullement qu'elle ne puisse pas en produire *en leur faveur* ; en sorte qu'ils se trouvent placés, de par le déguisement auquel les parties ont eu recours, dans une situation exorbitante du droit commun : ils sont fondés à se réclamer, au gré de leurs convenances et de leurs intérêts, soit de l'acte ostensible qui constitue pour eux, jusqu'à plus ample informé, la vérité juridique, soit de l'acte secret dont ils sont admis à démontrer qu'il représente précisément cette vérité dont la convention apparente n'est que le travestissement choisi par les parties pour dissimuler la réalité : ils parviendront à ce résultat en exerçant

(1) Loi du 22 frimaire an VII, art. 40.

(2) C. civ. art. 1134.

l'action en déclaration de la simulation (1) ; grâce à cette arme, ils perceront l'enveloppe sous laquelle les contractants avaient caché leur véritable but et ils pénétreront ainsi jusqu'à la vérité juridique qu'on s'était proposé de leur dissimuler. Cette option ouverte aux tiers entre l'acte apparent et l'acte secret les place dans une situation singulièrement avantageuse, mais qui trouve sa justification dans l'équivoque créée par les parties et dont ils ne sauraient être les victimes.

195. — Sous le bénéfice de cette situation particulière faite aux tiers, et qui en diminue singulièrement le rayonnement, il est exact de dire, avec les auteurs et avec la jurisprudence que l'acte simulé a autant de valeur que s'il avait été passé au grand jour (2) ; mais il va sans dire qu'il ne saurait en avoir davantage : si le mensonge n'est point une cause de nullité, du moins ne saurait-il devenir, pour ceux qui s'y livrent, une source d'avantages. Si donc la convention secrète présente un vice indépendant de la simulation commise à son occasion, elle doit être considérée comme nulle ; ainsi en adviendrait-il si elle émanait d'un incapable ou si elle allait à l'encontre d'une disposition d'ordre public, telle que la règle prohibitive des pactes successores, de même qu'il y aurait lieu de la réviser si les clauses en portaient atteinte aux règles de la réserve héréditaire. On peut bien faire, en cachette, ce que la loi permet de faire ostensiblement, mais rien au delà.

196. — II. — *Les dérogations.* — Ces directives, parfaitement conformes à l'équité et à la raison, ne reçoivent

(1) Sur cette action, V. PLANIOL et RIPERT, t. II, nos 1201 et s.

(2) Sic PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*; *loc. cit.*; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 315 et s.; AUBRY et RAU, 4^e éd., t. I, § 35; t. IV, § 345; Req. 9 nov. 1891 (D. P. 1892.1.151); Civ. 18 mai 1897 (D. P. 1897.1.105, note DE LOYNES; S. 1898.1.225, note TISSIER).

cependant pas une application absolue ; elles comportent des dérogations remarquables, dans un double sens il arrive, en effet, que l'acte secret soit mieux traité que s'il était intervenu ostensiblement, tandis qu'à l'inverse, il existe des cas dans lesquels la simulation devient, par elle-même, une cause de nullité : tantôt elle est bienfaisante et secourable, et tantôt elle est destructive, dirimante.

197. — A. — *La simulation bienfaisante.* — Le prototype de ce genre de simulation nous est fourni par la donation qui est déguisée, par exemple, sous l'apparence mensongère d'une prétendue vente passée par acte sous seing privé : si les parties avaient été sincères, si elles avaient extériorisé dans l'*instrumentum* leurs volontés et leurs buts, l'opération eût été radicalement nulle, par application de l'article 931 du code civil, à raison de l'omission de la forme notariée ; mais, parce qu'elles ont fait un mensonge, parce qu'elles ont stipulé le paiement d'un prix qui ne sera jamais versé par l'acquéreur, dont il n'est fait mention que pour se soustraire précisément à l'intervention notariale, parce qu'elles ont déclaré faire une vente alors qu'elles faisaient une donation, l'acte est sauvé de la nullité qui le guettait ; il est juridiquement purifié par le mensonge commis (1).

Mais que les parties y prennent garde si elles veulent obtenir cette sorte de rédemption juridique, il convient qu'elles mentent absolument et sans réticence ; malheur à elles si leurs intentions véritables transparaissent dans la teneur de l'acte. Elles connaîtront alors les rigueurs de

(1) Il est remarquable que la solennité du testament est plus énergiquement protégée que celle de la donation entre vifs ; l'acte qui contient une libéralité déguisée sous la forme d'un billet à ordre est valable s'il peut être ramené à une donation entre vifs ; il est nul s'il recouvre un legs, du moins lorsque le billet n'a pas été écrit en entier, daté et signé par le disposant. Req. 25 nov. 1890 (D. P. 1891.1.421).

la loi : leur mensonge doit être intégral ; c'est à ce prix seulement que le droit leur sera secourable (1). Solution aussi logique qu'elle semble paradoxale : si l'acte se présente comme une libéralité à la fois dans le fond et dans la forme, on ne voit pas comment il pourrait échapper aux règles de forme qui sont applicables aux donations : sous quelque aspect qu'on l'envisage, il porte bien donation et tombe donc sous le coup de l'article 931 (2) ; pour y échapper, il doit se présenter, *in terminis*, comme une opération onéreuse ; alors seulement, la forme libère le contrat des chaînes dont il aurait dû être chargé, et, contrairement à la sagesse des nations, c'est l'habit qui fait le moine.

Pas complètement cependant, puisque l'acte sera traité, quant au fond, comme une libéralité, puisqu'on lui fera application par exemple des règles applicables aux donations en matière de capacité, de rapport, de réduction (3) ; il ne faut donc pas dire que la forme emporte le fond, lequel reste intact et inchangé ; mais elle se sauve elle-même par ses propres moyens en même temps qu'elle sauve la face.

Ici donc, le mensonge est salutaire : la simulation, envisagée en tant que mobile de l'opération, immunise celle-ci contre le danger qui la menaçait ; elle est alors relevante.

Il arrive qu'elle soit au contraire dirimante.

(1) V. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 168.

(2) V. une application intéressante faite par la Cour de cassation à l'occasion d'un prétendu contrat onéreux qui, bien que se présentant sous la forme d'un compte-joint, se ramenait en réalité à une constitution de rente viagère faite à titre purement gratuit. Req. 22 avril 1913 (S. 1916.1.388).

(3) Jurisprudence constante Req. 27 mai 1887 (S. 1889.1.426). Mais encore faut-il que la preuve de la simulation soit effectivement administrée par les intéressés, dans l'espèce par les héritiers réservataires ; de simples allégations tirées notamment des mobiles de l'aliénateur ne seraient point décisives. V. Req. 14 fév. 1927 (S. 1927.1.166).

198. — B. — *La simulation dirimante.* — Les cas sont de plus en plus nombreux où, à titre exceptionnel, le déguisement aménagé par l'auteur de l'acte devient une cause de nullité : les uns sont de création législative tandis que d'autres sont de formation jurisprudentielle nous les exposerons dans cet ordre, du moins les principaux d'entre eux, car nous n'avons pas la prétention d'en dresser ici une liste complète ; après quoi nous recherchons l'enseignement qui s'en dégage, la commune directive à laquelle ils se rattachent.

199. — *Les nullités prononcées par un texte législatif.* — Elles viennent sanctionner la simulation dans l'acte de reconnaissance, dans les donations entre époux ainsi que les dissimulations de prix dans certains contrats.

200. — 1° La nullité des *reconnaisances mensongères* apparaît suffisamment dans la disposition de l'article 339 du code civil, aux termes de laquelle « toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt » ; et il est admis, par une jurisprudence constante, que la contestation peut émaner de l'auteur de la reconnaissance lui-même auquel on ne saurait opposer une fin de non-recevoir tirée de son propre aveu l'ordre public exige que l'état d'une personne ne soit pas volontairement et irrémédiablement faussé par une déclaration inexacte le mensonge pourra être dénoncé par celui-là même qui l'avait commis, de telle sorte que l'acte simulé n'est pas même valable au regard de celui qui l'a voulu tel (1).

(1) *Sic* : PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *op. cit.*, n° 845. — Civ. 2 juill. 1912, motifs (D. P. 1913.1.183 ; S. 1913.1.390) ; Req. 8 mars 1927 (D. H. 1927, 205) ; Lyon, 13 mars 1856 (D. P. 1856.2.232) ; Nîmes, 7 mai 1879 (D. P. 1879.2.133).

201. — 2^o *Les donations entre époux.* — Aux termes de l'article 1099, § 2, du code civil : « toute donation (entre époux) ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle ». Les raisons de cette sévérité n'apparaissent pas avec une parfaite clarté : on se demande si le législateur, en la manifestant, a voulu assurer le respect du principe de la révocabilité des donations entre époux, auquel cas la sanction serait encourue indistinctement, ou bien s'il ne s'est pas préoccupé uniquement de frapper les libéralités portant atteinte à la réserve, et alors les donations excessives tomberaient seules sous le coup de l'article 1099 (1). Quelque soit le parti auquel on se range, il reste acquis, en jurisprudence, d'abord que la sanction consiste, non point seulement dans la réductibilité de la donation masquée, mais bien dans sa nullité intégrale (2), puis que cette sanction rigoureuse est motivée par le désir, chez le législateur, de prévenir ou de réprimer des combinaisons illicites dans lesquelles il découvre une véritable fraude à la loi c'est en tant que présumées frauduleuses que les donations clandestines entre époux sont frappées de nullité (3).

202. — 3^o *Les dissimulations de prix.* — Les clauses qui tendent à dissimuler une partie du prix mis à la charge

(1) C'est dans ce dernier sens que se prononce la Cour de cassation et la plupart des auteurs. V. COLIN et CAPITANT, t. III, p. 749 ; PLANIOL et RIPERT, t. III, n^o 3257, et les arrêts cités ci-dessous. Certaines cours d'appel ont au contraire voulu donner à la nullité une portée tout à fait générale et la faire jouer quand bien même la réserve des héritiers ne serait pas en cause. V. notamment, Rennes, 9 fév. 1904 (D. P. 1905.2.273, note PAUL APPLETON).

(2) Civ. 30 avr. 1831 (S. 1832.1.134) ; Req. 11 mars 1862 (D. P. 1862.1.277 ; S. 1862.1.401) ; 14 avril 1886 (D. P. 1887.1.169). Cette jurisprudence est critiquée par la doctrine (COLIN et CAPITANT, t. III, p. 747 et 748) ; mais elle est constante.

(3) Dans son désir de déjouer de telles combinaisons, le législateur a établi des présomptions d'interposition de personnes qui viennent ainsi se juxtaposer, pour la rendre effective, à la présomption de fraude qui est au fond de tout ce système (C. civ., art. 1100).

de l'une des parties présentent assurément une gravité moindre que celles qui visent à donner le change sur la réalité ou sur la nature d'un acte juridique ; le mensonge ne porte plus alors que sur les modalités de l'opération, sur son agencement intérieur. Aussi a-t-on connu une époque où il n'avait pas un caractère irritant, où, conformément au droit commun précédemment exposé, il ne viciait point l'acte à l'occasion duquel il était commis ; mais, assez rapidement, une dérogation a dû être apportée, qui a été suivie, dans ces dernières années, de toute une série d'autres.

La première en date, et de beaucoup, concerne les cessions d'offices ministériels. On sait que la loi du 28 avril 1816, dans son article 91, accorde aux titulaires de ces charges le droit de présentation, c'est-à-dire le droit de présenter leur successeur à l'agrément de l'administration ; en fait, l'exercice de ce droit est l'occasion d'un traité secret qui modifie, dans le sens d'une majoration de prix, les conditions indiquées ostensiblement dans le projet d'acte de cession. Cette pratique fut, pendant longtemps, considérée comme juridiquement correcte et notre jurisprudence traitait, à cet égard, les cessions d'office ainsi que toutes autres cessions (1). Mais on s'aperçut que cette assimilation n'était point raisonnable et que la dissimulation de prix avait des conséquences beaucoup plus graves dans le premier cas qu'en toute autre matière, puisqu'elle enlevait à l'administration le droit de regard, le pouvoir de contrôle que la loi lui avait donnés, pour des raisons d'ordre public, sous les conditions de transmis-

(1) PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1192. — Req. 7 juill. 1841 (S. 1841.1.693) ; 23 août 1842 (S. 1843.1.123). La solution ancienne s'étayait juridiquement sur cette idée que l'engagement de payer un complément du prix indiqué dans le traité officiel avait la valeur d'une obligation naturelle et bénéficiait donc à ce titre de la disposition de l'article 1235, § 2, C. civ. V. AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, § 297, note 26.

sion des offices ministériels ; et c'est alors que la Cour suprême décida que ces contre-lettres étaient absolument nulles, nécessairement et dans tous les cas, puisqu'elles mettent l'administration dans l'impossibilité d'exercer le contrôle que la loi de 1816 lui avait réservé et puisque les clauses qui y figuraient, pratiquement la clause de majoration du prix de cession, n'avait pas reçu l'approbation du Gouvernement ; en conséquence, le cessionnaire pouvait se refuser à verser le montant de la majoration stipulée, et, l'ayant versée, il était fondé à en exiger le remboursement, les nécessités de l'ordre public ne laissant pas de place à une obligation naturelle (1).

Cette solution, qui découlait, virtuellement mais clairement, de l'économie de la loi du 28 avril 1816, resta cantonnée pendant longtemps dans le domaine des cessions d'offices. Une loi fiscale, la loi de finance du 27 février 1912, est venue à la fois la confirmer dans son application première (2) et l'étendre à toute une série d'actes juridiques appartenant à la catégorie des aliénations ou des cessions à titre onéreux (3) : vente d'immeubles ; cession d'un fonds de commerce ou d'une clientèle ; échange ou partage avec soulte, lorsque ces opérations portent elles-mêmes sur des immeubles ou fonds de commerce ou une clientèle. Toute dissimulation de prix ou de soulte commise à l'occasion de ces actes, comporte une sanction fiscale affectant la forme d'une amende infligée aux parties, et une sanction civile consistant dans la nullité de la contre-lettre, nullité radicale et d'ordre public, qui permet à l'acquéreur ou au cessionnaire, et suivant les cas, de se refuser à payer la différence, ou, l'ayant payée, de la répéter.

Le régime, ainsi établi par la loi de 1912 est extrême-

(1) Civ. 30 juill. 1844 (S. 1844.1.582) ; 13 juill. 1885 (D. P. 1886.1.263) ; Req. 18 mars 1895 (D. P. 1895.1.346 ; S. 1896.1.11).

(2) L. du 27 fév. 1912, art. 6.

(3). Art. 7 de la même loi.

ment rigoureux, et d'autant plus que la dissimulation peut être établie par tous les moyens possibles, à l'exception du serment décisoire (1) ; il a été ensuite étendu aux cessions de baux par la loi de finance du 13 juillet 1925, article 36 (2).

203. — *Les nullités de formation jurisprudentielle.* —

Notre jurisprudence attache la sanction de la nullité à la simulation dans des cas où elle n'est point expressément édictée par la loi, mais où elle lui paraît commandée par l'ordre public ou par le respect d'une disposition impérative de notre droit. L'exemple le plus caractéristique peut-être nous est fourni par la fausseté de la date mentionnée dans un testament olographe ; d'après une jurisprudence solidement établie, cette fausseté, du moins à la supposer volontaire et préméditée de la part du testateur, entraîne par elle-même et dans tous les cas la nullité du testament, au lieu que, si elle n'a point été calculée, si elle est le résultat d'une inadvertance, elle pourra être rectifiée par le tribunal (3). Il y a seulement lieu de remarquer que la preuve de la simulation, donc de la fraude, ne peut être administrée qu'à l'aide de l'acte lui-même (4), comme aussi la date simplement erronée ne peut être rectifiée qu'avec les éléments d'informations puisés dans le testament (5) ; cette preuve présente donc un caractère

(1) L. du 27 fév. 1912, art. 6, § 2 et 7, § 2, *cbn*, art. 13 de la loi du 23 août 1872.

(2) Ce texte renvoie à l'art. 34 de la même loi qui vise « toute cession d'un droit à un bail ou du bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble, quelle que soit la forme qui lui est donnée par les parties, qu'elle soit qualifiée cession de pas de porte, indemnité de départ ou autrement... »

(3) V. COLIN et CAPITANT, t. III, p. 854 et s. ; PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 2692 ; Maurice PICARD, note D. P. 1914.1.233).

(4) COLIN et CAPITANT, *loc. cit.*

(5) Req. 9 juill. 1885 (D. P. 1886.1.368) ; 5 mars 1913 (D. P. 1913.1.432) ; 5 nov. 1913 (D. P. 1914.1.233, note M. PICARD).

intrinsèque, comme celle qui tend à l'annulation d'une libéralité adressée à un enfant incestueux ou adultérin (1).

204. — Le partage est, lui aussi, un acte particulièrement sensible à la simulation et dans lequel elle produit des effets dirimants. On sait que les créanciers des copartageants n'ont point la ressource d'attaquer cette opération au moyen de l'action paulienne et qu'ils ne disposent, pour sauvegarder leurs intérêts, que d'un moyen préventif, le droit d'intervention qui leur est concédé par le code civil dans l'article 882 ; du moment que l'opération est conclue, sans qu'ils aient fait opposition, elle échappe à leurs atteintes. Mais c'est à condition, cependant, qu'elle soit intervenue dans des conditions normales : si elle a été effectuée avec clandestinité ou avec précipitation, ils sont fondés à en demander la nullité (2) ; et notre jurisprudence, qui leur reconnaît ce droit, vient également à leur secours si le partage a été simulé, s'il constitue un acte fictif, contraire à la réalité juridique et aux véritables arrangements des parties ; elle leur permet alors, non pas seulement d'en repousser l'autorité, mais d'en poursuivre la nullité, l'article 882 ne leur refusant cette ressource que vis-à-vis des partages sincères, effectifs, et non pas à l'encontre d'une apparence, d'un simulacre de partage : en pareille matière, la fraude a un caractère dirimant, elle ne s'oppose pas seulement au complet rayonnement de l'acte simulé ; elle le vicie, elle en détermine la nullité (3).

(1) *Suprà*, nos 128 ; 161 à 168.

(2) V. civ. 17 nov. 1890 (D. P. 1891.1.25) ; Req. 7 janv. 1907 (D. P. 1910.1.215) ; 24 déc. 1912 (D. P. 1915.1.45). Il résulte de ces décisions, notamment de la dernière, que c'est bien au moyen de l'action paulienne que les créanciers attaquent alors le partage effectué avec clandestinité ou précipitation.

(3) Civ. 27 déc. 1926 (S. 1927.1.111) ; Dijon, 24 juin 1885 (D. P. 1886.1.226).

205. — C'est un autre genre de sanction, et tout à fait curieux, qui a été admis par la Cour de cassation, à l'occasion d'une simulation consistant dans l'omission volontaire d'un acte dont on prétend ensuite faire état lorsqu'on trouve avantage à l'invoquer : le simulateur par préterition sera puni de sa réticence par le refus qu'on lui opposera le jour où il prétendra se réclamer de l'acte qu'il avait jusque-là soigneusement tenu secret ; il sera ainsi puni par où il avait péché : créateur d'une situation apparente, il sera tenu de l'accepter définitivement, une fois pour toutes, encore qu'elle soit contraire à la réalité profonde ; il doit subir les conséquences logiques de l'attitude de simulation qu'il avait d'abord adoptée et il devient prisonnier de son propre mensonge (1).

206. — *Récapitulation la directive à laquelle se rattache notre système de la simulation.* — Il ressort de cette rapide esquisse de notre système français de la simulation que le déguisement employé par l'auteur ou par les auteurs d'un acte juridique n'exerce point, en principe, d'influence décisive sur la validité de cet acte, mais seulement sur son rayonnement et sur son unité, les tiers étant fondés, au gré de leurs intérêts, à tenir le mensonge pour la vérité ou bien à soulever le masque trompeur pour pénétrer jusqu'à la réalité juridique qu'ils substitueront alors à

(1) V. Req. 20 oct. 1926 (S. 1927.1.73, note P. ESMEIN). Dans l'espèce, il s'agissait d'une mère qui, légataire universelle de sa fille, avait d'abord compris dans la déclaration du legs fait à son profit des immeubles que la *de cuius* avait elle-même recueillis dans la succession de son père, puis avait prétendu qu'elle avait commis une erreur et avait produit un testament de son mari par lequel les immeubles en question avaient été légués, par celui-ci, non à sa fille, mais à elle-même, de sorte qu'il n'y avait point lieu d'en faire état pour le calcul des droits de mutation, à l'occasion de l'actuelle dévolution successorale. La Chambre des requêtes repoussa cette prétention et décida que la mère ne pouvait pas, après avoir dissimulé le testament de son mari alors qu'elle avait intérêt à ce qu'il n'en fût pas question, produire ensuite ce même document parce qu'il lui était devenu secourable.

l'apparence pour en réclamer le bénéfice. Exceptionnellement, dans des cas qui tendent d'ailleurs à se multiplier, la simulation influe sur la validité de l'acte, tantôt d'une manière favorable, plus fréquemment de façon péjorative ; or, si l'on reprend une à une les différentes éventualités dans lesquelles elle exerce cette influence destructive, on constate qu'elle avait été mise au service de la fraude ; c'est un enfant à qui on s'était proposé d'attribuer une filiation mensongère ; c'est une donation que l'on a voulu consentir à un conjoint de telle sorte qu'elle portât subrepticement atteinte aux règles de la réserve ; c'est une vente dont on a cherché à masquer l'importance afin de faire frauduleusement l'économie d'une partie des droits d'enregistrement ; c'est la cession d'un office ministériel à l'occasion de laquelle on a voulu paralyser le droit de contrôle reconnu à l'Etat ; ou bien c'est un testament auquel on a assigné une fausse date, en altérant ainsi un élément de solennité de cet acte ; ou enfin c'est un partage que l'on a simulé afin de tromper les créanciers. Dans toutes ces éventualités et autres semblables, les parties ou l'auteur de l'acte unilatéral ont obéi au désir de faire échec à un principe d'ordre public ; ils ont cédé à un mobile illicite et c'est pourquoi l'opération, viciée dans ses origines profondes comme dans son but dernier, est frappée de nullité : nous retombons ainsi, par une sorte de contre-épreuve, dans l'idée maîtresse qui domine tout notre droit, à savoir que l'acte issu de mobiles illicites est atteint d'un vice originel qui en détermine la destruction.

207. — Et, du même coup, nous en revenons à la théorie de la cause largement entendue : les raisons qui déterminent les parties à user de simulation rentrent, en définitive, dans la cause impulsive et déterminante telle que la comprend notre jurisprudence ; et il nous faut donc

renouveler l'observation déjà présentée à l'occasion de la fraude (1) : dans un système scientifiquement conçu, la théorie de la cause, considérée comme la théorie générale des mobiles déterminants, devrait englober tous ceux-ci, y compris le désir de faire fraude à la loi, par un procédé quelconque, et par exemple en recourant au mensonge, à la simulation ; si nous avons envisagé distinctement cette dernière combinaison, c'est parce qu'elle a été l'objet des préoccupations particulières du législateur, de la jurisprudence et de la doctrine. Mais il n'en reste pas moins que, pour qui pénètre jusqu'au fond des choses sans s'arrêter à des différenciations plus apparentes qu'effectives, l'illicéité des mobiles entraîne, en thèse générale et dans notre droit positif actuel, la nullité de l'acte qui en est sorti ; sans doute, cet objectif n'est atteint que par des procédés techniques nombreux et variés ; mais l'interprète n'a point de peine à discerner, derrière la diversité des moyens employés, l'unité de l'objectif poursuivi et en grande partie atteint : les voies suivies à cet effet s'amorcent à différents points de l'horizon juridique, mais elles convergent toutes vers le même point central, vers le même aboutissement : la condamnation de l'acte procédant de mobiles illicites et orienté vers un but moralement et juridiquement inadmissible.

SECTION III

LES MOBILES JUSTIFICATIFS.

208. — Nous avons exposé, dans la section précédente, comment des actes juridiques pourvus de tous leurs éléments constitutifs peuvent cependant se trouver contaminés et viciés par les mobiles extrinsèques dont ils procèdent, par le but à quoi ils tendent dans la pensée de

(1) *Suprà*, n° 190.

leur auteur ; à l'inverse, il arrive qu'une opération soit purifiée et validée par les raisons qui ont incité les parties à y procéder, par l'objectif qu'elles ont poursuivi en la décidant et en l'aménageant ; à côté des mobiles illicites et pernicious, il existe, leur faisant antithèse, des mobiles justificatifs qui préservent l'acte de la nullité dont il était menacé, des mobiles sauveurs qui font fléchir la rigueur de la loi ou les préventions du juge.

Cette fonction justificative n'est point spéciale aux actes qui interviennent dans le domaine du droit privé ; comme nous avons eu précédemment l'occasion de le noter (1), elle se réalise abondamment dans celui du droit pénal où l'on voit que des actes, en eux-mêmes répréhensibles et délictueux, se trouvent excusés ou même justifiés par les mobiles auxquels l'agent a obéi : c'est ainsi que le meurtre commis par le mari qui a surpris sa femme en flagrant délit d'adultère est puni de peines inférieures à celles qui frappent en général l'homicide volontaire, et que la légitime défense fait disparaître complètement la culpabilité du meurtrier ; ainsi également que les délits de presse, de diffamation ou d'injure sont singulièrement atténués et sont même susceptibles de disparaître à raison des circonstances dans lesquelles ils sont intervenus et du but poursuivi par celui auquel ils sont reprochés droit essentiellement subjectif, le droit pénal est tout imprégné de cette notion du mobile qui joue, en fait ou en droit, dans les décisions de la loi ou dans celles du juge, un rôle de premier plan, aggravant ici la culpabilité de l'agent, tandis qu'ailleurs elle l'atténue ou l'exclut même absolument.

209. — *Plan.* — Bien que moins profondément subjectif, le droit privé, qui s'individualise de plus en plus, offre

(1) *Suprà*, nos 6 et 7.

encore à la théorie des mobiles, et notamment des mobiles justificatifs, un champ d'application étendu et fécond (1). Innombrables sont les cas dans lesquels les ressorts de la volonté sauvent un acte juridique de la nullité qui le guettait, et il ne peut entrer dans nos prévisions d'en dresser une liste complète ; notre étude sera nécessairement cantonnée dans les applications les plus caractéristiques d'une loi psychologique qui règne sur le droit tout entier et qui fait sentir son action dans toutes nos institutions. Encore nous limiterons-nous à la recherche des mobiles justificatifs, déterminés et précis, en négligeant ceux qui se ramènent à cette notion générale de la bonne foi dans laquelle ils viennent se fondre au point de perdre leur individualité. Sans doute, la bonne foi joue, dans notre droit privé, un rôle de purification extrêmement important ; bien souvent, elle est créatrice de droits, pour ceux qui peuvent en justifier : c'est elle qui, en matière de mariage, limite et conditionne les effets de la nullité

(1) Ce champ pourrait être avantageusement développé, et par le législateur lui-même ; dans certaines directions, il a été rétréci par notre code civil, par exemple en ce qui concerne les pactes successoires invariablement nuls dans notre droit actuel (C. civ., art. 791, 1130, 1600), sauf dans la mesure où ils prennent figure d'un partage d'ascendant ou d'une institution contractuelle, ces arrangements étaient au contraire admis dans une assez large mesure tant par le droit romain (lorsqu'ils étaient approuvés par l'intéressé, *is de cuius successionis agitur*) que par notre ancien droit (notamment lorsqu'ils intervenaient dans un contrat de mariage POTHIER, *Traité des obligations*, n° 132). On sait qu'en droit moderne, le code civil allemand consacre les *contrats d'hérédité* qui sont bien des pactes sur succession future (art. 2274 et s. ; cpr. code civ. féd. suisse, art. 494 et s.). La rigueur dont notre code civil français fait preuve à l'encontre de ces conventions constitue donc une anomalie contre laquelle il y aurait lieu de réagir en admettant que l'opération fût susceptible d'être validée par des mobiles justificatifs. On a peine à comprendre l'ostracisme prononcé contre certains arrangements tels que celui par lequel les héritiers présomptifs d'un individu s'engagent à considérer comme nul et non-venu le testament du *de cuius* en tant qu'il avantagerait l'un d'eux au détriment des autres ; on ne voit pas en quoi cette assurance prise, d'un commun accord, contre le risque d'exhérédation, serait de nature à choquer l'ordre public ou les bonnes mœurs.

encourue (1) ; elle aussi qui, par le jeu de l'usucapion abrégée, met l'acquéreur de la chose d'autrui à l'abri de la revendication et consolide ainsi, en se conjuguant avec l'action du temps, un titre qui était frappé de nullité comme émanant d'un *non dominus* (2) ; c'est encore elle qui permet aux personnes ayant traité avec un mineur émancipé d'échapper à la réduction pour cause d'excès des engagements assumés envers eux par cet incapable (3). Ce sont là des solutions connues de tous et qui ne ressortissent qu'indirectement au programme que nous nous sommes tracé. Ecartant de notre champ d'étude les effets attachés à l'état d'âme des parties envisagé sous l'aspect générique de la bonne ou de la mauvaise foi, nous ne retiendrons que les seuls mobiles définis et particularisés, les seules raisons concrètes qui ont inspiré l'auteur de l'acte, le but précis qu'il se proposait d'atteindre en y procédant : c'est pour payer des dettes qu'il a emprunté une somme d'argent ou qu'il a aliéné un immeuble ; c'est pour sortir de l'indivision qu'il s'est porté adjudicataire d'un bien ; c'est pour obtenir le paiement de son dû qu'il a accepté de devenir le cessionnaire d'une chose ou d'une créance ; autant de mobiles-buts qui lui sont personnels et qui sont susceptibles d'exercer une influence salutaire sur les destinées de l'acte accompli.

C'est dans cet esprit et c'est dans ces limites resserrées que nous verrons les mobiles sauveurs accomplir leur fonction justificative

1° En matière de tutelle et d'émancipation ;

(1) Civ. c., art. 201 et 202 qui consacrent la notion du mariage putatif, lequel, bien qu'annulé, commande cependant encore aux effets qu'il avait antérieurement produits.

(2) C. civ., art. 2265 et s.

(3) C. civ., art. 484, § 2, aux termes duquel, le tribunal saisi d'une demande en réduction pour cause d'excès, doit prendre en considération certains éléments parmi lesquels la bonne ou mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec le mineur émancipé.

- 2° Dans le fonctionnement des régimes matrimoniaux
- 3° Dans le domaine des clauses d'inaliénabilité ;
- 4° Enfin dans celui des retraits.

§ 1. — LA TUTELLE ET L'ÉMANCIPATION.

210. — Le tuteur, auquel le code civil a conféré de larges pouvoirs d'administration, ne peut procéder aux actes les plus graves et qui engagent vraiment l'avenir, qu'à la condition d'obtenir à cet effet l'autorisation du conseil de famille, et parfois, en outre, l'homologation du tribunal. Mais le conseil de famille et le tribunal lui-même ne jouissent pas, dans l'exercice du droit de contrôle préventif qui leur est concédé par la loi, d'une liberté d'appréciation absolue ; le code civil leur assigne des directives auxquelles ils doivent se conformer et qui rejoignent précisément le concept des mobiles justificatifs dont nous décrivons actuellement le mécanisme : ce n'est pas abstraitement que l'acte doit être examiné, mais en tenant compte essentiellement des circonstances de la cause et en fonction du but à atteindre dans l'espèce : il faut qu'il soit étayé sur des mobiles justificatifs, sinon l'autorisation doit être refusée au tuteur qui la sollicite.

211. — C'est à ce régime que sont soumis les actes d'aliénation immobilière ou constitutifs de droits réels immobiliers, ainsi que l'emprunt. Le code civil décide, à leur occasion, que l'autorisation du conseil de famille « ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident » (1). En dehors de ces éventualités, qui doivent pour ainsi dire *causer* l'opération, celle-ci devient impraticable et le tribunal refusera d'homologuer

(1) C. civ., art. 457, § 2.

l'autorisation qui, d'aventure et à tort, aurait été donnée par le conseil de famille.

Il est vrai que la formule légale présente une grande élasticité ; la « nécessité absolue » et « l'avantage évident » sont susceptibles de plus ou de moins et l'on manque, pour les appliquer, d'un instrument de précision. Cependant, et pour ce qui est de la première, les éléments d'appréciation ne feront pas totalement défaut ; le tuteur devra, en effet, fournir des justifications sous la forme d'un compte sommaire d'où il résultera que les ressources actuelles du mineur ne suffisent point à faire face aux exigences de la situation (1) ; il sera donc difficile à cet administrateur de tromper le conseil de famille qui sera à même de décider en connaissance de cause. Sans doute, il aurait été possible de serrer la réalité de plus près et c'est bien ce qu'on avait essayé de faire avec le projet du code civil qui énumérait, sous une forme limitative, les cas dans lesquels l'autorisation pourrait être accordée par le conseil de famille (2) ; mais il a semblé préférable de ne pas limiter ainsi le champ des prévisions, des buts justificatifs et de s'en remettre au conseil de famille ainsi qu'au tribunal du soin d'apprécier la nécessité ou l'avantage en considération desquels l'acte était envisagé.

A un autre point de vue encore, l'article 457 ne doit pas être compris restrictivement : dans son contexte, il ne vise, en dehors de l'emprunt, que l'aliénation et l'hypothèque ; mais il est évident qu'il y aura lieu de traiter de même tous actes équivalents, se ramenant à un transfert ou à un démembrement de la propriété immobilière, tels les actes constitutifs d'un usufruit, d'une servitude, d'une

(1) C. civ., art. 457, al. 3.

(2) Ces cas étaient les suivants : paiement d'une dette onéreuse et exigible ; réparation d'une nécessité urgente ; besoin de procurer au mineur une profession ou un établissement avantageux (Loché, t. VII, p. 130 et 140).

emphythéose (1) ; et aussi, à plus forte raison, la renonciation à des droits successifs dans une hérédité qui comprend des immeubles (2), ou à une prescription acquise (3) ou encore à une faculté de réméré (4) ; de telle sorte que le principe a une valeur assez générale le tuteur ne peut contracter un emprunt, ou aliéner les immeubles de son pupille ou les grever de droits réels qu'à la condition de légitimer, de causer la combinaison par des mobiles d'un ordre déterminé : seule, la fin peut justifier les moyens.

212. — Ce sont donc bien les mobiles-buts qui décident ici du sort de l'opération ; eux seuls sont à même de lever l'obstacle qui s'oppose à sa réussite. Il est même arrivé que leur efficacité s'est révélée plus grande encore, et qu'ils ont sauvé de la nullité un acte rentrant dans les catégories prévues par l'article 457 et auquel le tuteur avait procédé de son propre mouvement, sans en avoir référé au conseil de famille. C'était d'un emprunt qu'il s'agissait et dont l'urgence était certaine, car le pupille avait à faire face à une dette criarde dont le paiement ne pouvait être différé. La mère, qui était tutrice, acquitta la dette, non point avec les deniers du mineur — il n'en avait point — mais avec ceux qu'elle possédait en propre ; elle consentait ainsi une avance à son enfant afin d'assurer le règlement du passif incombant à celui-ci et d'éviter l'aliénation ou l'engagement d'un domaine qui représentait le plus clair de son avoir, le fond de sa fortune. La question fut soulevée de savoir si cette opération était correcte. En droit strict, elle ne l'était point, puisqu'elle se ramenait, en définitive, à un emprunt que la mère tutrice avait consenti à son pupille de son propre mouve-

(1) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *Les personnes*, n° 580.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*

ment et sans l'agrément du conseil de famille ; les formalités exigées par les articles 457 et 458 n'avaient point été observées ; d'autre part, on ne saurait admettre qu'un tuteur s'instituât, de par sa seule volonté, le banquier de son pupille ; l'acte était donc nul et, en conséquence, la mère ne pouvait pas exiger le remboursement des avances par elle consenties, ou du moins elle ne pouvait pas le faire en se réclamant d'un prêt qui était intervenu en violation des formes légales. Cependant, la Cour de cassation, saisie de la question, admit l'action en remboursement intégral, et cela en faisant intervenir d'une part la notion de l'acte d'administration (en avançant une somme d'argent à son enfant, la mère tutrice se serait comportée simplement comme un bon administrateur), d'autre part celle du mandat ou de la gestion d'affaires (1).

Ces arguments étaient peu résistants l'emprunt n'a jamais passé pour le type de l'acte d'administration, et la preuve en est que la loi exige, pour sa validité et lorsqu'il intéresse un mineur en tutelle, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ; d'autre part, l'appel fait au mandat et à la gestion d'affaires est bien imprévu et ressemble fort à une tautologie : oui, le tuteur est le mandataire du mineur, mais avec des pouvoirs limités par la loi ; il ne dépend pas de lui de franchir les bornes établies par le code civil et de procéder à une avance de fonds en négligeant les formalités protectrices de l'article 457.

En réalité, la Cour de cassation a obéi à cette occasion à des considérations de fait qui occupent la première place dans sa décision : comme elle le remarque, l'acte incriminé, avait été secourable au mineur et ne pouvait que lui être tel ; elle a retenu les circonstances de la cause ; elle a été impressionnée par les mobiles auxquels la mère

(1) Req. 26 oct. 1910 (S. 1912.1.337, note LOUBERS).

tutrice avait obéi et auxquels elle reconnaît ainsi la puissance de sauver l'acte de la nullité qui le guettait : le fond emporte la forme et la fin justifie les moyens de fortune qui ont été employés dans l'intérêt bien compris du pupille (1).

213. — Ce n'est pas seulement dans les actes accomplis par le tuteur au nom et dans l'intérêt de son pupille que les mobiles possèdent cette force justificative, c'est aussi dans les actes qu'il conclut avec lui ou à l'occasion des biens pupillaires et dans son intérêt personnel qui s'oppose alors à celui du mineur. En principe, de tels actes sont licites : le code civil n'a point proscrit, en thèse générale, les contrats entre tuteur et pupille, pas plus qu'il n'a interdit à celui-là de figurer dans des opérations concernant les biens de celui-ci ; seulement, comme le tuteur ne saurait évidemment jouer, dans la même opération, les deux rôles antagonistes et représenter du même coup ses propres intérêts et ceux de son pupille, ces derniers sont confiés au subrogé-tuteur qui devient alors, et à titre exceptionnel, le représentant du mineur (2).

(1) Malgré le libéralisme avec lequel la jurisprudence traite les avances faites par le tuteur à son pupille dans les conditions que nous venons de supposer, il serait plus prudent pour lui, au cas d'urgence, d'emprunter à court terme les fonds nécessaires, sauf à demander ensuite et dans le plus bref délai, la ratification du conseil de famille qui fixerait la destinée et le mode de consolidation de cette opération (*Sic* PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, n° 583).

(2) Cette fonction de représentation du mineur dans les cas où ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur, était formellement énoncée dans l'article 420 du code civ. ancienne rédaction ; la loi du 20 mars 1917, qui a modifié ce texte, a supprimé le paragraphe contenant cette mention ; mais on s'accorde à reconnaître qu'il n'a pas été dans les intentions du législateur de réduire, en affectant cette suppression, les attributions du subrogé-tuteur, lesquelles sont demeurées telles qu'elles avaient été définies par le code civil (PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, nos 507 et s. Req. 1^{er} avril 1924, D. P. 1924. 1.124, note H. CAPITANT ; civ. 29 nov. 1926, S. 1927.1.41, note BALLEYDIER). V. d'ailleurs l'art. 450, § 3, qui fait du subrogé tuteur le représentant du pupille dans un cas particulier.

Mais il existe des actes, considérés par la loi comme particulièrement suspects, et qui ne sauraient intervenir entre tuteur et pupille, même avec le truchement du subrogé-tuteur. La liste limitative en est fournie par l'article 450 qui interdit au tuteur d'acheter les biens du mineur ou de les prendre à ferme, comme aussi d'accepter la cession d'aucun droit ou créance contre lui ; les restrictions ainsi formulées sont absolues, sauf cependant celle qui concerne l'affermage et qui est susceptible d'être écartée par une décision favorable du conseil de famille (1).

Il semble donc que, sous le bénéfice de ce dernier accommodement, les prohibitions édictées par la loi soient irréductibles et que les opérations conclues à leur encontre par le tuteur soient invariablement frappées de nullité. Telle n'est cependant pas la vérité judiciaire : il est de jurisprudence certaine que de tels actes sont valables lorsque le tuteur avait des raisons légitimes d'y procéder, lorsqu'il est en mesure d'invoquer un mobile justificatif.

S'agit-il d'une acquisition par lui réalisée d'un bien pupillaire ? Son intérêt légitime sera suffisamment constitué par l'existence d'un droit qui lui appartenait antérieurement sur ledit bien et à un titre étranger à la tutelle : par exemple, il était titulaire d'une hypothèque portant sur un immeuble pupillaire ; si la vente forcée de son gage est poursuivie, il aura la possibilité de prendre part aux enchères et de se porter adjudicataire ; on ne saurait décider autrement sans porter atteinte aux prérogatives inhérentes à la qualité de créancier ; or, le code civil n'édicte nulle part une incompatibilité entre les qualités de créancier et de tuteur ; il ne dit pas que le tuteur soit un créancier diminué, il ne le frappe pas d'une incapacité de réaliser ses droits (2). Il y aurait même raison de décider

(1) C. civ., art. 450, § 3.

(2) Aix, 27 janv. 1870 (D. P. 1872.2.53).— PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, n° 593 ; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *Traité de la vente* n° 233.

si le tuteur se trouvait dans l'indivision avec son pupille et si le bien indivis faisait l'objet d'une licitation ; car, on ne pourrait lui refuser alors le droit de se porter adjudicataire sans limiter contre toute justice les prérogatives qui lui appartiennent en tant que copropriétaire (1). Pour être tuteur, on n'en est pas moins créancier ou copropriétaire, et il serait choquant que la première position pût compromettre et fausser les autres : du moment que le tuteur peut arguer d'un intérêt légitime à se porter adjudicataire de l'immeuble pupillaire, il ne doit plus être soupçonné de profiter de ses fonctions et de ses pouvoirs pour réaliser une trop bonne affaire au détriment de son pupille l'acte est immunisé par le mobile justificatif qui se trouve à son origine. Sans doute, des difficultés pourront se présenter dans l'appréciation des circonstances invoquées par le tuteur ; ainsi, il n'est point certain que la qualité d'usufruitier qui lui appartenait antérieurement présente la même valeur justificative que celles de créancier hypothécaire ou de copropriétaire (2). Mais ce sont là de simples modalités d'application d'un principe dont l'exactitude est reconnue tant par la doctrine que par la jurisprudence.

La défense faite au tuteur d' « accepter la cession d'aucun droit en créance contre son pupille » (3), ne doit pas davantage être prise à la lettre ; elle fléchit du moment que l'opération s'explique par des raisons exclusives de tout calcul intéressé de la part du cessionnaire, soit que la cession intervienne à titre gratuit (4), soit qu'elle se pro-

(1) Montpellier, 10 juin 1862 (D. P. 1863.2.30) ; Pau, 14 août 1866 (D. P. 1867.2.120). — PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *loc. cit.* BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *loc. cit.*

(2) L'affirmative a été consacrée par Paris, 12 août 1856 (D. P. 1856.2.228) et par Montpellier, arrêt précité. — *Contra* PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *loc. cit.*

(3) C. civ., art. 450, § 3.

(4) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, n° 594 ; AUBRY et RAU. 5^e éd., t. I, § 116, p. 732 ; 4^e éd., p. 472.

duise au cours d'un partage dont elle constitue un épisode (1), ou même, sauf controverse et d'une façon plus générale, dans l'une quelconque des circonstances énumérées, à propos de la cession de droits litigieux, dans l'article 1701 du code civil (2) en tout cas, la subrogation légale ne saurait être assimilée, en pareille occurrence, à la cession, et il est admis sans difficulté que le tuteur qui paye avec ses deniers la dette de son pupille bénéficie de la subrogation légale dans les cas prévus par l'article 1251 du code civil (3).

214. — De même que les pouvoirs du tuteur, la capacité restreinte du mineur émancipé donne accès à la théorie du mobile qui vient l'assouplir et la conditionner : la notion de l'acte de pure administration est postulée, dans une large mesure, par les concepts de mobile et de but, au point que la même opération sera traitée différemment et sera ou non permise au mineur agissant seul, sans l'intervention du curateur, selon qu'elle cadrera avec la volonté d'administrer ou qu'elle la dépassera. Tel est le cas des aliénations, parfaitement régulières lorsqu'elles portent sur des récoltes, sur des denrées périssables ou même sur des meubles corporels représentant une faible valeur comparativement à la fortune du mineur, mais qui exigent, à notre avis, l'assistance du curateur, lorsqu'elles ont pour objet de véritables capitaux (4). Et, à supposer que l'acte accompli rentre bien dans la catégorie de la pure administration, on sait que les obligations qui en découlent à la charge du mineur sont réductibles en cas d'excès.

(1) *Ibid.*

(2) Les raisons de décider sont, en effet, à peu près les mêmes ; sur ce texte, V. *infra*, n°

(3) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *eod. loc.*

(4) *Sic* Paris, 18 déc. 1878 (D. P. 1880.1.61). — PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, n° 649 ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 553 et 554. — *Contra* AUBRY et RAU, 5^e éd., t. I, § 132, p. 843.

et que les tribunaux doivent, lorsque cette réduction leur est demandée, prendre en considération la fortune du mineur comme aussi « l'utilité ou l'inutilité de la dépense » (1) ; l'esprit dans lequel l'opération avait été accomplie jouera donc ici un rôle décisif et dictera la décision du juge ; l'atmosphère contractuelle sauvera ou corrompra le contrat qui s'y est développé et les engagements qui y ont pris naissance.

§ 2. — LES RÉGIMES MATRIMONIAUX.

215. — Nous avons constaté précédemment que les mobiles illicites étaient susceptibles de vicier l'acte accompli sous leur pression par les époux et notamment par le mari (2) ; à l'inverse, il arrive qu'une opération, en principe interdite au mari ou aux conjoints, devienne praticable et régulière à raison du mobile et du but auxquels elle se rattache et qui dissipent les préventions du législateur ou du juge : l'acte se trouve alors justifié et immunisé par l'esprit dans lequel il a été conçu et réalisé.

Nous allons assister à des phénomènes de ce genre qui se produisent sous les régimes de communauté, sous le régime dotal, sous celui de la séparation de biens ; nous constaterons ensuite que, sous ces différents régimes, l'incapacité de vendre et d'acheter qui frappe les époux dans leurs rapports entre eux est susceptible de disparaître à raison de certaines circonstances justificatives qui sauvent l'acte de la nullité.

216. — I. — *Régimes de communauté, légale ou conventionnelle.* — Sous ces régimes, le mari, qui n'est plus de nos jours « seigneur et maître de la communauté », ne peut ni disposer des immeubles communs à titre gratuit, ni même consentir des donations mobilières excessives,

(1) C. civ., art. 484, § 2.

(2) *Suprà*, n° 181.

hors de proportion avec la situation de la caisse commune (1). Mais cette règle fléchit du moment qu'il s'agit de procéder à l'établissement d'un enfant issu du mariage actuel ; alors le mari a le pouvoir de consentir, sans le concours de sa femme, des libéralités immobilières ou des donations mobilières, sans limitation de somme : l'acte devient possible et il est validé en considération du but auquel il répond et des raisons qui ont incité le donateur à y procéder.

217. — II. — Mais c'est surtout sous le régime dotal que la théorie du mobile justificatif trouve à s'employer : c'est elle qui fait fléchir à l'occasion la règle fondamentale de l'inaliénabilité constitutive de l'armature même du régime. Les articles 1555 et suivants du code civil énumèrent une série de cas dans lesquels la femme peut aliéner sa dot soit avec la seule autorisation maritale, soit, plus ordinairement, avec celle de justice ; il s'agit d'établir un enfant de la femme (2), ou de tirer de prison l'un des époux (3), ou de fournir des aliments à la famille (4), de payer certaines dettes incombant à la femme ou à ceux qui ont fourni la dot (5), d'effectuer de grosses réparations indispensables à la conservation de l'immeuble dotal (6), de procéder à la licitation de l'immeuble dotal (7), de l'échanger contre un autre immeuble (8), ou enfin de consentir une libéralité au profit d'une œuvre d'assistance et de bienfaisance publiques ou privées ou d'œuvres ayant plus spécialement pour objet le développement de la natalité, la protection de l'enfance et les orphelins de la

(1) C. civ., art. 1422, § 1.

(2) C. civ., art. 1555 et 1556, § 1.

(3) Art. 1558, § 2.

(4) Art. 1558, § 3.

(5) Art. 1558, § 4.

(6) Art. 1558, § 5.

(7) Art. 1558, § 6.

(8) Art. 1559.

guerre (1). Dans toutes ces conjonctures, c'est le but poursuivi qui fait s'abaisser la barrière établie par la loi, et le code civil exige presque toujours que la sincérité en soit contrôlée par le tribunal qui appréciera souverainement la pertinence et l'urgence des mobiles allégués par les demandeurs.

Et si l'on cherche à quelle préoccupation générale le législateur a obéi en pratiquant ces larges brèches dans le rempart de l'inaliénabilité dotale, on découvre facilement l'idée commune à laquelle ressortissent toutes ces dérogations : l'inaliénabilité doit fléchir là où elle serait nuisible au régime, où elle irait à l'encontre de son but essentiel, à savoir la conservation de la dot. Il arrive parfois que le mieux soit l'ennemi du bien, qu'on ne puisse sauvegarder la dot qu'à la condition de la sacrifier partiellement ou de l'utiliser ou de la transformer ; lorsqu'un immeuble dotal menace ruine et que les époux ne possèdent pas les fonds nécessaires à sa mise en bon état, il est expédient et il est de bonne politique d'aliéner un autre bien également dotal afin de se procurer les deniers avec lesquels on pourra sauver le bâtiment menacé ; il est des cas où il faut savoir faire la part du feu, et c'est cette part que le code civil permet aux époux de réaliser dans les articles 1555 et suivants, notamment dans l'article 1558.

218. — Il n'est pas sans intérêt de constater que telle est la pensée du législateur, car on est ainsi amené à donner de ces dispositions une interprétation nettement extensive du moment qu'il y a urgence, ou même seulement grand profit à aliéner un élément de la dot, du moment que cette combinaison est certainement avantageuse et productive, notre jurisprudence en admet volontiers la correction et la possibilité. Et c'est ici que la théorie du

(1) Art. 1556 modifié par la loi du 19 mars 1919.

mobile se manifeste avec toute sa portée pratique et toute sa souplesse : c'est elle qui a permis au juge, grâce à un argument d'analogie qu'elle fournit et qu'elle renferme en elle-même, d'admettre l'aliénation du fonds dotal dans des conjonctures assez distantes, au moins matériellement, de celles qui sont visées par la loi et d'étendre notablement les termes de l'article 1558. Par exemple, ce n'est pas seulement pour servir des aliments à leurs parents, à leur famille, que les époux seront autorisés à aliéner le bien dotal, mais aussi pour s'en assurer à eux-mêmes, voire en vue de l'achat d'un fonds de commerce ou afin de prévenir une catastrophe commerciale (1) ; et de même, ce n'est pas seulement dans le but de faire de grosses réparations qu'ils pourront requérir la permission de réaliser un élément de la dot, mais aussi pour reconstituer un vignoble (2), pour procéder à la culture intensive d'un domaine (3) ou encore pour subvenir aux frais d'une instance en séparation de biens (4).

D'autre part, et alors que les articles 1556 et 1558 ne prévoient que l'aliénation du fonds dotal, il est admis constamment que, lorsqu'ils se trouvent dans un des cas visés par ces textes, les époux peuvent demander et obtenir l'autorisation de contracter un emprunt garanti par une hypothèque établie sur un immeuble dotal (5). Et s'il s'agit de l'établissement d'un enfant, la Cour de cassation, poussant le libéralisme jusqu'à la limite extrême, admet, non seulement qu'un immeuble soit aliéné — au lieu d'être donné directement à l'enfant ainsi que le supposent les articles 1555 et 1556 — mais encore que, l'alié-

(1) Req. 4 juill. 1904 (D. P. 1904.1.551).

(2) Req. 23 nov. 1898 (D. P. 1899.1.39).

(3) Req. 2 mai 1898 (S. 1899.1.173 ; D. P. 1898.1.367).

(4) Civ. 19 juill. 1887 (D. P. 1888.1.49) ; 20 juin 1911 (D. P. 1912.1357).

(5) Req. 7 juill. 1857 (D. P. 1858.1.405 ; S. 1857.1.734) ; 2 mai 1898, précité.

nation échappant aux formalités de l'article 1558, cet immeuble soit vendu à l'amiable, de gré à gré, en sorte que la règle de l'inaliénabilité dotale est alors complètement écartée (1).

Il s'est ainsi produit, en matière de dérogation à l'inaliénabilité dotale, un phénomène comparable à celui dont le divorce a été l'occasion : en dépit de l'énumération à apparence limitative à laquelle le législateur a soigneusement procédé, afin d'éviter l'arbitraire du juge, ses prévisions ont été dépassées par la jurisprudence qui a fait preuve d'un libéralisme, parfaitement opportun pour ce qui est de l'interprétation des articles 1555 et suivants, moins heureux en ce qui concerne celle de l'article 231 avec lequel elle a à peu près rétabli le divorce par consentement mutuel ou par voie de répudiation. Le principe de l'inaliénabilité de la dot a été compris et appliqué par elle en fonction des intérêts bien compris des époux ; elle lui a attribué, très raisonnablement, une valeur relative ; elle y a vu, non une fin en soi, mais un moyen qu'elle a utilisé chaque fois que les mobiles animant la volonté d'aliénation des époux lui paraissent valoir et justifier suffisamment cette volonté elle-même ; ici encore, c'est le but poursuivi, ce sont les mobiles extrinsèques et individuels qui rendent possible et régulier un acte en principe impraticable.

219. — III. — *Le régime de séparation de biens.* — La femme séparée de biens a « la libre administration » de son patrimoine (2). Cette formule, qui est insuffisamment éclaircie et concrétisée par le législateur, a nécessité une mise au point à laquelle la jurisprudence a procédé et qui s'est traduite par un véritable remaniement de la dispo-

(1) Arrêt précité du 4 juill. 1904.

(2) C. civ., art 1449, § 1.

sition fondamentale de l'article 1449 (1). Le système jurisprudentiel, fort bien aménagé et tout à fait judicieux, revient à permettre à la femme séparée de biens de se passer de toute autorisation du moment qu'elle agit *pour cause d'administration* (2). C'est là le critère décisif à la leur duquel nos tribunaux résolvent toutes les difficultés soulevées par l'application de l'article 1449 et qui les conduit à rectifier au besoin la teneur de cette disposition ou à en combler les lacunes.

C'est ainsi que les aliénations mobilières, pour lesquelles le code civil reconnaît à la femme séparée de biens une capacité entière (3), lui sont interdites par la jurisprudence, soit lorsqu'elles doivent intervenir à titre gratuit (3), soit même lorsque, consenties à titre onéreux, elles ont pour objet des créances ou des valeurs nominatives (4), car ce ne sont point là des actes d'administration, mais bien de disposition. C'est ainsi encore que les placements ne sont permis à la femme séparée agissant seule qu'autant qu'ils portent sur les économies par elle réalisées et non sur des capitaux (5) ; c'est ainsi enfin que la Cour de cassation ne lui permet de contracter des dettes que pour cause d'administration et seulement dans la mesure où, en s'obligeant, elle administre (6), en sorte qu'un acte, peut-être de faible importance, tel le cautionnement d'une dette modique, lui demeure interdit (7), au lieu qu'une opération de grande envergure, tel un emprunt, pourra, suivant les

(1) C. civ., art. 1449, § 2.

(2) Suivant une formule très heureuse, la capacité conférée à la femme séparée de biens se borne aux actes relatifs à l'administration de ses biens et à l'indépendance de gestion de sa fortune mobilière ». Req. 24 octobre 1906 (S. 1910.1.482).

(3) Paris, 28 juin 1851 (D. P. 1852.1.22) ; 29 janv. 1874 (D. P. 1874.2.224).

(4) Civ. 25 avril 1882 (D. P. 1882.1.371 ; S. 1882.1.441).

(5) Pour le placement de capitaux, V. civ. 2 déc. 1885 (D. P. 1886.1.294).

(6) Arrêt précité du 25 avril 1882.

(7) Req. 24 oct. 1906 (S. 1910.1.482).

circonstances de la cause, rentrer dans les limites de sa capacité (1).

Tout dépend donc, en somme, de l'esprit dans lequel la femme a agi, du but qu'elle a poursuivi, des mobiles qui l'ont décidée à traiter ; sans doute, la nature même de l'acte accompli est de grande importance, mais elle n'est point toujours décisive, puisque la même opération est susceptible, selon les conjonctures et d'après l'ambiance qui la caractérise, de rentrer dans le cadre des actes de libre administration ou bien d'en sortir. C'est donc que les éléments psychologiques ont, eux aussi, un rôle à jouer ; le but et les mobiles colorent l'acte de la femme et décident, non pas souverainement sans doute mais dans une mesure appréciable, de sa validité ou de sa nullité.

220. — IV. — *La vente entre époux.* — Le législateur français, qui admet cependant d'une façon générale que des conventions puissent intervenir entre conjoints (2), a interdit la vente entre époux (3), soit qu'il ait entendu assurer par là la révocabilité des donations intervenues entre eux *constante matrimonio*, ainsi que l'observation des disponibles spéciaux établis dans les articles 1094 et 1098 du code civil, soit aussi qu'il ait voulu protéger les créanciers contre les dangers d'une combinaison frauduleuse consistant, de la part du débiteur, à faire passer ses biens, au moins apparemment, à son conjoint (4). Si discutable que soit la valeur de ces raisons, lesquelles ne sont point spéciales à la vente et auraient donc dû logiquement postuler la prohibition entre époux de toutes les

(1) Paris, 27 nov. 1857 (D. P. 1857.2.209). — BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, *Le contrat de mariage*, t. III, n° 1506.

(2) V. BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *De la vente et de l'échange*, n° 228 ; GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. I, n° 145.

(3) C. civ., art. 1595, al. 1.

(4) V. PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1437.

opérations présentant un potentiel de fraude équivalent, il est incontestable que les rédacteurs du code civil y ont été sensibles et qu'elles expliquent dans une certaine mesure, sans la justifier pleinement, la condamnation prononcée par le législateur dans l'article 1595 du code civil. On est parti de cette idée qu'une vente entre époux se prête trop facilement à des combinaisons illicites, tendant à tourner des règles d'ordre public ou à spolier des créanciers, et c'est pourquoi on l'a considérée comme suspecte, en principe et en elle-même : ce qu'on a voulu frapper, ce n'est pas la vente sincère et loyale, laquelle n'eût pas présenté plus d'inconvénients entre époux que dans les rapports de toutes autres personnes, mais bien la vente mensongère, la vente-déguisement qui n'apparaît que pour cacher sous un masque trompeur une libéralité effective ou encore pour placer sous un faux pavillon et pour escamoter des biens qui continuent à ressortir en réalité au patrimoine dont on prétend faussement qu'ils sont sortis et dans lequel les créanciers ne pourraient plus les saisir ; ce sont ces éventualités exceptionnelles qui ont incité le législateur à poser le principe de la nullité de la vente entre époux : dans l'impossibilité de distinguer le bon grain de l'ivraie, il a jeté l'interdit sur celui-là comme sur celle-ci.

221. — Il est cependant des cas où la supposition de fraude ne serait plus de mise, où les conditions particulières dans lesquelles intervient l'opération en attestent la sincérité et la loyauté, et c'est s'il s'agit, pour l'un des époux, de se libérer d'une dette dont il est tenu envers l'autre ; alors, le but poursuivi légitime le moyen employé ; l'acte est sauvé par les mobiles-buts, par les mobiles justificatifs auxquels il se rattache, qui viennent le qualifier et le colorer. Et c'est ainsi que le législateur écarte la règle prohibitive dans trois cas où l'opération se présente d'ail-

leurs sous l'aspect, non pas d'une vente véritable, mais bien d'une dation en paiement (1).

Dans les trois éventualités envisagées par la loi, le fait sauveur est toujours la préexistence d'une dette à la charge de l'époux cédant et au profit de l'époux cessionnaire, soit qu'il s'agisse de procéder au règlement de comptes qu'entraîne la séparation de biens, soit que le mari doive effectuer un emploi ou un remploi pour le compte de sa femme, soit enfin que celle-ci soit restée débitrice envers lui d'une somme qu'elle s'était constituée en dot : en cette triple occurrence, la préexistence d'un rapport obligatoire et la nécessité de le dénouer donnent l'explication et la justification d'une opération qui s'en trouve ainsi légitimée et validée.

Il est si vrai que tel est le point de vue du législateur qu'il s'en réfère expressément, dans l'énoncé du deuxième cas, à la notion de la « cause légitime » ; il décide, en effet, que la cession doit être tenue pour valable, en thèse générale, du moment qu'elle émane du mari et qu'elle a, d'autre part, une cause légitime, telle la préoccupation d'assurer l'emploi des deniers de la femme ou le remploi de ses immeubles aliénés ; ces mobiles-buts, qui n'ont cependant rien d'organique et en l'absence desquels l'opération posséderait encore tous ses éléments constitutifs, sont considérés comme des gages de sa correction et la font échapper à la condamnation de principe prononcée par le législateur au seuil de l'article 1595.

222. — C'est en s'inspirant de ces directives que notre jurisprudence a aménagé un système d'interprétation parfaitement rationnel pour la deuxième dérogation établie par ce texte et relativement à la cession consentie par le mari à sa femme, indépendamment de toute séparation intervenue antérieurement entre les époux — système à

(1) C. civ., art. 1595-1^o-2^o-3^o.

la fois extensif et restrictif. D'une part, en effet, il est admis que la formule légale, encore qu'elle ne vise *in terminis* que le cas d'un remploi effectué à l'aide de la cession d'un immeuble, couvre et valide la dation en paiement réalisée à l'aide des meubles du mari (1) on ne discerne, en effet, aucune raison de traiter différemment ces deux arrangements et le second se trouve, aussi bien que le premier, justifié par la préexistence d'une obligation à la charge du mari ; d'autre part, et c'est en cela que l'interprétation s'affirme restrictive, notre jurisprudence exige absolument, pour que le mobile exerce sur l'opération son influence salutaire, que le mari et, plus généralement, l'époux cédant fût véritablement débiteur du cessionnaire, et, de plus, que la dette fût exigible lors de la cession (2). C'est ainsi qu'échapperaient à la protection du troisième alinéa de l'article 1595 pour tomber sous le coup de la prohibition générale édictée par la disposition liminaire du même texte, soit la cession que le mari consentirait à sa femme afin d'assurer le placement des économies réalisées sur les biens dont elle a la jouissance (3), soit aussi celle qui tendrait à effectuer un remploi simplement facultatif ; car on ne peut pas dire alors que l'opération soit intervenue en vue d'éteindre une dette préexistante, le remploi représentant, pour le mari, non pas une obligation, mais une simple faculté (4). De même, et plus cer-

(1) *Sic* : Req. 9 mars 1837 (D. *Jur. Gén.*, v^o Vente, 437-1^o) ; Nancy, 5 nov. 1868 (D. *Jur. gén. Supp.* v^o Vente, 178) ; 18 août 1885 (D. P. 1886.2.127). — AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, § 351, note 27 ; GUILLOUARD, 3^e éd., t. I, n^o 159 ; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, n^o 222 ; COLIN et CAPITANT, t. III, p. 161.

(2) COLIN et CAPITANT, *ibid* ; PLANIOL et RIPERT, t. II, n^{os} 1443 et s. ; et les arrêts cités plus loin.

(3) PLANIOL et RIPERT, t. II, n^o 1445 ; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, n^o 214.

(4) Req. 28 nov. 1855 (D. P. 1856.1.319) ; Civ. 2 juill. 1873 (D. P. 1873.1.464) ; 15 juin 1881 (D. P. 1882.1.193) ; S. 1883.1.473, note BUENOIR) ; 11 juill. 1888 (D. P. 1889.1.60) ; 16 avril 1889 (D. P. 1889.1.375) Rouen, 27 mars 1909 (S. 1910.2.161, note WAHL).

tainement encore, la dation en paiement ne serait-elle pas licite si elle intervenait sous couleur de restitution de dot et à un moment où, pendant la durée du mariage et en dehors d'une séparation de biens, cette restitution n'est ni obligatoire ni même possible (1). Dans de telles éventualités, la cause légitime fait défaut et l'opération tombe donc, faute de mobile justificatif, sous l'emprise de la condamnation prononcée par le code civil contre la vente entre époux.

Il y aurait lieu, au contraire, d'admettre la correction d'une vente entre époux, alors même qu'on se trouverait hors des cas exceptionnels prévus par la loi et quand bien même un rapport obligatoire de débiteur à créancier n'aurait pas préexisté entre l'auteur et l'ayant cause, si l'opération revêtait un caractère, non plus volontaire, mais nécessaire : c'est, par exemple, un époux qui se rend adjudicataire d'un immeuble appartenant à son conjoint et vendu sur la saisie des créanciers de celui-ci (2) ; ou bien c'est un mari qui poursuit, contre sa femme, la licitation d'un immeuble indivis entre eux (3). Les conditions mêmes dans lesquelles l'opération intervient et se déroule écartent toute idée de fraude de la part du ménage et suffisent à lui assigner une cause légitime — ce sont les ventes volontaires qui sont visées et proscrites par le premier alinéa de l'article 1593, non les aliénations forcées que l'on ne saurait interdire sans faire échec à des intérêts supérieurs, et par exemple à la règle que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ».

— PLANIOL et RIPERT, *loc. cit.* ; COLIN et CAPITANT, *loc. cit.* — *Contra* Nancy, 18 avril 1885, arrêt précité.

(1) *Sic* Req. 28 nov. 1855, arrêt précité.

(2) V. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 148 ; BAUDRY-LACANTINIERIE et SAIGNAT, *op. cit.*, n° 202. — Cpr. Rouen, 7 mars 1892 (D. P. 1893.2.24).

(3) Paris, 20 juill. 1922 (D. P. 1923.2.40 ; S. 1922.2.123).

§ 3. — LES CLAUSES D'INALIÉNABILITÉ (1).

223. — Le principe de la libre circulation des biens a certainement, dans notre droit moderne, la valeur d'une règle d'ordre public ; la propriété doit être aliénable à la volonté du titulaire et sous la seule réserve des incapacités personnelles dont il peut être frappé. Une société dans laquelle les biens demeureraient stagnants et s'accumuleraient perpétuellement à l'intérieur des mêmes patrimoines serait une société inerte, paralytique et vouée aux pires dangers : la mainmorte est une institution néfaste, nous en avons fait, au cours de notre histoire, la lourde expérience ; la vie, celle d'un peuple comme celle des individus, est faite d'échanges incessants et c'est le mouvement qui crée la richesse.

Mais il n'existe plus guère, à notre époque, de dogmes absolus ; la grande loi de la relativité domine tous les rapports, toutes les situations juridiques (2), et le dogme de l'inaliénabilité lui est soumis comme les autres. Il est des biens qui sont déclarés inaliénables par la loi ou par les règlements, directement, et dont ils interdisent la circulation au nom de cet intérêt public dont se réclame précisément la règle de l'inaliénabilité : tels les biens qui ont été classés à raison de l'intérêt historique ou artistique qu'ils présentent (3) et les billets de chemin de fer une fois que

(1) V. PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Les Biens*, nos 223 et s. ; BARTIN, *Des conditions impossibles et illicites* ; SAIGNAT, *De la clause portant prohibition d'aliéner*, thèse Bordeaux ; BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité*, thèse Paris ; RONGIER, *Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, thèse Lyon ; CHÉRON, *La Jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité*, *Rev. trim.*, 1906, p. 339 et s.

(2) V. notre livre sur *L'Esprit des droits et leur relativité*.

(3) Loi du 30 mars 1887, modifiée par les lois du 31 déc. 1913 et du 31 déc. 1921.

le parcours a été entamé (1) ; et d'autre part, il arrive que le législateur consacre l'inaliénabilité de différentes choses en fonction de certaines situations, de certains régimes juridiques, d'ailleurs librement institués par les particuliers c'est ainsi que l'immeuble dotal est déclaré inaliénable (2) comme sont conditionnellement frappés d'inaliénabilité les biens compris dans une substitution permise (3).

224. — Ce sont là des dérogations certaines, patentes à la règle de la libre circulation des biens et, plus spécialement, à celle de l'aliénabilité de la propriété or, c'est une question de savoir si la liste en est limitative ou s'il ne dépend pas des particuliers, d'une manière générale et abstraction faite des situations juridiques spéciales qui justifient, aux yeux du législateur, des dérogations par lui expressément reconnues, d'établir, au moins en quelque mesure et moyennant certaines modalités, l'inaliénabilité d'un bien déterminé. C'est là le problème de la validité ou de la nullité des clauses dites d'inaliénabilité.

A vrai dire, ce problème se pose dans des termes assez limités et seulement à l'occasion des actes d'aliénation : on ne concevrait pas, en effet, qu'un propriétaire pût songer à décréter purement et simplement sa chose inaliénable, entre ses mains et en dehors de tout acte translatif de propriété ; cette résolution, qui ne tendrait à rien moins qu'à frapper ladite chose d'insaisissabilité et à la soustraire à l'action des créanciers de son actuel propriétaire, ne présenterait, du point de vue général, que des inconvénients ; elle choquerait l'ordre public ; elle irait d'ailleurs à l'encontre de ce principe qu'on ne saurait se créer de titre à soi-même, par un acte de volonté unilatérale et à

(1) V. L. JOSSEMAND, *Les Transports*, 2^e éd., nos 827 et 828 et spécialement pour les coupons de retour, l'art. 78 du décret du 11 nov. 1917 relatif à la police des chemins de fer.

(2) C. civ., art. 1554.

(3) C. civ., art. 1048 et s.

l'encontre de la collectivité. C'est donc seulement à l'occasion d'une aliénation et dans l'acte même qui opère le déplacement de la propriété, que le disposant peut raisonnablement songer à imprimer au bien aliéné un caractère inaliénable, non point entre ses mains, mais entre celles de son ayant cause l'acquéreur. Encore faut-il supposer, pratiquement du moins, que l'aliénation s'effectue à titre gratuit ; car on conçoit mal qu'un ayant cause à titre onéreux, tel un acheteur, se prête à une combinaison tendant à lui enlever un des attributs essentiels de la propriété, au lieu que le donataire ou le légataire seraient mal venus à chicaner sur ce point puisque l'opération est tout gain pour eux — « il n'est si bel acquêt que de don » — et le disposant sera à son aise pour leur imposer un régime juridique de son choix ; il aurait pu ne rien donner du tout ; il lui est donc loisible d'assortir sa libéralité de certaines réserves dont le gratifié ne saurait se plaindre, du moins si elles interviennent dans les limites du disponible (1). Aussi est-ce presque toujours dans un acte de donation ou dans un testament que se retrouve la cause d'inaliénabilité et c'est à cette occasion que s'est posée la question de sa validité.

225. — Jadis, la Cour suprême se montrait sévère et intransigeante au nom de l'ordre public, elle proscrivait impitoyablement les clauses tendant à faire échec à la libre circulation des biens, lesquels sont dans le commerce, à moins de disposition légale contraire, et doivent donc pouvoir être librement aliénés à un moment quelconque ; à son sentiment « la libre circulation de biens est une maxime d'ordre et d'intérêt publics, résultant de l'esprit

(1) La réserve devant parvenir intacte à l'héritier réservataire, les biens qui la composent ne pourraient être frappés d'inaliénabilité par le disposant, ni même d'une simple insaisissabilité (Cpr. art. 581-3°).

comme du texte de la loi, et notamment des articles 544, 1594, 1598 du code civil ; ... cette maxime ne peut fléchir devant la volonté de l'homme ; une propriété quelconque ne peut être déclarée inaliénable que dans les cas prévus par la loi, où elle a cru devoir permettre une dérogation formelle au principe fondamental de la libre disposition des biens, attribut et caractère essentiel de la propriété ; une clause d'incessibilité... tend à modifier, en dehors des conditions et des cas déterminés par la loi, le libre usage de la propriété, et à mettre ainsi hors du commerce des choses qui, dans l'état actuel de la législation, doivent y rester soumises » (1).

Il est certain que les articles 1594 et 1598 du code civil fournissent de très puissants arguments à l'encontre de la validité des clauses d'inaliénabilité, le second de ces textes surtout, aux termes duquel « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation » ; à quoi on pourrait ajouter qu'on ne voit pas très bien comment le droit d'aliénation peut divorcer d'avec le droit de propriété à l'occasion de la transmission du bien sur lequel portent ces prérogatives ; on comprendrait bien que le disposant retînt pour lui un des attributs de la propriété dont il demeurerait donc nanti *per deductionem*, mais non pas qu'il anéantît cet attribut, lequel, si l'on admet la validité de la clause d'inaliénabilité, n'appartient plus à personne et se trouve en quelque sorte volatilisé. Vainement répondrait-on que toute inaliénabilité se ramène à une incapacité d'aliéner dont se trouve frappé le propriétaire actuel ; il serait facile de répliquer que la capacité des personnes est au-dessus des conventions et ne saurait être modifiée par la volonté unilatérale d'un particulier.

(1) Civ. 6 juin 1853 (D. P. 1853.1.494)

226. — On s'explique donc l'intransigeance initiale de la Cour suprême dont l'opinion était approuvée et l'est demeurée, de nos jours encore, par différents auteurs (1). Mais, dans l'ensemble, un revirement s'est produit depuis longtemps en faveur des clauses jadis indistinctement condamnées ; la majorité des écrivains et notre jurisprudence se sont affranchis de ce que MM. Colin et Capitant appellent « l'ancienne mystique » (2) ; ils ont reconnu que l'intérêt public ne s'opposait pas toujours, inexorablement, aux intérêts privés et que ceux-ci pouvaient prétendre parfois, très raisonnablement, à établir une certaine inaliénabilité sans que l'ordre social en fût lésé ; et l'idée s'est fait jour, et les conditions ont été dégagées d'une transaction entre les deux tendances contradictoires qui s'affirmaient et qui s'affrontaient, l'une au nom de la liberté du commerce, l'autre au nom de la liberté individuelle ; transaction qui fut l'œuvre excellente de notre jurisprudence et qui eut pour résultat de donner satisfaction à la volonté privée du moment qu'on pouvait le faire sans compromettre les exigences de l'ordre public, de valider les clauses d'inaliénabilité lorsque cette validation présenterait, pour les particuliers, un avantage supérieur aux inconvénients entraînés par le refoulement du grand principe de la libre circulation des biens (3).

227. — Or, pour faire cette pesée délicate, la jurisprudence a pris en considération, d'abord et presque exclusivement, les raisons qui se trouvent à la base de la stipulation, les mobiles auxquels l'artisan de l'inaliénabilité a obéi : du moment que ces mobiles sont légitimes et que,

(1) V. notamment PLANIOL et RIPERT, t. I, n° 2347 ; dans le *Traité pratique de droit civil français*, M. PICARD incline au contraire à approuver la jurisprudence actuelle. *Les Biens*, n° 223.

(2) COLIN et CAPITANT, t. I, p. 767.

(3) V. par exemple Civ. 20 avril 1858 (D. P. 1858.1.154 ; S. 1858.1.589).

d'autre part, le but visé n'est pas vicié et comme dépassé par une réalisation excessive, nos tribunaux valident la clause litigieuse ; dans le cas contraire, ils l'annulent.

Quels sont donc, en pareille matière, les mobiles légitimes, les mobiles sauveurs ? Quel est — ce qui revient au même — le but justificatif ?

Les mobiles susceptibles de sauver de la nullité une clause d'inaliénabilité rentrent nécessairement dans l'une des trois catégories suivantes : le disposant a pu insérer à bon droit ladite clause, soit dans l'intérêt de l'acquéreur, soit dans le sien propre, soit encore dans l'intérêt d'un tiers.

1^o *Mobile légitime tiré de l'intérêt de l'acquéreur.* — Le disposant a voulu protéger le donataire ou le légataire contre lui-même, contre sa propre inexpérience ou sa légèreté, « contre les prodigalités auxquelles il aurait pu se laisser entraîner dans l'effervescence de la jeunesse » (1), il lui sera donc interdit d'aliéner jusqu'à ce qu'il ait atteint un certain âge ; de cette façon, le bien donné ou légué restera, jusqu'à l'heure fixée, dans son patrimoine où il ne pourra pas être appréhendé par ses créanciers, car l'inaliénabilité a pour corollaire l'insaisissabilité (2).

(1) Req. 23 mars 1903 (D. P. 1903.1.337, note PLANIOL) ; S. 1904.1.225, note TISSIER.

(2) *Sic* Req. 11 juill. 1877 (D. P. 1878.1.62) ; 18 avril 1901 (D. P. 1901.1.254 S. 1901.1.240) ; 30 oct. 1911 (S. 1912.1.385, note WAHL) 11 juin 1913 (D. P. 1914.1.242) ; 3 juill. 1922 (S. 1923.1.107) 16 janv. 1923 (D. P. 1923.1.177). Cette dernière décision mérite une mention particulière le testateur avait institué sa nièce comme sa légataire universelle en stipulant que les biens par elle recueillis seraient incessibles et insaisissables tant qu'elle n'aurait pas atteint l'âge de trente ans ou qu'elle ne se serait pas mariée avec l'autorisation de ses grands-parents ou d'un conseil de famille, c'est-à-dire de personnes autres que celles qui, dans l'espèce, avaient qualité pour l'autoriser. On plaida qu'une telle clause était contraire à l'ordre public comme tendant à écarter les règles relatives à l'habilitation des mineurs en vue du mariage. Mais la Chambre des requêtes en décida autrement parce que la clause litigieuse laissait à la légataire la possibilité de se marier avec l'autorisation de qui de droit, sauf à subir jusqu'à l'âge de trente ans la charge de l'inaliénabilité,

2^o *Mobile légitime tiré de l'intérêt du disposant.* — Cet intérêt peut se présenter sous différents aspects : il s'agit, pour le donateur, qui s'est réservé l'usufruit de l'immeuble donné, de conserver comme nu-propriétaire la personne même qu'il a gratifiée et à laquelle il veut avoir affaire plutôt qu'à un sous-acquéreur de lui inconnu (1) ; ou bien il veut s'assurer le bénéfice effectif du droit de retour légal qui lui est conféré en sa qualité d'ascendant et grâce auquel il pourra, en cas de prédécès du donataire, récupérer les biens donnés, lesquels se retrouveront en nature dans la succession du gratifié par la vertu de la clause d'inaliénabilité (2).

3^o *Mobile légitime tiré de l'intérêt d'un tiers.* — Le disposant a légué un immeuble en imposant au légataire la charge de servir une rente viagère à une tierce personne ; et, afin d'assurer le service des arrérages, il va fixer ledit immeuble dans le patrimoine du débirentier au moyen d'une clause d'inaliénabilité ; de cette façon, le légataire aura toujours les moyens de payer les arrérages, comme le crédentier disposera d'un gage sûr en vue de l'exécution de la charge dont il est le bénéficiaire (3).

228. — Voilà autant d'intérêts légitimes, donc de mobiles justificatifs qui ne conserveront d'ailleurs leur vertu qu'autant qu'il s'agira d'une inaliénabilité temporaire : une clause qui prétendrait frapper un bien d'une inaliénabilité perpétuelle ou même s'étendant à toute la vie

charge qui n'avait été établie que temporairement et dans le but louable de protéger la légataire contre l'influence d'un père dont l'esprit de dissipation était notoire, donc dans « un sentiment de bienveillant intérêt ».

(1) Civ. 27 juill. 1863 (D. P. 1864.1.494) ; Req. 9 mars 1868 (D. P. 1868.1.309) ; Civ. 22 juill. 1896 (D. P. 1898.1.17, note PLANIOL).

(2) Civ. 28 avril 1858 (D. P. 1858.1.154 ; S. 1858.1.589).

(3) Req. 12 juill. 1865 (D. P. 1865.1.475) ; Civ. 16 mars 1903 (D. P. 1905.1.126 ; S. 1905.1.513, note TISSIER) ; Douai, 27 avril 1864 (D. P. 1864.2.89).

du gratifié serait considérée comme injustifiable, en elle-même et sans égard pour les raisons qui ont pu inciter le disposant à l'insérer : elle est objectivement illégitime, insusceptible d'être légitimée par les circonstances de la cause (1) ; ce qui n'empêche d'ailleurs pas la pratique de se montrer encore assez libérale en pareille matière, puisqu'elle a admis la validité de clauses faisant porter l'inaliénabilité sur une période de trente ans (2).

Notre jurisprudence en arrive ainsi à distinguer entre les clauses qui tendent vraiment à mettre un bien hors du commerce et celles qui interviennent dans un but de « sage prévoyance (3) » ; elle ne veut pas que l'inaliénabilité constitue, en soi, le but même de l'opération ; pour être tolérée, il faut qu'elle se présente sous l'aspect d'un moyen auquel on a recours pour atteindre une autre fin dont la légitimité assure la validité de l'opération (4).

229. — Sanctions. — Elles sont susceptibles d'intervenir à une double occasion et dans un double sens selon que la clause d'inaliénabilité est nulle ou selon qu'elle est valable.

1^o Si elle est illicite, elle doit être biffée, elle doit disparaître de l'acte dans lequel elle figurait. A cela se borne en principe la sanction puisque ladite clause est pratiquement insérée dans une donation ou dans un testament, et que les conditions ou les charges illicites inscrites dans de tels actes sont seulement réputées non écrites (5).

Mais il en va autrement lorsque la clause reconnue

(1) V. l'arrêt précité du 30 oct. 1911.

(2) Paris, 12 janv. 1906 (D. P. 1906.2.361).

(3) V. les décisions précitées.

(4) Notre Cour de cassation traite de même et envisage sous le même angle la clause dite *de résidence*, par laquelle le testateur prétend imposer au légataire l'obligation d'habiter dans la maison ou sur le domaine qu'il lui a légué ; une telle disposition sera valable ou nulle selon qu'elle correspondra ou non à un « sentiment légitime du testateur ». V. Req. 17 mars 1925 (S. 1927.1.281, note René MOREL).

(5) C. civ., art. 900 V. *suprà*, nos 143 et s.

nulle avait joué, dans l'opération, un rôle essentiel, celui de « cause impulsive et déterminante » ; en ce cas, et d'après une jurisprudence précédemment décrite (1), sa nullité entraîne avec elle celle de l'opération elle-même, et cela en considération des mobiles du disposant qui exercent, à cet égard encore, une influence décisive sur les destinées de la disposition.

2° A supposer que la clause soit licite, ces mêmes mobiles vont faire un retour offensif ; car ils ne décident pas seulement de la validité ou de la nullité de la clause d'inaliénabilité (2) ; ils déterminent encore et ils conditionnent la nature de la nullité de l'acte intervenu au mépris de cette clause reconnue valable ; à supposer que le bien régulièrement frappé d'inaliénabilité soit cependant aliéné par le gratifié, l'acte accompli au mépris de la défense faite par le disposant sera, dans l'opinion très communément admise, atteint d'une nullité relative, d'une simple annulabilité, puisqu'il fait échec à des intérêts privés, non à l'ordre public. La nullité n'en pourra donc être demandée que par certaines personnes, celles dans l'intérêt desquelles elle existe ; et, pour les découvrir, il conviendra de s'en référer au but poursuivi par le disposant, aux mobiles qui l'ont décidé à décréter l'inaliénabilité du bien donné ou légué ; suivant que ces mobiles seront tirés de son propre intérêt ou de celui du gratifié ou enfin de celui d'un tiers bénéficiaire, l'action en nullité appartiendra à l'une ou aux autres de ces personnes à chacun selon ses intérêts

(1) *Suprà, eod. loc.*

(2) M. WAHL a soutenu que l'aliénation effectuée au mépris d'une clause licite d'inaliénabilité n'était pas atteinte d'une nullité opposable aux tiers (*Sirey*, note précitée). Mais la jurisprudence et la doctrine sont nettement fixées en sens contraire. V. Req. arrêt précité du 23 mars 1903 ; Paris, 21 mai 1901 (*Gaz. Pal.*, 1901, 2^e sem., 2.356) ; 9 mars 1903 (S. 1904.2.204) ; Toulouse, 16 janv. 1907 (S. 1908.2.133) et un article de Alb. WAGNER sur *la clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs*, *Rev. trim.*, 1907, p. 311, notamment p. 354 et 355. V. aussi M. PICARD, *op. cit.*, n° 227.

légitimes, et, pour découvrir ces intérêts, on devra scruter les mobiles du disposant qui commandent ainsi, non seulement à la validité ou à la nullité de la clause litigieuse, mais encore à l'aménagement de la nullité qui en constitue la sanction (1).

230. — *Clauses de emploi.* — Il arrive que le disposant, sans aller jusqu'à frapper le bien donné ou légué d'une indisponibilité absolue, stipule qu'il ne pourra être aliéné qu'à charge de emploi. La validité de cette combinaison ne saurait faire doute lorsqu'elle intervient dans un contrat de mariage et quel que soit le régime adopté par les époux, son opposabilité aux tiers est admise, par la loi sous le régime dotal (2), par une doctrine et une pratique constantes sous les régimes de communauté, à condition seulement, dans cette dernière éventualité, que les parties s'en soient expliqué clairement (3). Dès lors, il ne nous semble pas possible de s'arrêter à mi-chemin et de refuser une pleine efficacité aux clauses de ce genre lorsqu'elles ont pour cadre une libéralité ordinaire et qu'elles interviennent en dehors de tout projet de mariage, du moins si elles se justifient par les mobiles qui les ont fait insérer dans l'acte de donation ou dans le testament ; les objections qu'on a formulées contre cette validité et cette pleine efficacité ne portent pas (4) ; elles ne prouvent pas grand'chose parce qu'elles prouvent trop, car elles pour-

(1) Req. arrêt précité du 23 mars 1903 ; 27 nov. 1893 (D. P. 1894. 1. 566). — V. la note de M. PLANIOL (D. P. 1903. 1. 337), l'article précité de M. WAGNER, et M. PICARD, *op. cit.*, nos 228 et 229.

(2) Elle résulte nécessairement de cette double idée que l'immeuble dotal est inaliénable sous le régime dotal et que la clause de emploi n'écarte que partiellement et conditionnellement l'inaliénabilité qui reprend son empire du moment que le emploi n'a pas été effectué. V. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *Du contrat de mariage*, t. III, n° 1775.

(3) V. Baudry-Lacantinerie, LE COURTOIS et SURVILLE, *op. cit.*, t. I, n° 424.

(4) V. ces objections formulées par M. WAHL dans la note précitée.

raient être reproduites tout aussi bien et même à plus juste titre à l'encontre des clauses d'inaliénabilité qui ont une portée bien plus étendue et dont la valeur est cependant maintenant reconnue dans les limites que nous avons tracées : qui peut le plus peut le moins, et du moment que le disposant aurait pu frapper les biens dont il se dessaisissait d'une inaliénabilité absolue et opposable à tous, il doit être admis à en conditionner l'aliénation éventuelle et à en subordonner la validité à la réalisation d'un emploi, pourvu que le statut par lui ainsi imposé aux biens donnés ou légués trouve sa justification dans un intérêt légitime (1).

231. — *Comparaison avec la clause dite de viduité.* — Les clauses d'inaliénabilité ont ceci de commun avec les conditions de viduité ou de célibat que la validité s'en trouve subordonnée, dans l'actuel état de la jurisprudence, à l'existence de mobiles légitimes ; il semble donc qu'il y ait là deux théories parallèles et presque similaires, offrant la même gamme de nuances et de solutions.

La réalité est bien différente, car, tandis que la validité est le principe pour les conditions de viduité ou de célibat (2), elle ne représente plus que l'exception en ce qui concerne les clauses d'inaliénabilité. Le principe est, en effet, celui de la libre circulation des biens, tel qu'il est consacré dans différents textes, notamment dans l'article 1598 du code civil ; ce n'est que grâce à l'intervention d'un mobile justificatif que la clause d'inaliénabilité est sauvée de la nullité qui la guettait ; au contraire, il n'existe aucune disposition législative qui porte la condamnation des conditions de viduité ou de célibat ; ces clauses sont donc valables, sauf intervention d'un mobile illicite qui viendrait vicier et ruiner la combinaison, et c'est bien

(1) *Sic* Req. 30 oct. 1911 (S. 1912.1.385, note WAHL).

(2) *Suprà*, n^{os} 139 et s.

pourquoi nous avons étudié ces deux catégories de clauses dans deux sections différentes, les premières à propos des mobiles illicites, les autres avec les mobiles justificatifs et sauveurs.

§ 4. — LES RETRAITS.

232. — Il existe des cas très exceptionnels dans lesquels la loi permet à certaines personnes de prendre pour leur propre compte le marché d'autrui, moyennant indemnité : cette expropriation pour cause d'utilité privée prend le nom de retrait ; on sait qu'elle a été consacrée par notre code civil à trois reprises différentes : en matière de partage (*retrait successoral*) (1), de communauté conjugale (*retrait d'indivision*) (2) et de cession de droits litigieux (*retrait litigieux*) (3).

Or, cette prérogative exorbitante du droit commun que la loi reconnaît ainsi au retrayant d'évincer, moyennant indemnité, le légitime acquéreur d'un bien, s'explique par les conditions mêmes dans lesquelles l'acquisition avait eu lieu et par les appréhensions qu'elle est susceptible de provoquer : notamment, il est à craindre que le cessionnaire d'une créance litigieuse ne soit un spéculateur, un professionnel de la chicane, un homme d'affaires au sens péjoratif du mot, qui traque le débiteur cédé sans trêve ni merci en vue de faire rendre le maximum à l'opération effectuée. C'est pourquoi le législateur s'interpose afin de protéger le débiteur contre l'âpreté du cessionnaire ; c'est pourquoi il lui fournit, sous le nom de retrait litigieux, une arme qui lui permettra d'écarter le danger, d'éliminer l'adversaire en lui remboursant le prix de cession.

(1) C. civ., art. 841.

(2) C. civ., art. 1408,

(3) C. civ., art. 1699.

Mais cette protection législative perd sa raison d'être, elle devient superflue du moment que le cessionnaire a acquis la créance dans des conditions qui écartent chez lui l'idée de spéculation, du moment qu'il avait des raisons valables, des motifs légitimes de l'acquérir : l'acte s'en trouve justifié et le retrait ne pourra pas être exercé contre un acquéreur qui échappe à toute suspicion et qui, par exemple, s'est contenté de recevoir son dû.

Il existe donc, en pareille matière, des mobiles justificatifs qui sauvent l'acte, non pas de la nullité — il n'en était pas menacé — mais d'une sorte de neutralisation subséquente, d'un arrêt dans son développement logique. Mais précisément parce que la nullité de l'acte n'était pas en cause, nous sortons, avec cette éventualité, de l'ordre d'idées dans lequel nous nous sommes confiné au cours de ce chapitre et nous abordons, avec une nouvelle division, l'examen de l'influence que les mobiles sont susceptibles d'exercer sur la solidité et sur la permanence des actes juridiques, d'ailleurs valablement conclus.

CHAPITRE II

DE L'INFLUENCE DES MOBILES SUR LA SOLIDITÉ ET SUR LA PERMANENCE DES ACTES JURIDIQUES.

233. — Nous supposons désormais que l'acte juridique est intervenu dans des conditions parfaitement conformes à la volonté de la loi comme aussi aux volontés privées dont il est l'expression fidèle : il n'est ni vicié ni vicieux. Il reste alors à savoir s'il accomplira pleinement ses destinées ou bien si le cours n'en sera pas prématurément interrompu par un événement ultérieur qui en déterminera, soit la neutralisation par retrait, soit la résolution, la révocation ou la caducité. Or, nous allons constater que, dans ces différentes directions, l'avenir de l'opération est essentiellement conditionné par l'ambiance psychologique dans laquelle elle s'est formée, par les mobiles qui ont présidé à son élaboration et à sa conclusion : ces mêmes ressorts de la volonté qui décident de la validité ou de la nullité initiales de l'acte, ont également voix au chapitre lorsqu'il s'agit d'en mesurer la durée, d'en apprécier la solidité, d'en éprouver la permanence.

Nous envisagerons d'abord la théorie des retraits, puis celles de la résolution et de la révocation, enfin celle de la caducité, laquelle est spéciale aux dispositions testamentaires.

SECTION I

LES RETRAITS.

234. — Les trois retraits du code civil dont nous venons de caractériser sommairement l'économie générale (1), sont destinés à éliminer d'un rapport juridique déterminé une personne qui y était entrée dans des conditions considérées comme suspectes et qui y faisait figure d'intrus.

C'est un individu qui, étranger à une hérédité, dépourvu de toute vocation universelle ou à titre universel, s'est rendu acquéreur de droits successifs et devient donc, à ce titre, partie à la liquidation de la succession. Pareille irruption d'un étranger dans le partage successoral, acte spécifiquement familial, est envisagée défavorablement par le législateur qui donne aux cohéritiers du cédant le moyen d'évincer le cessionnaire en lui remboursant le prix de la cession ; ils exerceront ainsi le *retrait successoral* qui leur permettra de rester en famille, donc d'éviter des tractations inattendues avec un héritier d'occasion qui pourrait être animé de mauvaises intentions et dont il est urgent de prévenir l'âpreté et les indiscretions (2).

Ou bien c'est un mari qui s'est porté acquéreur de tout ou partie, et pour le compte de la communauté, d'un immeuble dont sa femme, commune en biens, était antérieurement copropriétaire. Une telle initiative est singulière ; elle enlève à la femme la chance d'acquérir les parts qui lui manquaient et qui, si elle les eût achetées, auraient constitué pour elle un propre en vertu d'une sorte de phénomène d'accession que consacre l'article 1408, § 1, du code civil. Le geste du mari est donc inopportun et suspect ; il ap-

(1) *Suprà*, n° 232.

(2) C. civ., art. 841.

pelle une parade qui se présente sous l'aspect du *retrait d'indivision* la femme pourra, si mieux elle n'aime laisser s'accomplir les événements, retirer l'immeuble de la communauté, le prendre à titre de propre, sauf à rembourser à ladite communauté le montant de la somme que le mari avait consacrée à l'acquisition. De cette façon, le calcul du mari, à supposer qu'il ait été formé, sera déjoué et la femme s'assurera le bénéfice personnel d'une opération qui avait été réalisée au nom et dans l'intérêt de la communauté (1).

Ou enfin c'est un tiers qui se rend cessionnaire d'un droit litigieux, généralement d'une créance dont l'existence ou la quotité sont contestées ; cette substitution d'un nouveau créancier au créancier primitif, survenue dans des conditions aussi anormales, aussi défavorables, est bien de nature à alarmer le débiteur qui va avoir affaire très probablement à un spéculateur sans pitié, résolu à faire rendre le maximum à une créance qu'il a acquise très bon marché à raison même de son caractère litigieux. Ici encore, la loi vient au secours de la victime désignée en lui permettant d'expulser l'intrus du rapport obligatoire moyennant le remboursement du prix de cession : et c'est à cette préoccupation que répond le *retrait litigieux* (2).

Dans ces trois éventualités, l'opération, régulièrement pratiquée, se trouve par la suite, non pas annulée, mais neutralisée, stérilisée par la volonté d'une personne dont elle avait modifiée fâcheusement et de façon inopportune la situation antérieure ; et, si la loi autorise ce refoulement d'un ayant cause dont le titre est intrinsèquement impeccable, c'est à raison des mobiles qui avaient présidé à son initiative et qui l'avaient incité à pénétrer dans le rapport juridique auquel il était jusque-là étranger, mobiles

(1) C. civ., art. 1408, § 2.

(2) C. civ., art. 1699.

à base d'indiscrétion, de malveillance ou de cupidité : si le cessionnaire est expulsé de la situation juridique régulièrement acquise, c'est à cause de l'esprit dans lequel il s'y était installé et des fins qu'il poursuivait en l'occupant.

235. — De là cette conséquence que l'expulsion ne sera plus possible et que le retrait deviendra impraticable si le nouveau venu a réalisé son acquisition dans des conditions telles que toute suspicion contre lui soit écartée et que la cession s'en trouve légitimée. Alors, en effet, l'éviction du cessionnaire ne répondrait plus à aucune nécessité et deviendrait donc injuste : pas d'expropriation forcée, même avec indemnité, donc pas de retrait en dehors d'une nécessité, ou, du moins, d'une utilité juridique, flagrante ; de telle sorte que les mobiles qui, parce qu'ils étaient généralement suspects, avaient fait instituer le retrait, vont à l'inverse, et parce qu'ils sont justificatifs, dans l'espèce, consolider l'opération et soustraire le cessionnaire à l'éviction dont il était menacé.

Et les mobiles dont il s'agit ici, ce ne sont nullement, du moins en thèse générale (1), — la remarque est essentielle, — les mobiles intrinsèques, qui font corps avec l'acte et qui constituent la cause au sens classique du mot ; mais ce sont les mobiles extérieurs à la cession, qui n'en font nullement partie intégrante et qui ont un caractère strictement individuel.

236. — Quels sont donc ces éléments subjectifs, ces circonstances de la cause qui, revêtant une valeur justificative, vont soustraire la cession à l'emprise du retrait ? L'immunité ainsi acquise à l'acte procédera ou bien de son

(1) Cette réserve est nécessaire en vue des cessions à titre gratuit dont nous parlons plus loin et qui échappent au retrait à raison de l'esprit de libéralité dont ils procèdent, lequel constitue bien, dans la conception classique, la cause même de l'opération.

caractère lucratif ou bien de la préexistence de droits qui appartiennent antérieurement au cessionnaire et qui lui donnaient un intérêt légitime à pénétrer dans le rapport juridique où il s'est immiscé.

1° C'est un principe universellement admis que le cessionnaire échappe au retrait du moment que la cession lui a été consentie à titre gratuit ; car alors, il n'est plus guère possible de voir en lui un spéculateur sans scrupules et sans entrailles, ou même tout simplement un indiscret, un fâcheux ; ce n'est pas intentionnellement, de propos délibéré qu'il a pénétré dans le rapport obligatoire, mais en vertu d'un titre — donation, testament, dévolution héréditaire — qu'il ne dépendait pas de lui de se procurer ; ses intentions ne sauraient être suspectées ; elles sont pures, et c'est pourquoi la cession dont il a bénéficié ne saurait être l'objet d'un retrait qui porterait à faux et qui choquerait l'équité.

Cette solution a cours soit pour le retrait successoral, soit pour le retrait d'indivision, soit également pour le retrait litigieux : elle ressort implicitement, non seulement de l'esprit de l'institution comme nous venons de le noter, mais aussi de la lettre de la loi les textes relatifs aux divers retraités décident tous que le retrayant doit rembourser au retrayé « le prix de la cession » (1), « le prix de l'acquisition » (2), et ces formules ne laissent aucun doute sur la nature de l'acte à l'occasion duquel intervient l'expropriation : il s'agit bien d'un acte à titre onéreux, sans quoi il ne saurait être question d'un prix dont ne s'accommode pas la notion du titre gratuit (3).

(1) Art. 841 et 1699.

(2) Art. 1408, § 2.

(3) *Sic* pour le retrait successoral AUBRY et RAU, 4^e éd., t. VI, § 621 *ter* ; DEMOLOMBE, t. XVI, n° 93 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Les successions*, t. II, n° 3342 ; pour le retrait d'indivision NAST, *op. cit.*, t. I, n° 243 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, t. I, n° 448 ; HUC, t. IX, n° 122. — Pour le retrait litigieux : AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, § 359 *quater* ; BAUDRY-LACANTINERIE

Cette immunité dont bénéficie la cession consentie à titre lucratif pourrait inciter le cessionnaire à dissimuler le prix par lui payé au cédant de façon à présenter faussement celle-ci sous les dehors d'un acte de bienfaisance. Il va sans dire que, conformément au droit commun, les intéressés seraient admis à établir la fraude par tous les moyens possibles et que, l'ayant démasquée, ils seraient en droit de prendre l'acte pour ce qu'il est en réalité, c'est-à-dire pour une opération à titre onéreux contre laquelle le retrait peut se développer : c'est un principe, en effet, que les contre-lettres ne produisent pas d'effet contre les tiers (1).

237. — 2^o La cession peut encore être légitimée par les droits dont le cessionnaire était titulaire antérieurement à la cession et qui lui donnaient un intérêt à entrer dans le rapport juridique où il s'est immiscé.

L'application la plus typique de cette loi générale et incontestée se réalise dans le cas où le cessionnaire avait, antérieurement à la cession, la qualité de cohéritier ou de copropriétaire : c'est un héritier qui se fait céder la part d'un cohéritier ; ou c'est un copropriétaire quelconque qui se fait céder les droits de ses consorts ou de l'un d'eux sur l'immeuble indivis, alors que ces droits sont contestés quant au fond. Dans ces diverses éventualités, l'opération effectuée par le cessionnaire trouve son origine naturelle et sa pleine justification dans un état de choses antérieur dont elle n'est que le développement et l'aboutissement,

et SAIGNAT, n^o 931 ; HUC, t. II, n^o 608. — Req. 8 janv. 1924 (D. Jurisp. gén. v^o Vente, n^o 2018) ; Toulouse, 13 déc. 1830 (D. Jurisp. gén., *ibid.*). Il semble même que la cession échappe au retrait du moment qu'elle affecte la forme d'un échange et encore qu'elle ait donc lieu à titre onéreux ; car le prix fait alors défaut. *Sic* : SAIGNAT, *op. cit.*, n^o 933.

(1) C. civ., art. 1321 ; V en ce sens, pour le retrait d'indivision, HUC, t. IX, n^o 122 ; pour le retrait litigieux, BAUDRY-LACANTINIERE et SAIGNAT, n^o 932.

et on ne saurait la neutraliser sans porter atteinte à des droits certains, à des droits acquis qui la postulaient virtuellement : comment refuser à un copropriétaire la faculté de mettre fin à l'indivision ou, tout au moins, de s'orienter vers sa disparition, en acquérant tout ou partie des portions qui lui manquent ? Et, d'autre part, comment suspecter l'attitude d'un héritier qui se fait céder la part d'un de ses cohéritiers, alors que, de toute façon, il devait participer aux opérations du partage qui ne peuvent qu'être facilitées et simplifiées par l'élimination d'un des intéressés ? Aussi s'accorde-t-on à écarter la possibilité d'un retrait en pareille occurrence, aussi bien en matière successorale que pour les cessions de droits litigieux (1).

L'existence antérieure d'une hypothèque est susceptible, elle aussi, de justifier une cession et de faire échapper le cessionnaire au danger de l'expropriation, et cela dans un double sens, soit que l'hypothèque lui appartienne, soit qu'elle le menace. On peut supposer, en effet, qu'un mari se porte adjudicataire d'un immeuble dont sa femme est copropriétaire et sur lequel il avait une hypothèque en garantie d'une créance dont il était le titulaire ; comme on peut imaginer que le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué se fasse céder la créance, en l'occurrence litigieuse, dont le paiement est précisément garanti par la sûreté établie sur son bien. Le retrait d'indivision sera écarté dans le premier cas, comme le retrait litigieux dans le deuxième (2) parce que l'ayant cause avait de bonnes raisons pour acquérir l'immeuble ou la créance ; le mari voulait réaliser un gage hypothécaire tandis que le tiers

(1) *Sic* pour le retrait successoral, COLIN et CAPITANT, t. III, p. 570 ; PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 2449 ; pour le retrait litigieux : C. civ., art. 1701-1°.

(2) C'est là, dans l'opinion la plus communément reçue, l'éventualité prévue et ainsi réglementée dans l'art. 1701-3° qui suppose que la cession a été faite « au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux ».

détenteur se proposait d'échapper à l'éviction dont il était menacé à raison de l'hypothèque dont sa chose était grevée.

Enfin, l'article 1701 admet encore, en tant que cause légitime et pour la cession de droit litigieux, l'existence d'une créance au profit du cessionnaire et en règlement de laquelle il accepte une créance litigieuse qui lui est transmise par son débiteur et dont celui-ci était le titulaire (1). Cette opération, qui se ramène à une sorte de dation en paiement, est justifiée par les conditions mêmes dans lesquelles elle intervient : le cessionnaire se propose de recevoir son dû, préoccupation bien légitime et qui n'est aucunement suspecte. Ici encore, les droits qu'il possédait antérieurement à la cession en constituent la légitimation et la libèrent de la menace du retrait (2).

238. — En revanche, il n'y aurait pas lieu, croyons-nous, de prendre en considération à cet effet les formes dans lesquelles l'acte incriminé est intervenu : la vente publique ne doit pas être traitée autrement que la vente amiable ; la cession faite aux enchères est assimilable à la cession de gré à gré. A vrai dire, la question a été discutée, surtout pour le retrait litigieux, mais l'opinion que nous proposons rallie la très grande majorité des suffrages. La seule intervention du tribunal et la forme des enchères ne suffisent point à dissiper les craintes suscitées par les conditions dans lesquelles l'acquisition s'est réalisée : notamment et pour avoir acheté la créance litigieuse dans

(1) C. civ. art. 1701-2°.

(2) Pour le retrait successoral, la question est discutée de savoir si la cession est affranchie de cette menace lorsqu'elle est intervenue pour remplir le cessionnaire des droits qui lui appartenaient antérieurement contre l'héritier cédant. La solution négative est généralement adoptée par les auteurs DEMOLOMBE, t. XVI, n° 99 ; AUBRY et RAU, 4^e éd., t. VI, § 621 *ter* ; BAUDRY-LACANTINERIE et WÄHL, t. II, n° 3347 Bourges, 18 juill. 1808 (D. *Jurisp. gén.* v° *Succes-sions*, n° 1913).

une vente aux enchères, le cessionnaire n'en est pas moins souvent un professionnel, un spéculateur qui s'affirmera, pour le débiteur, comme un adversaire implacable et dont il est équitable que celui-ci puisse donc se délivrer au moyen du retrait (1).

239. — Ainsi, la cession ou l'acquisition immobilière réalisées par un non-héritier, un mari ou le cessionnaire d'un droit litigieux, se trouvent, suivant les cas, ou bien stérilisées à raison des mobiles qui les ont inspirées au bénéficiaire, ou bien consolidées en considération de circonstances qui ont une valeur purificatrice et qui démontrent que l'opération procède du souci de sauvegarder des intérêts légitimes : mobiles suspects dans le premier cas, mobiles justificatifs dans le deuxième, toute cette théorie des retraites repose sur une interprétation de l'état d'âme du cessionnaire ou de l'acquéreur et se présente sous un aspect nettement psychologique.

SECTION II

LA RÉOLUTION ET LA RÉVOCATION DES ACTES JURIDIQUES CONTRACTUELS.

240. — Lorsqu'un contrat impose des obligations de part et d'autre aux différents contractants et si l'une des parties n'exécute pas les engagements qui lui incombent,

(1) *Sic* pour le retrait d'indivision NAST, *op. cit.*, t. I, n° 243; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. I, n° 448. *Contrà* Bordeaux, 10 août 1870 (D. P. 1871.2.153); — pour le retrait successoral BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, t. II, n° 3348; Dijon, 19 juill. 1843 (sous requête 25 juill. 1844, D. *Jurisp. gén.* v° succession, n° 1917) Paris, 11 mars 1859 (*Gaz. trib.*, 14-15 mars 1859); — pour le retrait litigieux BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, n° 936; Req. 14 juill. 1868 (D. P. 1871.5.342); 30 juin 1880 (D. P. 1881.1.52); Paris, 22 juin 1892 (D. P. 1894.2.116). *Contrà* Trib. Le Mans, 26 janv. 1869 (D. P. 1870.2.34).

il en résulte une rupture d'équilibre qui peut aboutir à la destruction rétroactive de l'opération dont les dispositions ont été méconnues : on dit alors qu'il y a *résolution* du contrat pour inexécution des obligations ; cependant, lorsqu'il s'agit d'une donation entre vifs, le législateur et les auteurs utilisent de préférence le mot de *révocation*. Dans un cas comme dans l'autre, on voit un contrat, conclu dans des conditions irréprochables, s'effondrer à raison de circonstances ultérieures qui en font table rase ; or, cet effondrement se réalise, en définitive, en conformité de la volonté des parties dont les mobiles remplissent, ici encore, une importante fonction sur laquelle nous devons nous expliquer en envisageant séparément la théorie de la résolution proprement dite et celle de la révocation des donations.

241. — I. — La résolution des contrats synallagmatiques pour cause d'inexécution des obligations incombant à l'une des parties est, à n'en point douter, interprétative de la volonté des contractants ; le législateur présume que les parties ont entendu établir une étroite dépendance entre les deux faisceaux d'obligations issues de l'opération qu'elles ont conclue et que chacune d'elles a subordonné l'exécution de ses propres engagements à celle des prestations auxquelles elle a droit, de telle sorte que l'inexécution par l'un des contractants des obligations qu'il avait assumées fonctionne comme une condition résolutoire du contrat. En droit romain, cette condition devait être expresse ; la *lex commissoria* devait apparaître formellement dans la teneur de la convention ; mais, dans notre ancien droit, la clause, étant devenue de style (1), fut

(1) Pothier nous explique comment, dans les contrats synallagmatiques, « on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractants, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre » ; et il expose comment, en suite de cette coutume, on est arrivé à sous-entendre ladite condition résolutoire devenue de style (*Traité des obligations*, n° 672).

sous-entendue, et la condition résolutoire, d'expresse qu'elle était autrefois, devint tacite la *lex commissoria* fut intégrée, par interprétation de la volonté probable des parties, dans la structure même des conventions d'ordre synallagmatique (1). Désormais, les deux faisceaux d'obligations sont comme les deux plateaux d'une balance qui se servent respectivement de contre-poids et dont les positions sont solidaires l'une de l'autre : toute rupture d'équilibre définitive entraîne la chute de l'opération elle-même, non pas de plein droit d'ailleurs, mais en vertu d'une décision du tribunal rendue à la requête de la partie.

(1) Nous nous séparons, sur ce point, de M. CAPITANT qui, dans son beau livre sur *La Cause des obligations* (nos 147 et s.), rattache la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution des obligations, non pas au pacte commissoire, mais à la théorie de la cause : dans les contrats synallagmatiques et du moment que l'une des parties n'exécute pas, les obligations assumées par l'autre partie deviennent dépourvues de cause, et c'est pourquoi l'opération tout entière doit tomber.

Cette explication ne nous paraît compatible ni avec les précédents historiques, ni avec les travaux préparatoires du code civil. Traditionnellement, dans les contrats synallagmatiques, ce sont les obligations mêmes des parties qui se servent réciproquement de cause, et non pas leur exécution (*suprà*, n° 109) ; or, une obligation ne disparaît pas par cela seul qu'elle est inexécutée ; autrement, il serait vraiment trop commode au débiteur de détruire à volonté la cause du contrat et, par suite, le contrat lui-même. Comme le dit très justement M. PLANIOL (note D. P. 1891.1.329), une obligation inexécutée n'est pas une obligation inexistante. Elle en est plutôt l'opposé ; elle subsiste avec toute sa force, et la preuve, c'est que la loi elle-même réserve à l'autre partie le choix entre l'inexécution du contrat et sa résolution. L'obligation inexécutée ne disparaît pas ; elle se transforme en une obligation à des dommages-intérêts. Le point de vue de M. CAPITANT a cet inconvénient de confondre deux théories nettement distinctes, celle de la résolution pour inexécution des obligations et celle des risques, que l'on rattache l'une et l'autre à l'article 1184 c. civ., alors que le texte envisage uniquement le cas où l'inexécution du contrat est imputable au débiteur. La responsabilité de cette confusion, dans laquelle notre jurisprudence est tombée fréquemment, incombe, pour une bonne part, à M. LABRÉ (*Un mot sur la question des risques ; souvenirs de droit romain à propos des art. 1138 et 1184 c. civ.* dans la *Nouvelle Revue histor. de droit français et étranger*, 1888, p. 377). V. la note précitée de M. PLANIOL qui met fort heureusement les choses au point.

qui est victime de l'inexécution ; le contrat est alors résolu, comme il s'était formé, de par la volonté des parties et grâce au jeu d'une condition résolutoire à laquelle elles s'étaient tacitement référées (1).

242. — Ce caractère interprétatif de la volonté des parties nous explique la très grande latitude qui leur est reconnue en pareille matière, notamment la faculté qui leur appartient de substituer, dans leurs prévisions, une résolution de plein droit à la résolution judiciaire de l'article 1184 (2) ; il nous explique également la rétroactivité de la dissolution du contrat, conformément au mécanisme habituel de la condition résolutoire (3) ; et surtout, il rend parfaitement compte de la jurisprudence qui s'est instituée pour le cas d'inexécution simplement partielle.

Il arrive fréquemment que le débiteur contractuel exécute ses engagements pour partie, sa carence étant limitée par exemple à la moitié, ou au quart, ou au dixième seulement des prestations dont il avait assumé la charge ; si le créancier demandait alors au tribunal, et en l'absence d'une clause commissaire formelle, de prononcer la résolution du contrat par application de l'article 1184, devrait-il être fait droit à sa requête ?

La Cour de cassation a parfois adopté ce point de vue intransigeant : du moment que le débiteur n'exécute pas intégralement les obligations qui lui incombaient, du mo-

(1) V. RIPERT, *La Règle morale*, n° 76. Notre savant collègue n'admet d'ailleurs pas que l'article 1184 se rattache à une condition résolutoire sous-entendue ; mais il y lit la « consécration légale de l'idée de justice contractuelle » au moyen d'un échec au contrat ; mais au fond l'idée est toujours la même un contrat déséquilibré ne doit pas conserver sa valeur obligatoire. Cpr. la thèse de M. MAURY sur *la notion d'équivalence*, et l'étude de MM. Maurice PICARD et PRUDHOMME « *De la résolution juridique pour inexécution des obligations*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1912, p. 61.

(2) Req. 29 nov. 1886 (D. P. 1887.1.388 ; S. 1887.1.63) ; PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1324.

(3) PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1320.

ment qu'il ne satisfait pas à son engagement, le créancier peut, s'il le juge expédient, demander au tribunal la résolution du contrat ; sans doute, le juge aurait la faculté, en pareil cas et suivant une règle générale, d'accorder au défendeur un délai « selon les circonstances » ; mais il n'aurait pas celle de refuser définitivement la résolution qui lui est demandée en mettant le créancier dans l'obligation de se contenter d'une condamnation à des dommages-intérêts correspondant à l'inexécution partielle (1).

Cette conception de droit strict n'a pas eu l'approbation de la doctrine (2) et elle ne devait pas faire jurisprudence ; depuis longtemps, la Cour suprême juge que la question de la résolution du contrat synallagmatique est une question de fait, d'espèce, d'interprétation de la volonté des parties ; le juge du fond doit rechercher, « d'après les circonstances du fait », si l'inexécution partielle « a assez d'importance pour que la résolution soit prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts » ; et, sur ce point, son pouvoir d'appréciation est souverain ; sa décision échappe au contrôle de la Cour de cassation (3).

Tout se ramène donc ici à la recherche de l'intention

1. *Sic* Civ. 12 avril 1843 (S. 1843.1.281 ; *Jur. gén.* Dalloz, v° *Vente*, n° 685-2°) ; plus récemment, la Chambre des requêtes a posé en principe que la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix peut être prononcée quelle que soit la portion du prix qui n'a pas été payée ». Req. 23 déc. 1912 (D. P. 1913.1.47). Mais il est à remarquer que cette dernière décision consacre, pour le juge, non une obligation, mais une faculté ; elle diffère donc profondément de la première qui est demeurée isolée.

2. Elle a cependant été accueillie par AUBRY et RAU qui en limitaient d'ailleurs l'application aux engagements positifs de donner ou de faire, le pouvoir d'appréciation du tribunal étant maintenu au cas d'inexécution partielle d'une obligation de ne pas faire (AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, § 302, p. 83, note 80).

(3) *Sic* Civ. 14 avril 1891 (D. P. 1891.1.329, note PLANIOL) ; Req. 21 oct. 1913 (S. 1914.1.182) ; Civ. 11 avril 1918 (D. P. 1921.1.224). — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. II, n° 912 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 346 ; PLANIOL, note précitée et *Traité de droit civil*, t. II, n° 1321.

des contractants, et cette recherche implique naturellement celle des mobiles qui les avaient incités à conclure l'opération ; selon que le créancier aura attaché plus ou moins d'importance à la prestation demeurée inexécutée, le tribunal lui accordera ou lui refusera la résolution par lui sollicitée ; sa volonté de résolution ne sera favorablement accueillie que dans la mesure où elle coïncide avec sa volonté contractuelle, telle qu'elle existait au jour de la signature de l'accord : les mobiles contractuels sont et demeurent la clef du problème.

243. — II. — Les donations entre vifs, en principe irrévocables par application du dogme traditionnel « *donner et retenir ne vaut* », peuvent cependant être révoquées pour cause d'inexécution des charges imposées au gratifié, pour cause d'ingratitude de celui-ci ou encore à raison de survenance d'enfant au donateur (1).

Ces trois chefs de révocation évoquent nécessairement la notion du mobile : le législateur considère que la libéralité ne serait pas intervenue si le disposant avait pu prévoir que les charges dont il l'a accompagnée resteraient en souffrance (2), ou bien que son obligé se rendrait coupable envers lui d'un attentat d'ordre criminel (3) ou correctionnel (4) ou l'abandonnerait dans sa détresse (5) ; ou bien enfin qu'un enfant lui surviendrait postérieurement à la donation consentie à une époque où il n'avait point de descendant (6). Du moment que ses prévisions

(1) C. civ., art. 953 et s.

(2) C. civ., art. 953 et 954.

(3) Art. 955-1^o.

(4) Art. 955-2^o.

(5) Art. 955-3^o.

(6) Art. 960 et s. En somme, la révocation des donations pour cause de survivance d'enfant constitue une application de la fameuse clause *rebus sic stantibus* que le législateur sous-entend de sa propre autorité : le disposant a donné en considération de sa situation de famille actuelle ; son geste est annulé par la survenance de cet événement inattendu et capital : la naissance d'un enfant.

initiales ont été déjouées, du moment qu'il y a mal donné, l'acte perd en quelque sorte son centre de gravité ; il tombe ou il doit pouvoir tomber sur l'initiative du donateur ou de ses héritiers, parce que sa cause impulsive et déterminante ne s'est pas réalisée ou parce qu'elle a défailli : les mobiles propulseurs saisissent la donation et ne la quittent plus jusqu'au jour où ils ont été pleinement satisfaits.

244. — C'est surtout la révocation pour inexécution des charges qui répond aux notions de mobile et de but et qui se trouve sous la dépendance de la théorie de la cause impulsive et déterminante (1). Car, ce n'est pas invariablement que la carence du donataire motivera l'anéantissement de la libéralité ; très judicieusement, notre jurisprudence distingue selon l'importance de la charge demeurée en souffrance, ou plutôt selon l'importance que le disposant avait dû lui assigner, suivant l'angle sous lequel il a pu la considérer. Il est, en effet, des charges qui ne présentent qu'une valeur secondaire, qui ne jouent dans l'opération qu'un rôle de second plan ; leur inobservation ne sera point irritante ; elle laissera subsister l'acte dont elle n'était que l'accessoire ; la sanction consistera purement et simplement dans une condamnation à des dommages-intérêts. Tandis qu'il existe des charges, tellement importantes aux yeux du donateur, qu'elles l'ont en réalité déterminé à consentir la libéralité ; ce sont elles qui ont entraîné son consentement ; elles ont été la cause impul-

(1) M. PLANIOL voit dans la révocation des donations pour inexécution des charges une simple application de l'art. 1184 c. civ. (t. III, n° 2631). V. aussi CAPITANT, *op. cit.*, n° 208 et 209. Il faut cependant noter que la théorie proprement dite de la résolution a un champ autrement vaste que celle de la révocation des donations, puisqu'elle fonctionne du moment qu'il y a inexécution totale de la part de l'un des contractants, au lieu que la révocation est limitée au cas où la charge, même complètement inexécutée, avait la valeur d'une cause impulsive et déterminante de la libéralité.

sive et déterminante de la donation ; leur inexécution prive celle-ci de son support moral ; elle lui enlève sa signification et sa raison d'être ; c'est alors que, par respect de la volonté du disposant, on lui confère une action en révocation qui lui permettra de remettre les choses en l'état, d'en revenir au *statu quo ante* puisque le but poursuivi ne saurait plus être atteint, il sera fait table rase des moyens vainement employés pour le réaliser (1).

Cette jurisprudence est d'autant plus remarquable qu'elle sert de réplique à celle qui s'est instituée sur l'article 900 et que nous avons précédemment décrite (2) : qu'il s'agisse de déterminer la sanction d'une condition ou d'une charge illicite ou bien les conséquences de l'inexécution d'une charge valablement insérée dans un acte de donations, le juge fait appel à la notion de la cause impulsive et déterminante pour opérer une ventilation qui donnera satisfaction à la volonté du disposant : d'un côté les conditions et charges adventices, d'un intérêt secondaire, dont l'illicéité comme l'inexécution ne portent pas atteinte à la disposition elle-même ; et d'autre part les charges essentielles, constitutives du but même que poursuivait le disposant et dont la nullité ou l'inobservation entraînent, dans leur chute, la donation elle-même. L'article 900 se trouve ainsi limité aux charges et conditions secondaires, tandis qu'à l'inverse l'article 953 ne régit que les charges impulsives et déterminantes par ces deux interprétations restrictives en sens inverse, la Cour de cassation réalise un système parfaitement logique et équitable, puisque respectueux des intentions du disposant.

Les applications jurisprudentielles sont nombreuses : à maintes reprises, la Cour de cassation ou les cours d'ap-

(1) V. sur cette jurisprudence, CAPITANT, *La cause des obligations*, nos 208 et s.

(2) *Suprà*, nos 143 et s.

pel affirment ce principe que la révocation ne doit être prononcée qu'autant que la condition inexécutée était de celles dont l'observation est « impérative » (1) ; dans l'éventualité contraire, et si la charge, loin d'être la cause impulsive et déterminante de la libéralité, n'en constitue qu'un accessoire, son inobservation ne compromet pas la validité de l'opération.

245. — Et tel est le désir de notre jurisprudence de faire sortir effet à la volonté du disposant, qu'elle ne distingue pas suivant que l'inexécution de la disposition impérative est ou non imputable au gratifié ; dans le second cas comme dans le premier, et par exemple si c'est le fait du prince qui s'est interposé entre la libéralité et l'observation de la charge, elle décide que la révocation doit être accordée au disposant dont les prévisions ont été déjouées (2). En revanche, elle distingue entre l'inexécution totale et l'inexécution partielle : celle-ci sera sanctionnée, autant que possible, par une révocation partielle, limitée à la portion des biens donnés qui était spécialement affectée à l'acquittement de la charge (3).

SECTION III

LA RÉVOCATION ET LA CADUCITÉ DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

246. — Nous envisageons, sous cette rubrique, non pas la révocation du testament lui-même, mais celle des dis-

(1) Req. 27 mars 1861 (D. P. 1861.1.264) ; Civ. 19 oct. 1896, motifs (D. P. 1897.1.604) ; Pau, 17 mai 1909 (S. 1909.2.143).

(2) V. pour les libéralités consenties aux communes à la charge d'assurer ou de subventionner un enseignement congréganiste Req. 29 nov. 1892 (D. P. 1893.1.67 ; civ. 19 oct. 1896, précité). — CAPI-PANT, *op. cit.*, n° 210.

(3) Civ. 1^{er} juill. 1896 (D. P. 1898.1.397) ; Req. 26 nov. 1912 (S. 1914.1.207). Cette dernière décision a été rendue à propos d'une libéralité testamentaire.

positions qui y sont insérées, non pas l'abrogation du contenant, mais celle du contenu.

Les legs sont susceptibles d'être révoqués, indépendamment du testament qui leur sert de cadre et *postérieurement au décès du testateur*, soit pour inexécution des charges imposées au légataire, soit à raison de l'ingratitude de celui-ci (1) : dans les deux cas, la révocation doit être demandée au tribunal, comme pour les donations entre vifs (2). Mais la survenance d'un enfant et même d'un posthume n'opère point la révocation de plein droit des legs précédemment consentis par le testateur. Cette solution restrictive résulte suffisamment de la teneur de l'article 1046 qui, en étendant aux legs les causes de révocation des donations entre vifs, vise uniquement l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, passant ainsi sous silence les articles 960 et suivants qui ont trait à la révocation des donations pour cause de survenance d'enfant. Le législateur a considéré que le testateur avait toujours le moyen de tenir compte du fait nouveau en faisant un autre testament, tandis que la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs enlève au donateur toute ressource de ce genre (3).

247. — Il est cependant un cas où cette raison cesse d'être valable et où le maintien du testament ne se justifie plus : c'est celui de la survenance d'un posthume alors que le testateur est décédé dans l'ignorance de la grossesse de sa femme et, par conséquent, sans avoir eu même la

(1) C. civ., art. 1046. — Les principes sont exactement les mêmes que pour les donations. V. par exemple Req. 29 juill. 1889 (D. P. 1890.1.396).

(2) Même texte.

(3) V. CAPITANT, *op. cit.*, n° 218 ; Nîmes, 17 fév. 1840 (Jur. gén. Dalloz, v° *Disposition entre vifs et testamentaires*, n° 4314-2°) ; Montpellier, 20 avril 1842 (S. 1842.2.347) ; Douai, 30 janv. 1843 (S. 1843.2.69) ; Limoges, 8 mars 1843 (S. 1844.2.82) ; Alger, 31 déc. 1878 (D. P. 1880.2.36).

pensée de procéder à un rajustement de ses dernières volontés dont rien ne lui permettait de prévoir l'utilité (1). C'est pourquoi certaines juridictions ont décidé, tout en reconnaissant que la révocation ne se produisait pas en pareille éventualité, que le testament était nul à raison de l'erreur qui avait été commise par son auteur et qui portait sur sa cause même, plus exactement sur les mobiles auxquels il avait obéi la nullité pour fausse cause vient ainsi suppléer la révocation qui est déficiente (2).

Certaines cours d'appel sont même allées beaucoup plus loin et ont fait tomber des testaments, en recourant à la notion de cause, alors que la survenance de l'enfant s'était produite du vivant du testateur qui avait omis d'en tenir compte et qui, par incurie, avait laissé subsister ses dispositions initiales. En ce cas, la raison déterminante des legs consentis en faveur de parents plus ou moins éloignés ou même d'étrangers a disparu postérieurement à la confection du testament et du fait de la naissance de l'enfant « le mariage du testateur et la survenance d'un enfant ont créé d'autres circonstances qui sont incompatibles avec le maintien du testament » (3); or : un testament ne peut valoir, alors même que rien ne manifeste ostensiblement le changement de volonté du testateur, lorsque les circonstances qui ont amené ce testament, desquelles il est impossible de le séparer, sans lesquelles il n'avait pas de raison d'être, ont complètement disparu » (4); il est alors évident que le testateur n'a pas pu « persister dans une volonté qui n'a plus d'explication » (5); et l'on doit « nécessairement attribuer ou à l'insouciance et à la négligence, ou à l'oubli, la non-révocation ou la conservation

(1) La révocation de plein droit est refusée par la jurisprudence même dans ce cas contraire. V. les décisions ci-dessus.

(2) V. les arrêts précités des cours de Douai et de Limoges.

(3) Angers., 26 janv. 1860 (D. P. 1861.1.390).

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

du testament » (1). Particulièrement caractéristique dans le même sens est un arrêt de la cour de Rennes intervenu à l'occasion d'un testament dont l'auteur, qui avait consenti un legs universel à son père en vue d'écarter un frère de sa succession, s'était ensuite marié et avait laissé un enfant légitime : « la raison déterminante » de ce testament ayant ainsi disparu, cet acte se trouvait atteint « dans son essence, dans sa cause » et était donc devenu caduc (2).

C'est qu'en effet, dans cette éventualité et autres du même genre, il ne s'agit plus, à vrai dire, de révocation du testament, laquelle ne pourrait résulter que d'un jugement, d'une disposition de la loi ou d'une clause révocatoire, mais bien d'une véritable caducité ayant son origine dans la disposition des mobiles et du but en vue desquels l'acte avait été conçu et se rattachant, somme toute, à la thèse de l'imprévision : la disposition n'est maintenue que « *rebus sic stantibus* ».

248. — Ce n'est d'ailleurs pas toujours la survenance d'un enfant qui, bouleversant la situation existant lors de la confection du testament, en entraîne la caducité : on peut supposer, et il est advenu qu'une mère adresse un legs, par préciput et hors part, à une fille non mariée, en vue de l'indemniser des sacrifices par elle consentis au profit d'une autre fille mariée et dotée, et de rétablir ainsi l'égalité entre ses enfants ; si la légataire se marie à son tour et bénéficie, à l'occasion de son établissement, des avantages précédemment conférés à sa sœur, le legs qui lui avait été consenti devient sans objet, puisque l'inégalité à laquelle la testatrice avait voulu remédier a disparu avant l'ouverture de sa succession. Logiquement, la mère aurait dû

(1) *Ibid.* Le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par la chambre civile (31 juill. 1861, *cod. loc.*).

(2) Rennes, 11 avril 1905 (D. P. 1906.2.257, note PLANIOL).

révoquer ce legs qui ne cadre plus avec ses véritables intentions ; si elle ne l'a pas fait, c'est par oubli ou par ignorance ; l'exécution du testament serait contraire à sa volonté, à sa pensée ; elle sera donc refusée à la légataire, par interprétation de la volonté certaine de la testatrice (1).

249. — Cette jurisprudence hardie, depuis longtemps établie, fait donc état des mobiles extérieurs au testament et qui incitèrent son auteur à en écrire les dispositions ; la cause impulsive et déterminante qui est susceptible d'entraîner la nullité d'une disposition (2) ou bien sa révocation pour inexécution des charges (3), peut aussi en déterminer la caducité, du moins pour ce qui est des legs : comme nous en avons déjà fait l'observation (4), la jurisprudence pousse l'analyse et le respect des mobiles plus avant dans les libéralités testamentaires que dans les donations entre vifs, sans doute parce qu'elle considère que les dernières volontés sont plus sacrées que les volontés tout court, sans doute aussi parce que le testament est l'œuvre d'une volonté unique, qui se suffit à elle-même et qui n'a pas à compter, comme celle qui détermine la formation d'un contrat, avec une volonté antagoniste et concurrente, ayant droit aux mêmes égards et à la même prise en considération.

(1) Rouen, 3 déc. 1846 (D. P. 4847.2.163).

(2) *Suprà*, nos 143 et s.

(3) *Suprà*, nos 243 et s.

(4) *Suprà*, nos 37 ; 169.

CHAPITRE III

INFLUENCE DES MOBILES SUR LA NATURE ET SUR LES EFFETS DES ACTES JURIDIQUES

250. — Nous n'envisagerons plus que les actes juridiques à la fois valables et définitifs : d'une part, la volonté créatrice s'est affirmée librement ; d'autre part, elle ne choque ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs, ni une disposition légale impérative ; enfin, l'acte dans lequel elle s'est concrétisée est irrévocable, indestructible. Il reste à rechercher si les mobiles qui, jusque là, ont accompli efficacement leur tâche, ne vont pas exercer encore un retentissement sur la nature et sur les effets de l'acte à l'élaboration duquel ils ont présidé.

Il ne faudrait pas, en vue d'une réponse hâtive dans le sens de l'affirmative, mettre en avant les grands principes de la liberté des conventions et de l'autonomie de la volonté. Sans doute, notre vieux code civil, autrement libéral que le droit des Soviets, ne prétend pas imposer à l'activité juridique des particuliers un petit nombre de clichés entre lesquels il leur faille choisir (1) ; il n'établit pas une liste limitative de catégories juridiques et il ouvre à l'initiative, à l'ingéniosité des contractants un champ illimité : notre

(1) Ces clichés sont, dans la République des Soviets, au nombre de neuf et une opération telle que le dépôt n'est pas comprise dans cette énumération limitative. V. la communication faite à la *Soc. de lég. comp.* par le baron BORIS NOLDE, sur le *code civil de la République des Soviets*, dans le Bulletin de cette société, 1923, p. 231.

droit des obligations est vraiment la terre d'élection de la libre volonté (1).

Mais ce n'est point la volonté proprement dite que nous étudions ici, ni même l'intention, telle que nous l'avons caractérisée au début de nos recherches, mais bien les mobiles, les ressorts de la volonté, les raisons d'agir, de contracter. Ces raisons se retrouvent toujours, à la base de toute opération juridique et du moment que celle-ci est l'œuvre d'une volonté consciente ; mais vont-elles influencer cette opération, dans son essence, dans sa nature et dans ses effets ? Leur valeur de fait est immense, sans nul doute ; possèdent-elles aussi une valeur en droit ?

C'est là le problème que nous devons maintenant résoudre.

251. — Nous pouvons écarter du débat un point sur lequel l'accord est fait : si les mobiles ont été incorporés dans le contrat, de telle façon qu'ils en fassent partie intégrante, au moins à titre adventice, s'ils en constituent une clause, une modalité, leur valeur obligatoire est alors certaine ; ils s'imposent aux parties qui les ont inclus dans l'acte dont ils deviennent un des éléments intrinsèques sinon inséparables (2). Or, l'incorporation peut en être effectuée, non seulement en termes exprès, mais aussi et parfois d'une manière tacite, et leur efficacité ne sera pas inférieure, dans cette seconde éventualité, à ce qu'elle est dans la première : c'est ainsi que la dispense de rapport d'une libéralité peut s'induire des circonstances mêmes dans lesquelles elle est intervenue, de l'attitude prise par le disposant ; il existe ainsi, à côté des dispenses expresses, des dispenses tacites qui sont admises par une jurispru-

(1) C. civ. art. 1134 et 1107.

(2) Tel est le cas des conditions et des charges dans les libéralités. *Suprà*, n° 244.

dence constante et qui possèdent la même vertu que les premières (1).

252. — Laissant de côté cette première catégorie de mobiles incorporés dans l'acte et qui participent évidemment, à ce titre, de sa force obligatoire, envisageons uniquement désormais les mobiles demeurés extérieurs au contrat, qui l'expliquent et qui le commentent, mais sans s'absorber en lui vont-ils le conditionner, plus ou moins profondément, dans sa nature et dans ses conséquences ?

Diverses raisons pourraient en faire douter.

C'est d'abord que ces mobiles sont innombrables ; comme nous l'avons observé, pour une même catégorie juridique ils sont susceptibles de varier à l'infini (2) une vente, un louage, un prêt, une donation se diversifient à l'extrême par les raisons qui sont à leur base, par les buts qui sont à leur aboutissement ; si ces raisons et si ces buts retentissent sur leurs destinées, à quelles complications n'aboutira-t-on pas ? Chaque genre de contrat deviendra multiforme, protéiforme : est-il admissible, est-il désirable que la même catégorie juridique se différencie, se diversifie indéfiniment selon les mobiles, c'est-à-dire selon les désirs, les préoccupations, sérieuses ou frivoles, louables, indifférentes ou peu avouables, qui ont déclenché la volonté des contractants ?

Une pareille conception serait d'autant plus dangereuse que les mobiles, par cela même qu'ils sont extérieurs à l'acte, demeurent individuels, spéciaux à chacune des parties, qui ont donc pu envisager l'opération sous des angles différents. Cette divergence de vues s'oppose à la prise en considération des mobiles ; on ne saurait à quel point de vue se placer pour les dégager et pour les retenir, par quel bout de la lunette les considérer.

(1) V. COLIN et CAPITANT, t. III, p. 538 ; PLANIOL et RIPERT, t. III, n^{os} 2229 et s.

(2) *Suprà*, n^o 1^{er}.

L'embarras serait d'autant plus grand que les raisons auxquelles les parties ont obéi et qui sont, par hypothèse, demeurées extérieures à l'acte, ne sont pas faciles à pénétrer ; pour s'y employer, le juge devrait procéder à des investigations fort délicates, qui revêtiraient vite un caractère inquisitorial et dont la dignité humaine s'accommoderait assez mal.

Donc, trois raisons pour une de refuser aux mobiles une action décisive sur les destinées de l'opération conclue sous leur influence.

Mais, à la réflexion, on en vient vite à douter de leur pertinence ; il suffit, pour cela, de se remémorer que la loi, ou la jurisprudence, retiennent les mobiles, même extrinsèques, même individuels, lorsqu'il s'agit de décider de la validité ou de la nullité d'un acte juridique, ou encore lorsqu'il est question de le stériliser, de le révoquer les théories des vices du consentement (1), de la cause (2), des retraits (3), de la révocation des libéralités (4), sont toutes profondément psychologiques ; la notion du mobile en constitue le centre nerveux ; et dès lors, on ne voit plus pourquoi cette même notion ne commanderait pas, en quelque mesure, aux destinées de l'acte intervenu sous son influence : si le mobile individuel et extrinsèque, le mobile adventice peut décider de la validité de cet acte, pourquoi ne déciderait-il pas également de son essence, de sa nature et de ses effets ? La théorie doit être une ; dès maintenant, nous en avons le pressentiment.

Il importe de contrôler cette impression ; nous le ferons en procédant à des sondages dans les différents domaines du droit privé. La tâche est assurément délicate ; en la réalisant, il nous sera parfois impossible de limiter nos

(1) *Suprà*, nos 29 et s.

(2) *Suprà*, nos 108 et s.

(3) *Suprà*, nos 234 et s.

(4) *Suprà*, nos 243 et s.

explications aux mobiles proprement dits, tels que nous les avons définis, et il nous arrivera de faire des incursions dans le domaine voisin de l'intention les affinités sont telles entre les différents facteurs d'ordre psychologique de la volonté juridique qu'on ne saurait analyser les uns sans évoquer par cela même les autres ; mais l'essentiel est de ne jamais les confondre entre eux et c'est à éviter cet écueil que nous nous efforcerons au cours des explications qui vont suivre.

253. — *Plan.* — Nous étudierons le rôle joué par les mobiles :

1° Dans la discrimination du *titre gratuit* et du *titre onéreux* ;

2° Dans la démarcation des transactions *mobilières* et des transactions *immobilières* ;

3° Dans la distinction des contrats *civils* d'avec les actes *commerciaux* ;

4° Dans la *différenciation*, dans l'individualisation d'opérations juridiques voisines les unes des autres ;

5° Enfin, dans la détermination des *effets* produits par les actes juridiques.

SECTION I

LES MOBILES ET LA DISCRIMINATION DU TITRE GRATUIT D'AVEC LE TITRE ONÉREUX (1).

254. — La distinction du titre gratuit et du titre onéreux est assurément une des clefs de voûte de notre droit ; elle intéresse, non pas seulement les contrats, mais les actes juridiques en général, puisque nombre d'entre eux évoquent l'idée de bienfaisance encore qu'ils émanent

(1) V. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. II, n^{os} 916.

d'une volonté unique, tels les legs, les renonciations *in favorem* ou les fondations ; elle a été formulée par les rédacteurs du code civil au seuil même du titre consacré aux obligations conventionnelles (1) ; elle étend sa souveraineté sur tous les actes juridiques, en ce sens qu'il n'est pas un seul d'entre eux qui ne doive nécessairement rentrer dans l'un ou dans l'autre des termes de la classification (2), de même qu'il n'est pas de bien qui ne doive être meuble ou immeuble. Quant aux intérêts qu'elle présente, ils sont tellement nombreux qu'on ne pourrait songer à en donner une liste complète, et tellement connus, pour la plupart, qu'il serait superflu de les remémorer ici (3). Nous rencontrons donc à cette place une *summa divisio* des actes juridiques, une catégorisation maîtresse qui touche à la fois à la forme et au fond du droit, à leur extériorisation et à leur essence.

255. — Il n'en est que plus urgent d'en préciser les contours, de fixer le contenu des deux termes qui la constituent : à quoi reconnaîtra-t-on si un acte juridique déterminé ressortit au titre gratuit ou bien au titre onéreux ? Où trouver la pierre de touche, le critère de cette distinction fondamentale ?

Théoriquement, ce critère est fourni par la notion classique de la cause : c'est l'intention de libéralité, c'est l'*animus donandi* qui caractérise l'acte de bienfaisance, par définition même ; là où prédomine ce mobile abstrait et intrinsèque, l'opération est conçue à titre gratuit ; là où il fait défaut ou n'a qu'une valeur accessoire et secondaire, le *negotium* ressortit au titre onéreux (4). Il faut

(1) C. civ., art. 1105 et 1106.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. I, n° 16.

(3) Mentionnons à titre indicatif, que la distinction étudiée au texte intéresse la forme des actes, le rapport et la réduction, l'action paulienne, ainsi que la responsabilité du débiteur.

(4) *Suprà*, nos 109, 114 et s.

donc se garder de faire fi, avec les anticausalistes, de cette notion générique et traditionnelle de la cause qui fournit la ligne de démarcation théorique entre les opérations de bienfaisance et les transactions intéressées : n'eût-elle que ce mérite qu'il conviendrait, pour cela même, de la conserver parmi les concepts juridiques indispensables (1).

Mais, si l'on doit se garder de la dédaigner, il faut faire attention à n'en pas exagérer l'importance et l'efficacité : le point de repère qu'elle fournit est essentiellement doctrinal et abstrait, et c'est pourquoi l'observation et l'utilisation en sont fort malaisées. Ce n'est pas facilement qu'on arrivera à pénétrer la pensée intime des auteurs de l'acte et notamment celle du disposant dont le geste comporte, le plus souvent, des interprétations multiples et divergentes ; encore faudrait-il que ses intentions fussent matérialisées sous une forme où sous une autre ; sinon, les investigations du juge risqueront d'échouer à raison même du caractère immatériel des éléments sur lesquels elles portent : comment peser ce qui est impondérable et pénétrer des pensées qui, demeurées dans le for intérieur du disposant, ne se sont pas intériorisées dans l'acte qu'il s'agit d'interpréter ? Sans doute, le juge du fond pourra, afin d'aboutir, tenir compte de toutes les circonstances de la cause, et l'appréciation qu'il fera du caractère gratuit ou onéreux de l'opération sera souveraine ; elle échappera au contrôle de la Cour suprême (2) ; mais, malgré tout, sa tâche sera rendue singulièrement délicate à raison de cette particularité que l'intention de libéralité, à la différence de la cause générique des autres opérations, ne se présente pas à l'état d'élément formel de l'acte auquel elle s'applique ; tandis que la cause classique des obligations d'un vendeur, d'un acheteur, d'un

(1) *Suprà*, n° 117.

(2) Req. 7 déc. 1885 (S. 1888.1.10) ; 15 janv. 1890 (D. P. 1891.1.30). — BARDE, *op. cit.*, t. I, n° 16 ; DEMOGUE, *op. cit.*, n° 916.

emprunteur, consiste dans les obligations assumées par la contre-partie ou dans une remise de deniers et qu'elle acquiert ainsi une visibilité suffisante (1), la cause d'une libéralité, dans la conception traditionnelle, réside dans l'intention de libéralité elle-même, c'est-à-dire dans une volition intellectuelle qui ne laisse pas toujours de traces et que la clairvoyance du juge est impuissante à saisir.

La difficulté est encore accrue par la multiplicité des aspects sous lesquels un acte à titre gratuit est susceptible de se présenter, par l'extrême variabilité des cadres dans lesquels la volonté bienfaisante peut venir s'insérer pour atteindre ses fins. Dans une législation formaliste qui imposerait au disposant à titre gratuit l'observation d'un rite déterminé, il serait relativement facile de dépister l'intention libérale ou bien l'acte aurait été revêtu de son vêtement approprié, et alors il constituerait une libéralité ; ou bien il s'écarterait des formes légales et en ce cas il rentrerait dans la catégorie des opérations onéreuses. Mais tel n'est point l'état de notre droit, du moins pour les libéralités entre vifs. Il est bien vrai que l'article 931 du code civil exige, pour les donations, la forme notariée et la rédaction en minute et que les donations mobilières sont assujetties, en outre et à peine de nullité radicale, à la formalité de l'état estimatif (2) ; mais ce formalisme inaccoutumé n'est de mise, dans l'état actuel de notre droit positif, que pour les « actes portant donation » (3) ; en l'absence d'un acte de ce genre, il ne s'impose plus ; et l'on sait que notre jurisprudence ainsi que la pratique se sont ingénies à trouver et à approuver des combinaisons qui permettent aux parties de tourner la disposition, cependant apparemment impérative, de l'article 931 : donations déguisées, avantages indirects, re-

(1) *Suprà*, n° 109.

(2) C. civ., art. 948.

(3) C. civ., art. 931.

nonciations, stipulations en faveur de tiers, souscriptions, les procédés abondent qui permettent de réaliser une libéralité entre vifs sans recourir à la forme solennelle, et l'article 931 s'est peu à peu rétréci, comme la fameuse peau de chagrin, à l'inverse d'autres textes, tel l'article 1121, qui ont été démesurément enflés au cours du siècle dernier. Les donations sans forme sont de pratique courante, réserve faite de celles qui, intervenant à l'occasion d'un mariage, sont naturellement assujetties aux règles de forme édictées pour les conventions matrimoniales. De telle sorte qu'il ne suffit plus d'un examen sommaire pour reconnaître, dans un acte juridique, le titre gratuit dont la recherche est rendue singulièrement scabreuse par les aspects changeants et inattendus sous lesquels il se présente à l'observateur.

Ajoutons encore que ce titre a une valeur très relative ; il peut n'exister que partiellement, fragmentairement ; le même acte est gratuit ou onéreux suivant l'angle sous lequel on le considère, suivant les personnes auxquelles on l'oppose (1) ; toute cette théorie est à base d'opportunisme, non d'absolutisme.

D'ailleurs, il arrive fréquemment que les deux titres, gratuit et onéreux, concourent sous le même acte et se disputent en quelque sorte son caractère et son esprit ; l'un et l'autre prétendant à le qualifier : auquel donnerait-on la préférence ?

256. — *Plan.* — Ayant ainsi posé les termes du problème et après en avoir fait comprendre les difficultés, nous nous proposons de l'étudier sous ses différents aspects et dans l'ordre suivant :

1° Nous insisterons d'abord sur la complexité et la relativité des notions de titre onéreux et de titre gratuit ;

(1) V. DEMOGUE, *op. cit.*, *loc. cit.*

2° Puis nous envisagerons l'intrusion du titre onéreux dans le titre gratuit ;

3° Nous traiterons ensuite de l'immixtion du titre gratuit dans le titre onéreux ;

4° Enfin, nous déterminerons le véritable critère de la distinction entre les deux ordres de titres.

§ 1. — LA COMPLEXITÉ ET LA RELATIVITÉ DES NOTIONS DE TITRE GRATUIT ET DE TITRÉ ONÉREUX.

257. — I. — *Complexité des notions de titre gratuit et de titre onéreux.* — On considère trop volontiers ces notions comme des corps simples alors que leur unité n'est qu'apparente et que l'analyse en fait apparaître la complexité.

C'est ainsi qu'on ramène instinctivement le titre gratuit au concept de la donation, alors que celle-ci ne représente qu'une des catégories juridiques ressortissant à celui-là. L'acte désintéressé est en effet susceptible de se présenter sous des aspects très différents, non seulement dans la forme mais encore quant au fond ; il importe de distinguer notamment celui qui implique un sacrifice pécuniaire consenti par le disposant dont le patrimoine s'en trouve donc appauvri et celui qui n'opère par lui-même aucun transfert de valeurs (1). C'est dans la première éventualité seulement qu'il peut être question de donation, en prenant d'ailleurs ce mot dans son acception la plus large ; tandis que le deuxième compartiment abrite des opérations extrêmement variées : commodat, prêt d'argent sans intérêts, dépôt, cautionnement. Il ne viendra à l'idée de personne de considérer le commodant ou le dépositaire comme des donateurs, ni le commodataire ou le déposant comme des donataires, et cependant

(1) *Sic* COLIN et CAPITANT, t. II, p. 261 ; BARDE, *op. cit.*, t. I, n° 16 ; CH. BEUDANT, *op. cit.*, t. IV, n° 35. — Cpr. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 894. note 2.

l'opération qui est intervenue entre ces personnes relève incontestablement, non du titre onéreux mais du titre gratuit, puisqu'elle implique, de la part de l'une d'elles et au profit de l'autre, un service désintéressé. Encore faut-il observer que la donation elle-même affecte des aspects différents selon qu'elle est réalisée directement ou indirectement, ostensiblement ou sous le voile d'un acte à titre onéreux, et encore suivant qu'elle produit immédiatement son effet translatif ou que la réalisation en est différée, comme c'est le cas pour l'institution contractuelle, jusqu'au décès du disposant (1). Le titre gratuit nous apparaît donc comme une vaste raison juridique abritant tout un monde d'actes et de services marqués au coin du désintéressement (2).

258. — Quant au titre onéreux, sa complexité est de telle notoriété qu'il serait superflu de s'y arrêter ; tous les actes intéressés en sont tributaires, mais dans des conditions fort variées. Il est du moins intéressant de noter que les opérations qui y ressortissent ne sont pas toutes et nécessairement d'ordre spéculatif et qu'elles ne procèdent donc pas de mobiles uniformes. Il en est, en effet, qui requièrent, dans les prestations à fournir par chacune des parties, une certaine équivalence, une égalité au moins approximative ce sont celles qui comportent la rescision pour cause de lésion et qui, comme le remarque M. Ripert, sans être inspirées par une pensée de libéralité, répugnent du moins à un égoïsme absolu, à l'idée d'exploitation de l'un des contractants par l'autre (3). C'est

(1) COLIN et CAPITANT, *ibid.*

(2) Le point de vue indiqué au texte est bien celui de notre législateur qui définit le contrat de bienfaisance — en l'opposant sous ce vocable au contrat à titre onéreux — « celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit (C. civ., art. 1105).

(3) RIPERT, *La règle morale*, n° 73.

ainsi que la vente d'immeubles échappe à l'esprit de spéculation excessif, au moins du côté de l'acheteur (1) c'est ainsi surtout que le partage, dont l'égalité est l'âme même, tend à assurer le règne d'une justice distributive entre les parties et non point le déchaînement de leurs appétits (2). Ce sont bien là des opérations intéressées, relevant du titre onéreux, mais qui ne sauraient se développer librement sous le signe de la spéculation. Si bien qu'on est amené à distinguer, parmi les actes à titre onéreux, ceux qui sont purement spéculatifs et à l'occasion desquels la lutte contractuelle peut s'engager et se dérouler dans toute son intensité, et ceux qui sont dominés totalement ou partiellement, par l'idée d'égalité, de justice distributive (3) ; les premiers qui peuvent être impunément lésionnaires, au moins lorsqu'ils interviennent entre majeurs, les autres qui ne s'accommodent pas de la lésion ou qui ne s'en accommodent que dans de certaines limites, fixées par un texte de loi ; limites d'ailleurs toujours provisoires et susceptibles de déplacement c'est ainsi que, suivant l'observation de M. Ripert (4), le prêt d'argent, considéré dans notre ancien droit comme un contrat de bienfaisance, est devenu, avec le droit moderne, une opération intéressée, d'abord jusqu'à la lésion exclusive-

(1) C. civ. art. 1674 et s. qui aménagent la rescision de la vente d'immeubles pour cause de lésion de plus des sept douzièmes au préjudice du vendeur.

(2) La rescision du partage suppose que l'une des parties a subi une lésion de plus du quart (C. civ., art. 887) en justice absolue, la lésion la plus minime devrait être prise en considération dans un acte qui tend essentiellement à réaliser le parfait équilibre des intérêts en présence et à accorder à chacun son dû. Mais cette conception, si on l'avait appliquée strictement, serait devenue une source de contestations et de procès ; elle aurait compromis la stabilité d'une opérations à laquelle toute une famille peut se trouver intéressée. Il a donc fallu se contenter d'une réalisation approximative du but égalitaire du partage.

(3) RIPERT, *op. cit.*, *loc. cit.*

(4) RIPERT, *eod. loc.*

ment (1), puis, avec le bouleversement économique issu de la dernière guerre, sans limitation aucune (2), et qu'il a donc appartenu, dans l'espace d'un siècle et demi, aux trois catégories du titre gratuit, du titre onéreux sans lésion, enfin du titre spéculatif, tandis que, par un phénomène inverse, le louage d'immeubles, jadis acte de spéculation, tend à devenir, sous les coups de l'interventionnisme législatif, un contrat, intéressé sans doute, mais jusqu'à la lésion exclusivement.

On voit combien riche et nuancée est cette notion du titre des actes juridiques ; il ne faut point s'en étonner puisqu'elle est elle-même sous la dépendance de la théorie des mobiles, puisqu'elle s'identifie avec l'esprit même des différentes combinaisons échafaudées par la loi ou par les parties révélatrice de l'atmosphère dans laquelle naît et se développe chaque opération et du but à quoi elle tend, elle doit s'adapter aux besoins du commerce juridique elle constitue, non un point de départ, mais un point d'arrivée, une résultante et qui, souvent provisoire, s'ajuste aux réalités économiques et sociales suivant les nécessités de l'heure.

Et d'ailleurs, même envisagée à une époque déterminée, et dans l'unité du temps, elle présente encore un caractère composite et fugitif, car elle est dominée par la grande loi de la relativité des actes et des institutions juridiques.

259. — II. — *Relativité des notions de titre gratuit et de titre onéreux.* — Cette relativité s'affirme à de multiples égards, le même acte se présentant comme gratuit ou onéreux, selon les clauses qu'il renferme, ou suivant qu'on le considère dans sa forme ou quant au fond, ou enfin selon qu'il s'agit de l'opposer à telle ou telle catégorie

(1) Loi du 3 septembre 1807.

(2) Loi du 18 avril 1918, art. 1^{er}.

de personnes il arrive même — c'est un cas-limite — que la même opération revête l'allure d'un acte désintéressé ou celle d'une « affaire » suivant les circonstances dans lesquelles elle est intervenue et, pour ainsi dire, au gré des parties, en sorte que tout dépende de l'angle sous lequel on a envisagé la combinaison qui est susceptible de présenter des visages très différents.

1° Le premier phénomène est de telle notoriété qu'il suffit d'en rappeler l'existence nombreuses sont les conventions qui, comme le prêt, la remise de dette, peuvent intervenir indifféremment à titre gratuit ou à titre onéreux ; et nous exposerons comment celles-là même qui ont été construites par la loi dans le style gratuit ou dans le style onéreux peuvent, par une sorte de transposition parfaitement licite, recevoir l'empreinte du titre contraire. Les deux compartiments ne sont pas étanches un mouvement d'interpénétration se produit de l'un à l'autre.

2° La deuxième manifestation de la relativité des deux titres n'est pas moins connue le même acte rend un son différent suivant qu'on interroge sa forme ou sa substance même. L'asymétrie entre la forme et le fond a été accentuée comme à plaisir par la pratique et par la jurisprudence les libéralités, voire les donations sans forme solennelle, qui se présentent sous l'aspect d'actes à titre onéreux, ou d'actes quelconques, non caractérisés, sont d'usage courant et consacrent ainsi le divorce de la forme et du fond la donation déguisée est bien une donation quant au fond, et on lui fera application, comme telle, des règles en matière de capacité ou de droit successoral ; il en sera fait état dans les opérations de rapport ou de réduction ; mais, si on l'envisage dans sa forme, elle se présente sous les traits d'une vente ou d'une reconnaissance de dette, donc d'un acte onéreux, exclusif de toute idée de désintéressement et de libéralité. Les dons indirects, tels que ceux qui résultent d'une vente consentie à

des conditions inégales ou d'une remise de dette ou, plus généralement, d'une renonciation *in favorem*, appellent une observation analogue, sous le bénéfice de cette différence que la forme choisie par les parties n'exclut pas, par elle-même, l'idée d'une libéralité au moins partielle, et qu'il n'y a donc pas eu de déguisement, ou, tout au moins, de déguisement complet il n'en reste pas moins que l'essence même de la donation abandonne la forme de l'acte pour se réfugier uniquement dans les règles de fond.

Donc, libéralité ou bien acte onéreux — ou acte indifférent — selon qu'on pénètre jusqu'au fond de l'acte ou qu'on se contente d'en interroger la surface.

260. — 3^o Il est plus instructif encore de constater que la même opération se présente sous l'un ou sous l'autre aspect suivant que tels ou tels intérêts sont en jeu la réaction varie selon les forces qui se trouvent en présence.

Il arrive, en effet, qu'un acte soit en principe conçu et traité selon le mode gratuit, mais que cependant il participe du titre onéreux au regard et en faveur de certaines personnes dont on veut sauvegarder les intérêts. Tel est le cas pour la constitution de dot : cette opération relève du droit des donations soit quant au fond, soit quant à la forme (1) ; elle est soumise à l'exigence de la forme notariée (2) et les biens qu'elle comprend sont sujets à l'occasion, tant au rapport qu'à la réduction (3). Cependant, ce n'est pas sous cet aspect que les créanciers du constituant sont admis à l'envisager : s'ils prétendent que l'opération a eu lieu en fraude de leurs droits, ils doivent, pour réussir

(1) Cependant la présence réelle d'un second notaire n'est point exigée (L. 12 août 1902, art. 1^{er}, modifiant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI).

(2) Nous négligeons ici la difficulté que soulève la dot émanant des parents et dont on se demande si elle ne peut pas être constituée en dehors de la forme notariée. V. *infra*, n^o 267.

(3) V. COLIN et CAPITANT, t. III, p. 543 ; PLANIOL et RIPERT, n^{os} 854 et 2246.

dans l'action paulienne par eux intentée, démontrer la complicité et de l'époux doté et de son conjoint : telle est du moins la solution admise par une jurisprudence des plus connues et des plus fermes qui considère donc que l'acte présente, vis-à-vis des créanciers du constituant, les caractères d'une opération onéreuse et non pas ceux d'une donation, auquel cas la fraude du débiteur suffirait à assurer aux demandeurs la révocation de l'acte passé à leur préjudice (1).

Le phénomène inverse est d'ailleurs possible : on voit alors un acte qui est traité, en principe, par la loi comme relevant du titre onéreux, revêtir cependant une coloration différente et se muer en donation du moment qu'il s'agit de l'opposer à certaines personnes dont les intérêts ont paru au législateur mériter une protection particulière : ainsi en va-t-il, sous les régimes de communauté, des *avantages matrimoniaux* dans lesquels le code civil voit, sous le vocable de « conventions de mariage », des opérations à titre onéreux (2), en sorte qu'ils échappent à l'application du droit successoral. Mais il en est autrement si, lors de la célébration du mariage, il existe des enfants issus d'une précédente union : dans une pensée de protection pour ceux-ci, le législateur veut que les avantages matrimoniaux entrent en ligne de compte pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible et il accorde aux enfants du premier lit une action dite en retranchement qui leur permet de faire réduire, s'il y a lieu, lesdits avantages qui sont donc traités, à ce point de vue tout au

(1) V. PLANIOL et RIPERT, t. III, nos 883 et s. — Req. 25 fév. 1845 (D. P. 1845.1.174) ; 11 nov. 1878 (D. P. 1879.1.416) civ. 18 janv. 1887 (D. P. 1887.1.257 ; S. 1887.1.97, note LABBÉ) 18 déc. 1895 (D. P. 1898.1.103, note SARRUT).

(2) C. civ., art. 1516 et 1525. — Voy. dans le *Traité pratique de droit civil français* de MM. PLANIOL et RIPERT, *Les régimes matrimoniaux* par M. NAST, t. II, nos 962, 963 et 971 ; la loi a établi une véritable présomption en faveur du caractère onéreux des avantages matrimoniaux.

moins, comme de véritables libéralités (1). Ici encore, on voit une opération réagir différemment suivant les intérêts auxquels elle se heurte et pour la satisfaction desquels elle est pour ainsi dire dénaturée : elle obéit à la loi de la relativité à ce point qu'il devient difficile de démêler en elle le titre gratuit et le titre onéreux qui s'enchevêtrent de façon à peu près inextricable (2).

261. — 4^o Cette même loi s'affirme de façon plus inattendue encore lorsque la nature de l'acte varie, non plus selon les personnes à qui il est opposé, mais au gré de l'intention des parties : il peut dépendre de celles-ci de lui imprimer, *sans modifier une seule de ses clauses*, la marque du titre onéreux ou bien celle du titre gratuit ; et leurs volontés ressortent des circonstances dans lesquelles l'opération est intervenue, du but à quoi elle tend.

Les renonciations sont soumises à ce traitement alternatif, soit qu'elles portent sur un legs, ou sur une succession, ou sur des reprises auxquelles le parent survivant avait droit et qu'il abandonne dans l'intérêt de ses enfants suivant que ce désistement intervient objectivement, *in rem*, ou bien en vue de favoriser une personne

(1) C. civ., art. 1496 et 1527. — PLANIOL et RIPERT, t. III, nos 1402 et s. ; COLIN et CAPITANT, t. III, p. 750 et s. NAST, *op. cit.*, n^o 973 : le code civil substitue ici à la présomption en faveur du caractère onéreux une présomption dans le sens du caractère gratuit.

(2) On ne s'entend pas sur la part qu'il convient de faire à la fiction du titre gratuit qui vient ainsi refouler la fiction plus ample de titre onéreux ; notre jurisprudence suit un système tout à fait radical en décidant que l'action en retranchement peut être exercée par les enfants du second mariage et alors même que ceux du premier lit, venant effectivement à la succession, n'en prendraient pas l'initiative (Caen, 3 août 1872, sous Req. 1^{er} juill. 1873. D. P. 1874.1.26 ; S. 1874.1.17) ; elle va même jusqu'à permettre au premier conjoint en faveur duquel le divorce avait été prononcé, de se prévaloir du retranchement effectué sur la demande des enfants (Civ. 27 mars 1923 ; D. P. 1923.1.161, note CAPITANT) ; mais, sur ce dernier point, elle est critiquée par une partie de la doctrine, ainsi qu'il ressort de la note précitée.

déterminée, *in favorem*, elles échappent ou elles ressortissent au droit des libéralités et elles sont donc en marge ou tributaires du rapport et de la réduction ; tout se ramène ainsi à une question d'intention, plus exactement de mobiles, et c'est au juge du fond qu'il appartient, en s'inspirant des circonstances de la cause, de pénétrer les ressorts de la volonté du renonçant, le but qu'il a poursuivi en faisant abandon de ses droits (1). La remise de dette donne une illustration saisissante de cette méthode d'interprétation des actes juridiques suivant les conditions dans lesquelles elle intervient et l'esprit dans lequel elle est consentie, elle rentre dans la catégorie des libéralités ou bien elle en est exclue ; c'est ainsi que la remise contenue dans le concordat accordé par un créancier à son débiteur commerçant dont la faillite a été déclarée est traitée, en principe, comme un acte à titre onéreux, parce qu'elle procède, non pas d'un sentiment de libéralité, mais d'un mobile intéressé : son auteur s'est proposé, non d'être agréable au failli concordataire, mais de tirer le meilleur parti possible d'une situation critique en faisant la part du feu ; c'est à une opération de consolidation qu'il a entendu procéder et non à un cadeau ; les cohéritiers du concordataire seraient donc mal venus à exiger le rapport ou la réduction des prétendus avantages qu'il tenait du *de cuius* ; ou, du moins, cette prétention ne serait admissible de leur part que si la dette dont il a été fait remise partielle se rattachait elle-même à une opération à titre

(1) V. pour la renonciation à une succession Civ. 8 mars 1858 (D. P. 1858.1.97) ; la Cour de cassation remarque que la renonciation d'une mère aux successions de ses deux filles « n'avait pas eu d'autre objet que de faire passer à des autres enfants les biens qu'elle était appelée à recueillir dans les successions, et présentaient tous les caractères d'une véritable libéralité » ; — pour la renonciation à un gain de survie civ. 15 mai 1866 (D. P. 1866.1.249) ; — pour la renonciation à un usufruit civ. 27 oct. 1886 (D. P. 1887.1.129). Comme l'écrivait l'annotateur de cette dernière décision, « une renonciation peut constituer une donation. Tout dépend de l'intention des parties, que les juges du fond peuvent constater successivement ».

gratuit, procédant d'une pensée de libéralité : réserve faite de ce cas exceptionnel, la remise est à considérer comme intervenue dans l'intérêt bien compris du créancier et ne saurait être ramenée au concept de l'acte désintéressé, de la libéralité (1).

Par application des mêmes idées, il y aurait lieu de considérer, non comme une libéralité, mais bien comme un acte à titre onéreux, la renonciation faite par un propriétaire foncier à la mitoyenneté d'un mur, s'il était établi que cet abandon s'explique par le désir de ne pas contribuer à la réparation de la clôture (2) : du moment que l'auteur de l'acte a agi dans son propre intérêt, le titre gratuit ne trouve plus la moindre fissure par où s'insinuer.

C'est pour la même raison que les avantages indirects qu'un acte procure à l'une des parties ne constituent pas toujours des libéralités et ne ressortissent pas toujours au statut juridique des donations, mais seulement si celui aux dépens duquel ils sont obtenus les a abandonnés en connaissance de cause et en vue de favoriser le bénéficiaire : en effet, on ne conçoit pas de libéralité sans intention libérale. C'est ainsi qu'un bail consenti à des conditions exceptionnellement favorables au preneur ne pourra être ramené au concept de la donation qu'autant que le prétendu bailleur a été animé de la volonté de bienfaisance ; sinon, et à moins de supposer que le prix du bail soit réduit au point de devenir déficient, l'avantage retiré de l'opération par le preneur ne relèvera pas du droit des donations (3).

(1) Sur ces différents points, voy. dans la collection Thaller, *Les faillites*, par PERCEROU, t. II, nos 1366 et s. — Req. 4 nov. 1889, motifs (D. P. 1890.1.435 ; S. 1890.1.435).

(2) DEMOGUE, *op. cit.*, p. 892.

(3) V. Req. 20 juill. 1893, sol. impl. (D. P. 1893.1.598) et Riom, 4 juill. 1892 (D. P. 1893.2.341).

262. — Il arrive qu'à l'inverse une opération traitée en principe comme onéreuse, ressortisse exceptionnellement au titre gratuit, et cela à raison de la pensée qui l'a dictée et abstraction faite de toute clause particulière : c'est ainsi que le prêt à intérêt, acte intéressé, voire spéculatif par excellence et par définition même, peut être envisagé cependant sous l'angle d'une libéralité lorsqu'il a été consenti par le bailleur de fonds en vue d'être agréable à l'emprunteur les sommes avancées, dans ces conditions et dans cet esprit, à un héritier présomptif seront alors sujettes à rapport, la stipulation d'intérêts n'étant pas nécessairement « exclusive de l'idée de libéralité », et n'imprimant pas fatalement à l'opération le caractère d'acte de spéculation (1). Ici encore, mobile et but ont la puissance de dénaturer l'acte, de le modeler, de le transformer, et cela par leur seule influence, sans qu'il soit nécessaire de modifier, par une clause exceptionnelle quelconque, l'équilibre du contrat : la transposition s'effectue d'un titre à l'autre par la seule volonté des parties.

§ 2. — INTRUSION DU TITRE ONÉREUX DANS LE TITRE GRATUIT.

263. — Nous visons sous cette rubrique, non point les actes, tels que le prêt de consommation et notamment le prêt d'argent, qui comportent indifféremment et par définition même le titre onéreux ou le titre gratuit, mais ceux qui, construits par le législateur sur le mode gratuit, ne répugnent cependant point à l'infiltration du titre onéreux qui vient en modifier la nature ainsi que les effets.

L'immense majorité des actes de bienfaisance présentent cette réceptivité (2) : ils sont parfaitement suscep-

(1) Req. 10 juin 1913 (S. 1914.1.366) ; cpr. les motifs de l'arrêt précité. Req. 4 mars 1889.

(2) Il faut excepter le commodat ou prêt à usage qui est spécifi-

tibles, tout en préservant leur essence même et sans pour cela changer de nom, de recevoir, par une sorte de greffe, un élément onéreux qui vient tout au moins en altérer plus ou moins profondément la physionomie : ainsi en va-t-il de la donation entre vifs, du mandat, du dépôt et du cautionnement dont l'esprit est susceptible de se modifier au souffle des mobiles qui les ont inspirés.

264. — I. — *La donation entre vifs.* — Imaginée dans son absolue pureté, la donation, type du contrat de bienfaisance, est toute générosité, toute libéralité : dans son origine, dans son exécution et dans son but, elle n'est que désintéressement (1). Mais ce n'est pas toujours qu'elle se présente dans cette unité et dans cette intégrité ; le plus souvent, du moins lorsqu'elle revêt une certaine importance, elle offre un aspect plus complexe, celui d'un alliage de sentiments et de désirs très différents, les uns désintéressés et altruistes, les autres plus ou moins intéressés : le disposant poursuit alors un but par rapport auquel la donation n'est qu'un simple moyen. On peut distinguer ainsi des *donations purement gracieuses* et des *donations faites en vue d'un but déterminé* (2), ou encore, et plus exactement à notre avis, des *libéralités pures* et des *libéralités relatives*. Cette dernière terminologie nous semble

quement et nécessairement gratuit (C. civ., art. 1876) la stipulation d'une rémunération au profit du prêteur transformerait l'opération et la ferait passer dans une catégorie différente, par exemple celle du louage des choses (PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 2054). Le commodat, qui n'est pas une donation puisqu'il n'implique pas un transfert de valeurs, est donc plus réfractaire que cette sorte de libéralité par excellence à l'immixtion du titre onéreux il est gratuit, absolument, ou il n'est pas.

(1) C'est en ce sens que nos auteurs situent traditionnellement la cause de toute libéralité dans l'intention libérale elle-même, dans « le désir de gratifier » POTHIER, *Traité des obligations*, n° 42. — V. *suprà*, n°s 109 et s.

(2) Cette terminologie est celle de M. CAPITANT, *De la cause*, n°s 34 et s.

préférable à la précédente qui est susceptible de prêter à confusion en laissant entendre qu'il existe des libéralités sans but, alors que tout acte raisonnable, donc tout acte juridique est nécessairement pourvu d'un but en dehors duquel il deviendrait inconcevable et inopérant. Les générosités anonymes n'échappent point à la loi commune et le geste du magistrat romain qui jetait des pièces de monnaie à la foule à l'occasion d'un événement heureux s'expliquait lui-même par des considérations étrangères à l'esprit abstrait de libéralité pure. Ce qui est vrai, c'est que les biens compris dans la libéralité sont fréquemment affectés, par la volonté du disposant, à un emploi déterminé : tel est le cas de ceux qui sont constitués en dot et dont la destinée est de subvenir aux charges du mariage ; alors, le but de l'opération se trouve concrétisé, incorporé en elle, mais on ne l'en retrouve pas moins également dans les libéralités considérées comme purement gracieuses et encore qu'il leur demeure extérieur.

265. — L'élément onéreux peut s'infiltrer dans la donation suivant des procédés différents : c'est parfois dans l'intérêt du disposant qu'il y pénètre et tantôt dans celui de tierces personnes (1). On conçoit, en effet, que le donateur impose au gratifié l'obligation de subvenir à son existence jusqu'à son dernier jour ou que le testateur charge le légataire de pourvoir à l'entretien de sa tombe ;

(1) Nous éliminons la combinaison dans laquelle l'obligation imposée au gratifié n'a été établie que dans son propre intérêt ; comme si une somme d'argent lui est donnée en vue de son établissement ou d'un voyage d'études ou de l'achat d'une bibliothèque. A notre avis, ce n'est pas une charge qui lui est alors imposée, mais une simple affectation, ce qui est bien différent : contrairement à l'opinion de M. PLANIOL, nous pensons qu'il n'y a pas alors donation avec charge (V. note PLANIOL, D. P. 1891.2.113) ; mais nous sommes d'accord avec l'éminent civiliste lorsqu'il estime que l'opération est purement gratuite (*eod. loc.*), alors que M. CAPITANT, qui écarte la notion de charge, oppose cependant la constitution de dot aux donations purement gracieuses (CAPITANT, *op. cit.*, n° 37).

mais, le plus souvent, c'est au profit d'un tiers, ou de certaines catégories de personnes, ou du public que la relative fait son apparition dans une libéralité la donation ou le legs sont adressés au gratifié sous l'obligation d'affecter les biens donnés ou légués à une œuvre, à un usage prévu, ou bien à la charge de servir une rente viagère à une personne déterminée. En pareil cas, et encore que le disposant ne stipule rien pour lui-même, la libéralité se présente, du moins pour le gratifié (1), comme relative : il ne s'enrichit pas purement et simplement, intégralement ; la médaille comporte un revers ; la donation entraîne pour le donataire des obligations qui viennent en préciser le sens et en limiter la portée. L'*animus donandi* ne suffit plus alors à expliquer la combinaison ; celle-ci ne trouve plus toute sa cause dans la bienfaisance même ; elle est complexe dans sa genèse, comme dans sa texture et dans son but.

266. — En se plaçant à un point de vue différent, on aperçoit que l'élément onéreux qui vient tempérer le titre gratuit se réfère tantôt à l'avenir et parfois au passé : la première éventualité correspond aux donations dites *onéreuses*, ou avec charges, *sub modo* ; la deuxième coïncide avec les *dons rémunérateurs*, c'est-à-dire ceux qui interviennent en exécution d'un devoir, d'un service rendu, d'une obligation de conscience.

La donation avec charges conserve son caractère de libéralité encore que l'émolument du gratifié se trouve très sensiblement diminué par les obligations qui lui sont imposées au profit du disposant ou en faveur de tiers (2) ;

(1) Il faut observer, en effet, que la libéralité conserve toute sa pureté si on l'envisage du côté du disposant qui ne reçoit rien en échange de ce qu'il donne ; c'est seulement par rapport au gratifié qu'elle constitue l'amalgame de deux sentiments et de deux buts et qu'elle affirme donc sa relativité.

(2) V. COLIN et CAPITANT, t. III, p. 642 ; AUBRY et RAU, 4^e éd., t. VII, § 701 ; CAPITANT, *De la causæ*, nos 34 et s. ; 201 et s. — M. PLA-

il n'en serait autrement que si la charge était de telle importance qu'elle pût être considérée comme la contrepartie des biens donnés (1) ; alors, l'étiquette apposée sur l'opération serait mensongère, ou du moins inexacte et l'acte serait en réalité construit sur le mode onéreux et rentrerait, suivant les cas, dans le cadre de la vente, de l'échange, du louage de services : il ne saurait dépendre des contractants, en dénommant inexactement un acte, de le faire passer d'une catégorie juridique dans une autre (2) ; les mobiles des parties étaient intéressés ; l'opération est donc composée dans la tonalité des actes à titre onéreux. Hors de cette conjoncture extrême, elle reste dominée par l'esprit de bienfaisance dans lequel elle a été conçue et elle demeure donc, en principe, soumise aux règles de forme des donations (3), comme aussi aux règles de fond (4), sous le bénéfice de cette très importante réserve qu'il y aura lieu, pour l'application des principes du rapport et de la réduction, de faire état des charges dans la mesure où elles réduisent l'émolument du gratifié, de telle sorte qu'à ce point de vue l'acte doit être décomposé (5) alors qu'on doit le traiter, quant à la forme et aussi quant aux causes de révocation, comme un acte

NIOL estime, tout au contraire, que lorsque la charge bénéficie au donateur ou à un tiers, l'opération n'est plus une véritable donation et qu'elle n'en a que le nom (note précitée). Cette opinion peut avoir une valeur en raison pure ; mais, en tant qu'expression de notre droit positif, elle ne pourrait être acceptée. Il est si vrai que la charge laisse à l'acte son caractère de libéralité qu'on a parfois beaucoup de peine à la distinguer de la condition dont elle partage, à bien des égards, le régime juridique, notamment pour l'application de l'article 900 c. civ. (V. *suprà*, nos 134 et s.).

(1) PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 2505.

(2) V. Req. 1^{er} mai 1912 (D. P. 1913.1.297) c'est au juge du fond qu'il appartient de dégager la véritable physionomie d'un contrat, mais à la condition de ne pas la défigurer.

(3) AUBRY et RAU, 4^e éd., t. VII, § 701.

(4) V. PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 2248 ; AUBRY et RAU, *loc. cit.*

(5) PLANIOL et RIPERT, *ibid.* ; AUBRY et RAU, 4^e éd., t. VII, § 701, note 12.

purement gratuit, il convient, pour l'application du droit successoral, de dissocier les titres gratuit et onéreux qui s'étaient confondus en lui.

267. — Quant aux dons rémunératoires, leur nature juridique a soulevé des difficultés plus sérieuses encore, à raison de la diversité des conditions dans lesquelles ils sont susceptibles d'intervenir ; on conçoit, en effet, qu'ils répondent à des obligations préexistantes plus ou moins impérieuses du côté de celui qui y procède, et dont certaines peuvent être pressantes au point de ne plus guère laisser de champ à l'esprit de libéralité en l'absence duquel il ne saurait y avoir de titre gratuit ; notre jurisprudence résout le problème, de façon très ingénieuse et très fine, en prenant en considération le mobile du disposant dont la mentalité acquiert une valeur décisive se considérerait-il comme lié, comme moralement obligé, en conscience, de consentir le prétendu don ? Alors, le titre gratuit s'efface devant le titre onéreux ; l'acte appartient à la famille des actes intéressés, si, au contraire, le disposant n'a agi que par reconnaissance, par délicatesse, par générosité, son geste demeure dans le cadre du titre gratuit et il est donc soumis aux exigences de la forme notariée (1) alors qu'il y échapperait dans la première éventualité. Sans doute, la nuance sera parfois délicate à fixer ; l'opinion, la croyance du donateur ne seront pas faciles à pénétrer (2) ; mais la

(1) V. Req. 7 janv. 1862 (D. P. 1862.1.188) ; civ. 23 mai 1876 (D. P. 1876.1.254) ; Riom, 12 déc. 1883 (D. P. 1885.2.101).

(2) La jurisprudence utilise volontiers un critère tiré de la nature des services rendus et selon qu'ils sont ou non appréciables en argent ; dans le dernier cas, l'obligé n'était tenu qu'à un devoir moral de gratitude et le don rémunératoire par lui consenti constitue donc une véritable libéralité, il en serait autrement dans l'éventualité où les services rendus étaient susceptibles d'être évalués pécuniairement la disposition serait alors à considérer comme un acte à titre onéreux plutôt que comme une libéralité en tant du moins qu'elle n'excède pas les limites d'une équitable rémunération AUBRY et RAU, 4^e éd.,

difficulté est de pur fait et c'est au juge du fond qu'il appartient de la résoudre souverainement.

Il est cependant une éventualité qui semble exclure toute appréciation judiciaire c'est celle où le disposant était tenu d'une obligation naturelle dont l'acte n'est que l'exécution. A la différence d'un simple devoir moral, une telle obligation, dont la valeur juridique est certaine, peut servir de cause à un paiement (1) ; l'opération qui intervient en vue d'y faire honneur est extinctive d'un rapport obligatoire préexistant ; elle n'est donc pas une donation et elle échappe notamment à l'exigence de la forme notariée.

Telle est bien l'opinion de notre jurisprudence qui l'a consacrée à propos de la prestation effectuée en exécution d'une obligation jadis civile et actuellement éteinte par la prescription, ou d'un engagement découlant d'un acte nul pour vice de forme (2), et même, ce qui est plus remarquable, à l'occasion de la dot constituée au profit d'un enfant par ses parents. On sait, en effet, que nos tribunaux admettent que les parents sont tenus *naturaliter* d'établir, de doter leurs enfants ; cette solution, si elle est contestée en doctrine (3), ne fait plus guère doute en ju-

t. VII, § 702. Ce critère, qui a le mérite de concrétiser les données du problème, est certainement intéressant, mais non décisif, car il est des services qui, tout en comportant une évaluation pécuniaire, sont traditionnellement gracieux lorsqu'ils sont rendus entre amis, tandis que d'autres, bien qu'inappréciables à raison de leur importance même, appellent un remerciement substantiel.

(1) C. civ., art. 1235, al. 2.

(2) Paris, 16 fév. 1860 (D. P. 1860.5.122). Dans cet arrêt, la cour décide que l'engagement assumé en exécution d'une obligation naturelle n'est pas soumis aux formes prescrites pour les donations et qu'il ne saurait être sujet à révocation ; c'est donc dans le fond comme dans la forme que s'affirme le caractère onéreux de l'acte.

(3) Le principe de l'obligation naturelle est admis par les auteurs suivants COLIN et CAPITANT, t. III, p. 46 ; PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 853 ; AUBRY et RAU, 5^e éd., t. IX, § 547 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, t. I, n° 212 ; t. III, n° 2045. — *Contra* BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. II, n° 1663 ; HÉMARD,

risprudence (1) ; elle entraîne logiquement cette conséquence que la constitution de dot, lorsqu'elle émane des parents, n'est pas soumise à la forme notariée, car elle participe de la nature du paiement plutôt que de celle de la donation : c'est bien en ce sens que s'est prononcée la cour de Poitiers qui fonde sa décision sur le caractère onéreux de l'opération « Ces engagements pris en vue d'acquitter des obligations de cette nature, constituant bien moins des libéralités que des actes à titre onéreux, ne sont pas soumis aux règles de forme qui régissent les dispositions à titre gratuit... un acte authentique n'a pas besoin d'être représenté » (2). L'immixtion du titre onéreux dans le titre gratuit est ainsi expressément relevée par la cour qui en tire la moralité en écartant la solennité de la forme notariée.

Mais immixtion n'est pas substitution : envisagée sous l'aspect onéreux lorsqu'il s'agit d'en déterminer la forme — et aussi lorsqu'il est question de l'opposer aux créanciers du constituant — la constitution de dot conserve, quant au fond et en principe, sa nature gratuite, encore qu'elle émane des parents de l'enfant doté même dans cette éventualité, et sans aucun doute, la dot demeure soumise au rapport et entre en ligne de compte pour le calcul du disponible et de la réserve.

268. — On voit toute la complexité de la situation et du problème : constamment, le titre gratuit reçoit le titre onéreux et, sans se laisser absorber par lui, s'en trouve modifié et refoulé. Sa relativité, sa contingence sont ainsi

note Sirey, 1905.2.185 ; SAVATIER, *Des effets et de la sanction du droit moral en droit positif français*, p. 302 et s. ; note D. 1923.2.121).

(1) V. Req. 30 juill. 1900 (D. P. 1901.1.502) ; 5 mars 1902 (D. P. 1902.1.220) ; Poitiers, arrêt cité *infra*. — *Contra* Montpellier, 16 déc. 1901 (D. P. 1907.2.241, note CAPITANT ; S. 1905.2.185, note HÉMARD).

(2) Poitiers, 26 avril 1923 (D. P. 1923.2.121, note SAVATIER).

mises en pleine lumière, comme aussi le rôle décisif joué par les mobiles dans cette lutte constante entre les deux titres antithétiques et rivaux qui s'entremêlent et se croisent au gré du disposant.

269. — II. — Le *mandat* nous offre l'exemple du même combat et de la même pénétration du titre gratuit par le titre onéreux. Traditionnellement, cette opération évoque l'idée d'un service rendu ; elle est marquée au coin de la bienfaisance. L'ancien droit romain était tellement rigoureux sur ce point qu'il ne tolérait aucune rémunération en faveur du mandataire (1) ; à l'époque classique, on se montrait moins intransigeant, mais c'était seulement au moyen d'un artifice juridique qu'on arrivait à donner satisfaction aux besoins sociaux : les parties pouvaient bien convenir d'une rémunération, mais l'exécution de leur accord était assurée par une *persecutio extra ordinem*, non par l'action née du mandat qui résistait donc à l'effort de pénétration exercé sur lui et se maintenait pur de tout alliage intéressé (2).

Cette résistance à toute compromission avouée avec le titre onéreux se prolongea au cours de notre ancien droit français ; au XVIII^e siècle, Pothier écrit encore : « Il est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit, c'est-à-dire que le mandataire se charge par un pur office d'amitié, de l'affaire qui fait la matière du mandat, et que le mandant ne s'oblige point à lui payer une somme d'argent ou quelque autre chose qui soit le prix de la gestion de cette affaire ; autrement, le contrat n'est pas un contrat de mandat ; c'est un contrat de louage, c'est une *locatio operarum* » (3). Il est vrai que l'auteur admet un tempérament ; il reconnaît que la promesse d'une somme d'argent n'enlève pas

(1) F. GIRARD, *Manuel de droit romain*, p. 571.

(2) F. GIRARD, *ibid.*

(3) POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, n° 22.

à l'opération le caractère de mandat lorsque cette prestation est tellement modique qu'elle est à considérer, non comme le prix du service rendu, mais simplement comme le témoignage de la reconnaissance du mandant et qu'elle mérite donc les qualificatifs d'*honor*, *honorarium*, *salarium* alors, l'opération conserve, dans la réalité, son caractère de gratuité, et c'est pourquoi elle constitue un mandat (1). Et cependant, pas plus que les jurisconsultes romains, Pothier n'admettait que les honoraires du mandataire pussent être réclamés au moyen de l'action née du mandat, car la promesse du mandant « est une convention qui, quoiqu'elle intervienne en même temps que le contrat de mandat, n'en fait pas néanmoins partie et lui est étrangère » (2). C'est donc bien la conception du droit romain classique qui est restée celle de Pothier : la rétribution du service ne peut être que modique et elle n'est point due en vertu du mandat auquel elle demeure extérieure et dont elle constitue comme une annexe, un codicille.

270. — Mais c'est un tout autre langage que parle le code civil : « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire » (3). Sans doute, la gratuité conserve sa valeur de principe, mais elle n'intéresse plus l'ordre public ; elle n'est plus essentielle, pouvant être éliminée par la volonté des parties, et cela sans réserve, sans restriction : d'une part, le mandataire a la faculté, d'accord avec le mandant, de fixer ses honoraires à un chiffre élevé ; d'autre part, c'est en s'appuyant sur le mandat et en exerçant l'action même de mandat qu'il en réclamera le paiement. L'opération s'est donc assouplie ; elle s'est modernisée ; elle ressortit bien encore au titre gratuit, mais elle est susceptible de recevoir le titre onéreux, non seulement par la

(1) POTHIER, *op. cit.*, n° 23.

(2) *Ibid.*

(3) C. civ., art. 1986.

volonté expresse des parties, mais par leur accord tacite qui s'induit le plus souvent de la qualité du mandataire dont la profession — avoué, agent de change, agent d'affaires, banquier, gérant d'immeubles — consiste à accomplir, moyennant rémunération, des actes au nom d'autrui. Alors, le contrat cesse d'être gratuit pour être transposé dans la tonalité des actes onéreux ; mais, point essentiel, il n'en constitue pas moins un mandat, l'immixtion du titre onéreux ne l'a pas complètement désaxé et ne l'a nullement fait dégénérer en un louage de services : l'article 1986 est suffisamment explicite sur ce point (1), et nous aurons à tirer les conséquences pratiques de cette stabilité relative.

271. — Mais si l'opération reste dans la ligne du mandat malgré la stipulation d'une rémunération au profit du mandataire, du moins change-t-elle de caractère et d'esprit autre chose est un service gratuit, autre chose un service payé et surtout un service professionnel l'immixtion du titre onéreux dans le mandat en déplace sensiblement le centre de gravité, et ce déplacement s'accuse dans le dosage de la responsabilité du mandataire.

C'est un principe que « le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion » (2) ; mais c'en est un autre que « ...la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire » (3). Donc, le mandataire gratuit est l'objet d'un traitement de faveur qui se justifie évidemment par son désintéressement ; sa responsabilité est allégée par rapport à celle du mandataire salarié, en considération des mobiles auxquels il a obéi en entrant dans le contrat.

(1) V. Paris, 24 fév. 1923 (D. P. 1923.2.146).

(2) C. civ. art. 1992, al. 1.

(3) Art. 1992, al. 2.

Mais en quoi consiste au juste cet allègement si légitime ? Sous quelle forme se réalise-t-il ?

D'anciens commentateurs ont enseigné que le législateur a voulu, dans les deux alinéas de l'article 1992, consacrer l'opposition classique entre la *culpa levis in abstracto*, dont le mandataire répondrait en thèse générale, et la *culpa levis in concreto* qui, seule, pourrait être mise au passif du mandataire non rétribué : tandis que le premier serait comptable de sa faute même légère et qu'on lui demanderait de se comporter comme un bon père de famille, comme un administrateur diligent, le second bénéficierait d'un traitement plus favorable ; il lui suffirait, pour dégager sa responsabilité, d'établir qu'il a apporté, dans l'exercice du mandat, le soin qu'il apporte à ses propres intérêts (1). Mais cette interprétation scolastique ne devait pas prévaloir ; elle est divinatoire, car elle ne trouve aucun point d'appui dans la teneur de l'article 1992 ; et il est aujourd'hui admis sans difficulté que la responsabilité du mandataire s'apprécie *in abstracto* en toute occurrence, et même en l'absence de toute rémunération (2). Seulement, le juge se conformera aux directives du législateur, d'abord en se montrant moins sévère dans l'appréciation de la conduite du mandataire obligé, en lui appliquant un coefficient de diligence particulièrement bas, puis, et si, malgré tout, sa responsabilité paraît engagée, en modérant les dommages-intérêts mis à sa charge (3). Sans doute, il n'y a là que des points de repère à la fois vagues et théoriques et le juge peut s'en éloigner aisément en alléguant que le mandataire gratuit a manqué à la plus élémentaire prudence ; son appréciation, parce qu'elle porte

(1) *Sic* TROPLONG, *Au titre du mandat*, n° 933 ; MOURLON, 5^e éd., t. III, p. 441. — Comp. GUILLOUARD, *Traité du mandat*, 2^e éd., n° 103.

(2) *Sic* LAURENT, t. XXVII, n° 475 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n° 593.

(3) COLIN et CAPITANT, t. II, p. 705 ; PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 2245.

sur un fait, échappe au contrôle de la Cour suprême. il n'est cependant pas indifférent que le législateur ait tracé la voie à suivre ; et il y a d'autant moins lieu de penser que les tribunaux s'en écartent qu'elle est conforme au bon sens et à l'équité.

272. — Malgré tout, le désintéressement du mandataire a donc des conséquences juridiques en ce sens qu'il détermine un allègement de sa responsabilité : on doit se demander s'il n'exerce pas une influence, qui serait plus grave encore, sur la solidité de l'opération.

C'est un principe traditionnel que le mandat peut prendre fin, à un moment quelconque, par la volonté de l'une des parties soit par la révocation de la part du mandant (1), soit par le désistement de la part du mandataire (2). Cette faculté réciproque, qui appartient aux deux parties, de s'évader isolément du mandat, imprime à cette opération un caractère assez fragile ; elle s'explique d'ailleurs assez bien, du côté du mandant, par cette double considération d'abord que le mandat est affaire de confiance, que la confiance ne se commande pas, qu'elle n'est point nécessairement éternelle, puis que la combinaison intervient uniquement dans son intérêt, qu'elle existe par lui et pour lui, et qu'il est donc bien naturel qu'il reste le maître d'une opération conçue et aménagée en vue de sa commodité personnelle ; du côté du mandataire, par cette raison qu'il rend un service gratuit — du moins dans la conception classique — et qu'il doit donc être traité avec des égards particuliers comment user de contrainte envers qui fait œuvre d'entre-aide et de dévouement ?

Seulement, si telles sont les raisons qui ont fait établir en sa faveur la faculté de désistement, n'est-on pas amené à la lui refuser du moment qu'il est salarié ? Car il devient

(1) C. civ., art. 2004.

(2) Art. 2007.

alors un contractant comme un autre ; il n'est plus spécialement intéressant et n'est plus digne d'un traitement de faveur. Mais, d'autre part, il semble que sa situation doive s'améliorer dans une autre direction et qu'il échappe en retour à la menace de la révocation, car, si le mandat est révocable, en principe, c'est parce qu'il intervient dans le seul intérêt du mandant qui doit rester le maître de l'opération ; mais du moment que l'affaire intéresse également le mandataire, il serait peu juridique de la laisser à la discrétion du mandant : logiquement le mandat devient irrévocable du moment qu'il devient salarié.

Cette dernière conclusion est d'autant plus plausible que, d'après une jurisprudence et une doctrine constantes, le mandat cesse d'être révocable du moment qu'il intervient dans l'intérêt du mandataire (1), ou dans l'intérêt commun des deux parties (2), ou dans celui d'un tiers ou enfin dans celui d'un tiers et de l'une des parties ou des deux parties (3), en un mot, du moment qu'il cesse d'intéresser exclusivement le mandant. La question revient donc à savoir si, du moment que le service rendu par le mandataire est rétribué, on ne peut pas considérer que l'opération est conçue dans son intérêt, au moins pour partie : si oui, le droit de révocation du mandant doit disparaître par application d'une solution de principe qui est constante à l'Ecole comme au Palais.

C'est effectivement sous cet angle et dans ces termes que le problème a été examiné par les auteurs et soumis aux tribunaux, mais c'est dans le sens de la négative qu'il a été résolu : « La stipulation d'un salaire, écrivent Aubry et Rau, ne peut faire considérer le mandat comme donné

(1) Bordeaux, 27 avril 1885 (D. P. 1886.2.263).

(2) Req. 6 janv. 1873 (D. P. 1873.1.116) ; civ. 11 fév. 1891 (D. P. 1891.1.197).

(3) Orléans, 31 juill. 1883 (D. P. 1885.2.20) ; Amiens, 28 janv. 1892 (D. P. 1893.2.158).

dans l'intérêt du mandataire. Cette circonstance ne met, par elle-même, aucun obstacle à la révocation... » (1) ; et la Cour de cassation, appelée à se prononcer sur la question, l'a tranchée en reproduisant textuellement la formule de ses anciens et éminents membres (2).

Ce dénouement inattendu semble d'abord paradoxal : on ne pensait pas que l'avoué, l'agent d'affaires, le gérant d'immeubles, lorsqu'ils font payer leurs services et lorsqu'ils font acte professionnel pussent être considérés comme désintéressés dans les opérations dont le produit les fait vivre.

Pendant, la position adoptée par la Cour de cassation se justifie à différents égards ; elle trouve un point d'appui et un argument d'analogie dans la disposition de l'article 1928 du code civil qui, en matière de dépôt, vise distinctement le cas où le dépositaire a stipulé un salaire et celui où l'opération est intervenue uniquement dans son intérêt c'est donc que la deuxième éventualité n'est point postulée par la première et qu'elle ne se confond nullement avec elle ; et, s'il en est ainsi pour le dépositaire, on comprend qu'il en aille de même pour le mandataire. On le comprend d'autant mieux que cette dissociation du salaire et de l'intérêt correspond à la réalité des choses juridiques et qu'elle cadre avec l'esprit dans lequel l'opération a été construite : en convenant d'une rémunération, les parties n'ont pas entendu déplacer le centre de gravité de la combinaison ; malgré tout, la personnalité du mandant domine celle du mandataire ; c'est pour lui qu'est intervenue l'opération dont il entend bien demeurer le maître ; c'est dans son patrimoine que les effets s'en réalisent, non dans celui du mandataire, et ce n'est pas la stipulation d'un salaire au profit de celui-ci qui est sus-

(1) AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, § 416.

(2) Civ. 4 mars 1914 (D. P. 1916.1.68).

ceptible de transformer l'économie de l'opération et de rendre obligatoire une confiance qui ne se commande pas. Et d'ailleurs, si la faculté de révocation était exclue par l'immixtion du titre onéreux dans le mandat, cela reviendrait à dire que cette faculté a pratiquement disparu de notre droit, tellement le mandat rétribué dépasse en importance le mandat gratuit, et l'on pourrait poser en principe que la procuration est devenue irrévocable, ce qui irait à l'encontre de la tradition comme de la volonté certaine du législateur.

Il faut donc approuver la Cour de cassation lorsqu'elle décide que la faculté de révocation est inhérente au mandat rémunéré aussi bien qu'au mandat gratuit ; mais il convenait de relever la différenciation qui en résulte entre le salaire et l'intérêt, entre l'opération à titre onéreux et l'acte intéressé de ce que le mandataire a stipulé une rémunération, on n'est pas autorisé à conclure que l'opération ait été conçue dans son intérêt ; bien au contraire, c'est l'intérêt du mandant qui demeure au premier plan, en principe du moins, et c'est autour de lui que gravite la combinaison dont l'esprit n'est point à la merci d'une clause rémunératoire.

273. — Mais la situation serait tout autre si le mandat était vraiment intervenu dans l'intérêt du mandataire, comme si c'était un débiteur qui eût donné mandat à ses créanciers de procéder à la vente amiable de ses immeubles : celui-là ne pourrait pas user d'autorité du droit de révocation parce que, sans nul doute, la combinaison est intervenue, pour une bonne part, dans l'intérêt des mandataires que l'on a voulu dispenser de recourir aux formes lentes et compliquées de la saisie immobilière (1) ; c'est à ce point de vue que les mobiles des parties deviennent

(1) *Sic* Bordeaux, 27 avril 1885, précité.

déterminants ; mais, avec eux, nous sortons quelque peu du titre gratuit et du titre onéreux : nous allons y revenir avec le dépôt qui nous offre un autre exemple de l'intrusion du second de ces titres dans le premier.

274. — III. — Le *dépôt*, comme le mandat, a évolué, depuis le droit romain et depuis notre ancien droit, dans un sens économique et utilitaire : à côté du dépôt « vieux style », acte gracieux et service d'ami, on a vu apparaître, puis se développer le dépôt rémunéré, acte intéressé de part et d'autre, acte ordinairement professionnel du côté du dépositaire ; ici encore, le titre onéreux a eu raison du titre gratuit qu'il a vaincu et presque expulsé.

Dans la conception des rédacteurs du code civil, cette opération revêtait un caractère gratuit plus nécessaire que celui du mandat ; la comparaison des formules législatives est édifiante sur ce point : « le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire » (1) ; « le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit » (2). Il n'empêche cependant que le législateur envisage, quelques textes plus loin, la possibilité, pour le dépositaire de stipuler un salaire (3). L'efficacité d'une telle stipulation n'est donc point contestable ; mais il reste à savoir quelle en est la portée, l'efficience : ne va-t-elle pas avoir cette conséquence grave de changer la nature même de l'opération, de la faire passer d'une catégorie juridique dans une autre ?

Nous savons que la question ne se pose pas pour le mandat, lequel reste tel malgré la stipulation d'une rémunération au profit du mandataire : l'article 1986 s'en explique clairement (4). Mais nous ne possédons pas de

(1) C. civ., art. 1986.

(2) Art. 1917.

(3) Art. 1928.

(4) *Suprà*, n° 270.

texte semblable pour le dépôt, et comme l'article 1917 fait de la gratuité une caractéristique essentielle de cette opération, comme, d'autre part, la stipulation d'un salaire transforme ici le contrat, de sa nature unilatéral (1), en une convention synallagmatique, on comprend que, pour certains auteurs, l'opération change de nature juridique à raison de l'intrusion en elle du titre onéreux, qu'elle cesse de constituer un dépôt pour devenir un louage de services (2).

275. — Mais cette opinion, qui s'étaye principalement sur la tradition (3), est difficilement conciliable avec les textes du code civil : soit avec l'article 1917 qui, en proclamant que le dépôt *proprement dit* est essentiellement gratuit, laisse assez clairement entendre qu'il existe, à côté de ce prototype légendaire, une forme plus moderne et moins rigide ; soit avec la définition que l'article 1915 donne du dépôt en général et dans laquelle il n'est point fait mention de l'élément de gratuité (4) ; soit avec le

(1) A vrai dire, le dépôt rentre dans la sous-catégorie des contrats synallagmatiques imparfaits, puisqu'il est susceptible de faire naître indirectement et après coup des obligations à la charge d'un déposant (C. civ., art. 1947) ; mais on sait que les actes de ce type sont en réalité des contrats unilatéraux. V. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 263.

(2) *Sic* LAURENT, t. XXVII, n° 77 ; HUC, t. XI, n° 231 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 650 et 651.

(3) POTHIER écrivait : Le contrat de dépôt est un contrat de bienfaisance : il renferme un service d'ami que le dépositaire rend au déposant. De là il suit que, pour que le contrat par lequel on confie la garde d'une chose à quelqu'un soit un contrat de dépôt, il faut que celui à qui on la confie s'en charge gratuitement ; car, si par le contrat il exige quelque rétribution pour sa garde, le contrat n'est plus un contrat de bienfaisance, il ne renferme plus un service d'ami. Ce n'est pas par conséquent un contrat de dépôt, c'est une autre espèce de contrat ; c'est un contrat de louage, par lequel le gardien loue sa garde pour le prix convenu » (*Traité du contrat de dépôt*, n° 13) ; mais, à un autre endroit, l'auteur, est moins affirmatif et se contente de déclarer que « ...ce contrat, en ce cas, n'est pas un vrai contrat de dépôt, n'étant pas gratuit, mais un contrat qui tient plutôt du louage » (*op. cit.*, n° 31).

(4) Art. 1915 Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature.

langage de l'article 1928 qui qualifie de dépositaire celui qui a stipulé un salaire pour la garde de la chose ; soit encore avec l'article 1952 qui rend les hôteliers et les aubergistes responsables des effets des voyageurs, en tant que dépositaires, alors que cette catégorie de personnes n'offrent pas leurs services gratuitement mais accomplissent un acte professionnel ; soit enfin avec l'article 1957 qui, s'occupant du séquestre, note qu'il peut n'être pas gratuit : or, le séquestre n'est qu'une des deux espèces de dépôt que distingue le code civil (1) ; c'est donc que la gratuité n'est pas absolument incompatible avec cette sorte d'opération.

Ainsi, la lettre du code civil est, non pas contraire, mais nettement favorable à la possibilité d'un dépôt salarié ; il est bien vrai que la stipulation d'une rémunération fait de l'opération un contrat synallagmatique, et qu'elle en change donc, à cet égard, la physionomie. Mais l'adjonction de charges à une donation entre vifs produit le même résultat, et cependant l'acte n'en demeure pas moins, si les charges ne sont pas excessives, une libéralité (2) ; il n'y a donc pas lieu de s'étonner si le dépôt reste un dépôt encore que la stipulation d'un salaire en ait fait un contrat synallagmatique ; comment en serait-il autrement puisqu'il conserve, en dépit de cette immixtion d'un élément onéreux, ses caractéristiques essentielles, à savoir l'idée de *garde* et l'obligation, pour le dépositaire, de restituer la chose à la *première réquisition* qui lui en est adressée par le déposant ?

276. — Il faut donc reconnaître qu'il existe, dans notre droit positif actuel, à côté du dépôt traditionnel, ancien style, lequel affecte l'aspect d'un acte gratuit renfermant

(1) C. civ., art. 1916 « Il y a deux espèces de dépôt le dépôt proprement dit et le séquestre. »

(2) *Suprà.* n° 266.

un service, un type moins archaïque, plus économique, à allure professionnelle du côté du dépositaire et dans lequel le titre onéreux s'est immiscé sans d'ailleurs en changer la nature profonde (1) ; et il est évident que ce nouveau modèle l'emporte actuellement de beaucoup en importance pratique sur son aîné ; de nos jours, le dépositaire est devenu un professionnel qui entend que ses services soient rémunérés : il s'appelle le magasin général, le garde-meuble, l'entrepreneur de transports (2), la compagnie internationale des wagons-lits, l'entrepreneur de spectacles (3), l'hôtelier, le banquier (4), ou le garagiste, toutes personnes, juridiques ou humaines, qui ne se piquent point de désintéressement et qui entendent faire payer au juste prix les bons et loyaux services rendus à leur clientèle.

277. — Or, il est intéressant de constater que telle est leur mentalité, car elle va retentir sur leur situation juridique, sur le traitement qui leur est imposé par le code civil dépositaires, mais dépositaires rémunérés, ces professionnels sont traités avec une rigueur particulière, précisément parce qu'ils sont dépourvus de l'intention libérale, caractéristique du titre gratuit et qu'ils ont obéi à des mobiles intéressés.

En thèse générale, le dépositaire bénéficie d'un traitement de faveur ; on lui demande seulement d'apporter, dans la garde des choses qui lui sont confiées, la même vigilance que dans celle de ses propres biens (5) ; il répond donc, non pas de la *culpa levis in abstracto*, mais unique-

(1) *Sic* PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 2205.

(2) Nous visons ici le dépôt de colis et de marchandises à la consignation ; car, pour ce qui est des objets enregistrés, le concept du transport exclut celui du dépôt qui est une opération à exécution sédentaire (L. JOSSERAND, *Les transports*, 2^e éd., n° 363).

(3) Les objets confiés au vestiaire le sont à titre de dépôt.

(4) On sait, en effet, que les maisons de banque reçoivent en dépôt des titres et aussi des objets précieux.

(5) C. civ., art. 1927.

ment de la *culpa in concreto*, de la faute qu'il ne commettrait pas si ses propres intérêts se trouvaient en jeu : régime dérogatoire au droit commun, qui se justifie par la gratuité du service rendu et qui doit s'effacer pour céder la place à ce droit commun du moment que le service est rétribué et qu'il devient donc une affaire : donnant donnant ; la responsabilité sera alors appréciée avec plus de rigueur (1).

Reste à savoir dans quel sens et dans quelle mesure se réalisera cette aggravation ; l'article 1928 ne s'en explique pas clairement, mais la tradition nous fournit une précieuse indication : Pothier, à qui les rédacteurs du code civil ont emprunté l'énumération contenue dans ce texte, décidait que le dépositaire salarié était comptable, conformément aux principes généraux, de sa *culpa levis in abstracto* et qu'il devait donc se comporter, ainsi que tout autre débiteur contractuel, comme un homme diligent (2). Le code civil fait d'ailleurs application de ce critère normal au séquestre judiciaire, lequel « doit apporter, dans la conservation des effets saisis, les soins d'un bon père de famille » (3) : or, le séquestre n'est autre qu'un dépositaire salarié et le traitement qui lui est infligé vaut pour l'ensemble de la catégorie à laquelle il ressortit.

278. — Il est même un dépositaire professionnel dont la responsabilité est plus lourde encore que celle du droit commun et dont la situation s'oppose donc vigoureusement à celle du dépositaire type, et c'est l'hôtelier.

On sait que l'hôtelier, l'aubergiste, le logeur sont traités par la loi comme des dépositaires, voire comme des dépositaires nécessaires, en ce qui concerne les effets apportés

(1) C. civ., art. 1928 La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur... ; 2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt... »

(2) POTHIER, *op. cit.*, n° 31.

(3) C. civ., art. 1962, al. 1.

par le voyageur qui loge chez eux (1) le législateur considère que leur client se trouve dans la nécessité de conserver son bagage avec lui et qu'il en effectue tacitement le dépôt nécessaire par cela même qu'il s'installe et qu'il loge dans leur établissement ; de telle sorte que ces dépositaires présentent cette triple caractéristique d'être des dépositaires salariés, professionnels et nécessaires.

L'accumulation sur une même tête de ces circonstances aggravantes fait pressentir un alourdissement de la responsabilité qui se traduit par les trois solutions suivantes

1° L'hôtelier, en tant que dépositaire salarié, répond de sa faute légère, et non point seulement de celle qu'il ne commettrait pas dans la garde de ses propres biens : il n'y a là que l'application pure et simple du principe écrit dans l'article 1928-2° (2).

2° Parce qu'il est un dépositaire nécessaire, l'hôtelier se verra faire application de la règle d'après laquelle la preuve par témoins peut être reçue, dans ce genre d'opération, « même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cinq cents francs » (3).

3° Enfin et surtout, parce qu'il est un professionnel, un chef d'établissement, il répond, non seulement de son propre fait ou de sa propre négligence, mais encore du fait ou de la négligence d'autrui, à savoir du fait de ses domestiques et préposés — par application d'un principe général inscrit dans l'article 1384 — et aussi, ce qui est exceptionnel, de celui « des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie » (4), covoyageurs, fournisseurs, visiteurs, tiers et intrus quelconques. C'est donc le *cas fortuit*, c'est-à-dire le risque professionnel qui est ainsi mis à sa charge

(1) C. civ., art. 1952.

(2) PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 2220 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n° 1205.

(3) C. civ., art. 1950, modifié par la loi du 1^{er} avril 1928. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, nos 1227 et 1231.

(4) C. civ., art. 1953, al. 1.

par le code civil, abstraction faite de toute faute personnelle prouvée, mais à l'exclusion des événements d'ordre extérieur, des faits qui feraient irruption du dehors et qui, constitutifs de la *force majeure*, seraient dépourvus à son encontre de toute valeur obligatoire tels les « vols faits avec la force armée » que le code civil ne cite qu'à titre d'exemple et en ajoutant « ou autre force majeure » (1).

Malgré cette dernière limitation, la responsabilité objective, de plein droit, qui pèse sur l'hôtelier, a paru encore trop lourde à l'usage, du moins pour les objets précieux; pour ceux qui, sous un petit volume, représentent une valeur considérable, tels les billets de banque, les titres de bourse, les bijoux. Pour ces objets-là, et à moins qu'ils n'aient été déposés « réellement » entre les mains de l'hôtelier, la responsabilité de celui-ci est limitée à la somme de mille francs (2). Cette limitation n'affecte d'ailleurs que la responsabilité de plein droit, à base de risque; mais il a été jugé que la victime a toujours la ressource d'obtenir une réparation intégrale à la condition d'établir une faute précise à la charge de l'hôtelier (3) et si, d'autre part, elle échappe, de son côté, à tout reproche d'imprudence (4).

279. — Comme on le voit, la responsabilité du dépositaire se trouve sous la dépendance étroite de l'esprit qui a présidé à l'aménagement de l'opération, des mobiles

(1) C. civ., art. 1954. Sur la distinction du cas fortuit et du cas de force majeure. V. L. JOSSERAND, *Les transports*, 2^e éd., nos 570 et s.

(2) C. civ., art. 1953, al. 2 ajouté par la loi du 8 avril 1911.

(3) Req. 8 mars 1926 (S. 1926.1.53); Bordeaux, 20 mai 1892 (D. P. 1893.2.182). V. le rapport de M. Raoul PÉRET, lors de travaux préparatoires de la loi du 8 avril 1911 (*Sirey, Lois annotées*, 1911, 107, note 4).

(4) Toutefois, la faute du voyageur ne fait disparaître ou même n'atténue la responsabilité de l'hôtelier qu'autant qu'elle était de nature à mettre obstacle à sa vigilance (Req. arrêt précité du 8 mars 1926).

auxquels les parties ont obéi : sensiblement alourdie par l'immixtion du titre onéreux, elle l'est à nouveau et derechef lorsque le dépositaire concentre les qualités de professionnel salarié et de dépositaire nécessaire l'atmosphère dans laquelle le *negotium* s'est formé réagit sur lui et en modifie profondément les conséquences juridiques ; il est donc parfaitement exact que le dépôt figure, avec la donation et le mandat, au nombre des actes qui, en principe conçus dans le mode gratuit, sont cependant susceptibles, sans pour cela changer de nom ni abdiquer leur nature intime, de recevoir le titre onéreux qui vient, s'insinuant en eux, s'amalgamer avec le titre gratuit ou même l'expulser complètement l'étiquette reste la même, encore que le contenu ait été changé et que l'esprit du contrat ait été modifié cette double transposition d'ordre économique et moral n'entame point le métal solide dont est faite une opération qui trouve, dans ses lignes ethniques, dans son essence la plus profonde, les moyens de résister à cette invasion étrangère et de défendre contre elle son individualité.

280. — IV. — Le cautionnement n'offre pas une résistance moindre comme les opérations dont nous nous sommes précédemment occupés, il est naturellement gratuit, du moins dans les rapports de la caution avec le débiteur principal (1) ; il rentre dans la catégorie des actes de bienfaisance n'impliquant point un transfert de valeurs au profit du gratifié. Mais rien ne s'oppose à ce que cette gratuité, simplement naturelle et non pas essentielle, soit écartée et à ce que la caution stipule du débiteur un prix en

(1) Dans les rapports du créancier avec la caution, le cautionnement doit, au contraire, être considéré en principe comme à titre onéreux, comme une constitution d'hypothèque ou toute autre garantie, du moins lorsque, comme il arrive ordinairement, il intervient au moment même où naît la dette principale.

paiement du service qu'elle lui rend (1) ; par cela même, l'opération perd son caractère de bienfaisance, mais non pas son individualité ; elle demeure tout de même un cautionnement soumis aux règles qui régissent la matière : elle ne dégénère pas en une assurance.

281. — En résumé, les actes à titre gratuit, envisagés quant à leur pouvoir de réceptivité du titre onéreux, doivent être répartis dans les trois catégories suivantes :

1° Il en est un au moins qui, spécifiquement et absolument gratuit, ne se laisse aucunement entamer par le mode onéreux : c'est le commodat ;

2° Il en est d'autres qui, à l'inverse, sont doués à cet égard d'une réceptivité sans limites : le titre onéreux peut s'insinuer en eux au point que les prestations des parties s'équilibrent et *sans que cependant l'opération change de nom* : il en est ainsi du mandat, du dépôt et du cautionnement ;

3° Enfin, une catégorie intermédiaire comprend la donation entre vifs et le legs, lesquels s'accommodent bien du titre onéreux, mais jusqu'à un certain point seulement : encore faut-il que les charges imposées au gratifié ne constituent pas l'équivalent de l'émolument qu'il retire de l'opération ; s'il en était autrement, celle-ci ne procéderait plus en réalité de l'esprit de bienfaisance ; son centre de gravité serait déplacé et elle passerait donc dans une catégorie juridique différente.

§ 3. — INTRUSION DU TITRE GRATUIT DANS LE TITRE ONÉREUX.

282. — Le phénomène d'interpénétration dont nous avons examiné un des aspects se réalise parfois en sens inverse ;

(1) Req. 13 mars 1854 (D. P. 1854.1.248) ; Limoges, 23 déc. 1847 (D. P. 1848.2.85).

à l'invasion du titre gratuit par le titre onéreux correspond et s'oppose celle du titre onéreux par le titre gratuit ; mais celle-ci est moins fréquente et moins violente que celle-là : le titre onéreux oppose à l'irruption de son contraire une force de résistance qui ne saurait être qu'exceptionnellement ou que partiellement surmontée.

Sans doute, les contrats intéressés, et même ceux qui sont d'ordre spéculatif, sont susceptibles de servir de cadre à des libéralités indirectes ; c'est ainsi qu'une vente peut être conclue soit à vil prix, soit à un prix excessif et renfermer ainsi un avantage pour l'acheteur ou pour le vendeur, et une observation du même genre conviendrait aussi bien, *mutatis mutandis*, à l'échange, au louage d'immeuble ou au louage de services, au prêt à intérêt ou au transport. Cette réceptivité du titre onéreux par rapport au titre gratuit est incontestable ; mais elle n'est pas intégrale ; et elle n'est pas vraiment apparente.

283. — I. — Son défaut d'apparence est manifeste dans les cas que nous venons de supposer : lorsqu'un immeuble valant en réalité cent mille francs est vendu pour quatre-vingts ou pour quatre-vingt-dix-mille, l'élément gratuit ne s'affirme pas au grand jour, mais il s'insinue discrètement, au point que son existence même pourra être contestée par l'acheteur lorsqu'on lui demandera d'effectuer le rapport ou de subir la réduction de l'avantage indirect par lui réalisé. Dans la donation, au contraire, l'élément onéreux, qui revêt assez ordinairement la modalité d'une charge, ne saurait être méconnu, dans son principe tout au moins, et c'est seulement son évaluation qui pourra devenir sujette à contestation dans la réalité des faits, le titre onéreux s'attaque ouvertement au titre gratuit tandis que celui-ci ne mine que sourdement celui-là.

284. — II. — De plus et surtout, l'intrusion du titre gratuit dans le titre onéreux est ordinairement contenue

dans des limites assez resserrées et grâce auxquelles l'acte conserve sa fonction normale et sauvegarde sa nature intéressée.

Ces limites sont particulièrement visibles dans la *vente* qui suppose, par définition même, un prix servant de réplique à la chose vendue (1) ce prix doit être réel et il doit être sérieux ; la vente qui serait consentie *nummo uno* serait inexistante ou radicalement nulle, et la Cour de cassation a même considéré comme telle la vente d'un immeuble moyennant une rente viagère inférieure ou égale à son revenu annuel, car « le prix est un des éléments essentiels et constitutifs du contrat de vente » et il est inadmissible que l'acheteur puisse acquérir la chose sans « aucune chance de perte à courir, ni aucun sacrifice à faire de ses propres deniers » (2). Sans doute, on peut soutenir que l'opération ainsi aménagée vaut en tant que donation déguisée (3), mais il est impossible de la sauver de la nullité en l'envisageant sous l'angle d'une vente, car ce dernier concept ne saurait s'accommoder du titre gratuit. A quoi il faut ajouter qu'en matière de vente immobilière le champ donné au titre gratuit se trouve plus étroitement limité encore, puisqu'une lésion de plus des sept douzièmes ouvre à la victime, consentante ou non (4), une action en rescision, du moins si cette victime est la partie venderesse (5).

(1) C. civ. art. 1582, al. 1.

(2) Req. 1^{er} mai 1911 (D. P. 1911.1.353, note PLANIOL). Comp. Req. 28 oct. 1895 (D. P. 1896.1.36) ; 15 mai 1899 (D. P. 1899.1.312). — Dans la note précitée, M. PLANIOL fait des objections à cette jurisprudence, mais tout en reconnaissant que le prix doit être réel.

(3) Req. 12 fév. 1904 (D. P. 1904.1.526). — PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 2120. — Mais encore faut-il, pour que ce procédé de sauvetage soit efficient, que le prétendu vendeur ait eu l'intention de gratifier l'acquéreur. V *infra*, n° 296.

(4) L'art. 1674 c. civ. accorde l'action en rescision au vendeur lésé quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à l'exercer et même s'il avait déclaré donner la plus-value.

(5) C. civ., art. 1674 et s.

285. — Un peu moins réfractaire à l'immixtion du titre gratuit se révèle le *louage de choses*, en ce sens que le bailleur ne pourrait pas se réclamer d'une prétendue lésion qu'il aurait subie pour demander la rescision du contrat (1); mais il est de jurisprudence (2) et de doctrine constantes (3) que le bail implique, au nombre des conditions essentielles à son existence même, un prix sérieux à défaut duquel l'opération, d'ailleurs valable, constitue, suivant le cas, soit un commodat soit une donation, mais sûrement pas un louage (4). Il en advient ainsi, sans aucun doute, du prétendu bail consenti « *nummo uno* », pour un franc par an ce discret hommage rendu au titre onéreux n'est pas à même de conjurer son expulsion et l'acte sera soumis, du moins quant au fond, au régime des libéralités (5).

286. — La *société* est encore moins accommodante; elle défend son caractère onéreux qui s'affirme par les deux règles suivantes d'une part, chaque associé doit faire un apport (6); d'autre part, chacun doit participer,

(1) Douai, 20 juill. 1865 (D. P. 1866.2.29). — POTHIER formulait déjà, à ce sujet, une opposition suffisante entre la vente et le louage (*Traité du contrat de louage*, n° 36).

(2) V. Caen, 26 janv. 1880 (D. P. 1882.2.49); Riom, 4 juill. 1892 (D. P. 1893.2.344); Req. 20 juill. 1893 (D. P. 1893.1.598).

(3) *Sic*: GUILLOUARD, t. I, n° 63; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL t. I, nos 840 et s.

(4) Les auteurs et les arrêts ne précisent pas les conditions dans lesquelles l'opération sera ramenée au type du commodat ou à celui de la donation. Assurément, l'intention des parties joue, en pareille matière, un rôle prépondérant; mais il arrive souvent qu'elle ne se soit manifestée qu'indirectement, et le juge aura alors de la peine à la dégager. Pour ce faire, il s'inspirera des circonstances de la cause et notamment des clauses du prétendu bail il est certain que plus la durée de la jouissance du pseudo-preneur sera longue et plus facilement l'acte se ramènera à un transfert définitif de valeurs, donc à une donation. V. les décisions citées ci-dessus.

(5) C'est ainsi que l'opération comportera la révocation pour cause d'ingratitude du prétendu preneur, lequel est, en réalité, un donataire. *Sic*: Req. arrêt précité.

(6) C. civ., art. 1832 et 1833.

en quelque mesure, aux bénéfiques ainsi qu'aux pertes : si l'acte constitutif attribuait à l'un des associés la totalité des bénéfiques, ou encore s'il l'affranchissait de toute contribution aux pertes, il serait frappé de nullité (1). Car la sanction du caractère onéreux de l'opération consiste ici, non plus seulement dans la substitution d'une autre catégorie juridique au concept social, ni même uniquement dans la nullité de la seule *clause léonine*, comme semble le supposer cependant le code civil (2), mais bien dans la nullité du contrat de société lui-même : c'est la combinaison tout entière qui s'effondre et par la force même des choses, car on ne voit pas la possibilité de substituer au procédé de répartition choisi par les contractants un mode de répartition différent et plus équitable ; une telle immixtion du juge dans une opération contractuelle serait arbitraire et fausserait la volonté des parties édictée contrairement à l'« *affectio societatis* », dans un esprit inconciliable avec la solidarité sociale, cette opération est désaxée et doit tomber dans son intégralité (3). Mais, dans tous les cas et quelque opinion que l'on professe sur ce point secondaire, il n'en reste pas moins que la clause léonine doit tomber et que le titre onéreux possède ici une valeur d'ordre public.

287. — La *transaction*, elle aussi, est, par définition même, une opération intéressée, puisqu'elle doit avoir pour but et pour objet de mettre fin à une contestation

(1) Art. 1855.

(2) Même texte.

(3) *Sic* COLIN et CAPITANT, t. II, p. 614 ; AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, p. 544 et 545 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WALH, n^o 288. — La jurisprudence n'est pas fixée les arrêts cités parfois comme ayant adopté le système que nous adoptons au texte, ne décident rien de tel. V. par exemple : 14 juin 1882 (D. P. 1884, 1.222) ; et les tribunaux et les cours d'appel sont divisés. V. dans le sens de la nullité totale trib. civ. Vervins, 31 juill. 1902 (D. P. 1903.2.425) ; *contra* : Paris, 17 juill. 1901 (S. 1901.2.304).

née ou de conjurer une contestation à naître (1) ; elle implique donc des abandons réciproques ; chacune des parties cède du terrain à l'autre ; et le vœu du législateur est que les abandons consentis de part et d'autre s'équilibrent approximativement, en sorte qu'il n'y ait ni vainqueur ni vaincu et que l'acte conserve donc, dans la réalité comme en apparence, la valeur d'un acte à titre onéreux, non pas spéculatif, mais déclaratif de droits préexistants (2).

Seulement ses prévisions peuvent être trompées, et celles des contractants aussi ; il peut advenir que la solution transactionnelle ne contienne en réalité aucun abandon et que la transaction soit une étiquette inexacte, un pavillon couvrant une marchandise de contrebande. Il n'y avait pas, entre les parties, de contestation, née ou à naître : quel sera le sort de l'arrangement intervenu dans de telles conditions ?

On peut supposer d'abord que les parties ont su à quoi s'en tenir, qu'elles ont agi en toute connaissance de cause, avec la volonté de masquer le *negotium* véritable en le faisant entrer, bon gré mal gré, dans le moule de la transaction, auquel cas il faut sous-distinguer selon le caractère dudit *negotium* : s'il relève lui-même du titre onéreux — et c'est l'hypothèse pour le partage — rien ne s'oppose, en principe à la validité de la combinaison qui conserve, de toute façon, son caractère onéreux (3) ; s'il ressortit au contraire au titre gratuit, il faut se rappeler que la simulation n'est pas, par elle-même, une cause de

(1) C. civ., art. 2044.

(2) A ce point de vue, la transaction se rapproche du partage et doit être rangée, comme lui, dans la catégorie des actes à titre onéreux non spéculatifs. *Suprà*, n° 258.

(3) Notre jurisprudence se montre assez favorable aux combinaisons qui tendent à évincer le partage judiciaire dont les formalités sont longues, coûteuses et compliquées ; les intéressés recourent volontiers dans ce but à la personne de porte-fort et aussi à la transaction. V. PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 2352 ; HAMEL, *Du partage transactionnel et de son application en présence d'incapables*, thèse, Paris, 1909.

nullité et qu'elle ne vicie pas les contrats (1); l'acte simulé est valable sous le bénéfice de cette observation qu'il n'a point d'effet contre les tiers (2); l'opération vaudra donc comme donation déguisée, c'est-à-dire que, dispensée des règles de forme de l'article 931 du code civil, elle sera traitée, quant au fond, ainsi qu'une libéralité : les tiers seront admis, en prouvant la simulation, à rétablir la vérité et à faire ressortir le titre gratuit qui se cachait sous le déguisement d'une prétendue transaction (3).

Lorsque les parties se sont au contraire trompées, lorsqu'elles ont cru à la réalité de contestations imaginaires et, par suite, d'abandons fictifs, lorsqu'elles ont effectué ainsi une transaction putative, de graves difficultés s'élèvent qui naissent du rapprochement de l'article 2052, alinéa 2, d'après lequel les transactions « ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit... » et de l'article 2053, alinéa 1^{er}, qui déclare que « néanmoins une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur... sur l'objet de la contestation », ainsi que de l'article 2054 aux termes duquel il y a également lieu à l'action en rescision lorsque la transaction a été faite en exécution d'un titre nul, c'est-à-dire, en somme, dans un cas où il y a eu erreur de droit. MM. Colin et Capitant ont tenté de résoudre la contradiction apparente en considérant que le législateur a eu en vue, dans l'article 2052, « l'erreur juridique que les parties commettraient sur le caractère litigieux des droits qu'elles ont déduits dans la transaction » ; elles ont cru faussement que ces droits étaient sujets à contestation ; malgré cette erreur, la transaction tiendra : décider autrement eût été enlever toute sécurité aux parties. Mais, hors de là, le droit commun s'appliquerait avec l'assimilation qu'il implique traditionnellement de l'erreur de droit

(1) V. *suprà*, nos 192 et s.

(2) C. civ., art. 1324.

(3) *Suprà*, nos 192 et s.

à l'erreur de fait : et c'est là le sens des formules contenues dans les articles 2053 et 2054 (1). Nous serions assez enclin à admettre cette interprétation ingénieuse qui efface la contradiction apparemment commise par le législateur et qui, tout en donnant à la transaction une stabilité suffisante, assure le triomphe de la justice et du bon sens s'il est vrai qu'un mauvais accommodement vaut mieux qu'un bon procès — et de là la solution contenue dans l'article 2052, alinéa 2 — il est aussi désirable qu'erreur ne fasse pas compte — et de là les dispositions incluses dans les deux articles suivants (2).

On voit qu'il faut se garder de croire que le titre onéreux ne soit pas de l'essence même de la transaction ; cette opinion ne serait absolument fondée, ni au cas où les parties ont traité en connaissance de cause, car, pour les tiers tout au moins, l'acte n'est qu'une pseudo-transaction dont ils sont autorisés à écarter les effets ; ni au cas où les parties se sont trompées, car l'erreur de droit vicie en thèse générale l'opération, à moins cependant qu'elle n'ait porté sur le caractère litigieux des droits en cause ; alors, mais alors seulement, l'opération vaut comme transaction encore qu'elle se ramène peut-être à des concessions purement unilatérales, consenties par l'une des parties et sans réciprocité. Mais c'est là un accident dont on ne saurait faire état pour soutenir que, dans la transaction, le titre onéreux peut céder la place au titre gratuit. Au reste, et puisqu'une erreur avait été commise, nous ne retrouvons plus ici l'intention libérale en dehors de laquelle il ne saurait y avoir de libéralité : la victime de l'erreur s'appauvrit au profit de l'autre partie, mais l'opération n'en ressortit pas moins au titre onéreux qui en représente l'inévitable tonalité.

(1) COLIN et CAPITANT, t. II, p. 728.

(2) V. Req. 23 déc. 1907 (D. P. 1912.1.70).

288. — Jusqu'ici, nous avons vu toutes les conventions aménagées dans le stylé onéreux résister avec succès, au moins dans une certaine mesure, à l'immixtion du titre gratuit qui ne parvient pas à y régner souverainement. Il est cependant une opération au sujet de laquelle on a proposé de reconnaître à ce dernier titre une force de pénétration telle qu'elle lui permettrait de se substituer au titre onéreux dont l'acte relève par sa nature : cette opération n'est autre que le *transport*, soit de choses, soit surtout de personnes (1). On a soutenu, en effet, que le transport bénévole, accompli à titre purement gracieux, sans rétribution aucune, ni en argent ni sous une autre forme quelconque (2), n'en constituait pas moins un transport proprement dit, ayant force juridique et obligatoire, et auquel il convenait de faire application du droit spécial à la matière, ce qui conduit notamment à décider, qu'en cas d'accident de personne, le transporteur bénévole est responsable, non point délictuellement, mais bien contractuellement, des dommages subis par le voyageur qu'il avait voulu obliger, et envers lequel il s'était implicitement constitué débiteur de sécurité. On sait, en effet, que la Cour de cassation place actuellement, et depuis 1911, la responsabilité du transporteur de personnes sous l'égide du contrat (3), en sorte que la victime n'a d'autre

(1) Sur le transport bénévole et la responsabilité, en cas d'accident, de celui qui l'assure, V. Louis JOSSERAND, *Les transports*, 2^e éd. nos 799 et 895, et *Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile*, Dall. hebdom., 1926, chron., p. 21.

(2) Il arrive que le transport, effectué sans qu'apparaisse un prix en argent, présente cependant un caractère onéreux, soit qu'il vienne s'encadrer dans une opération plus vaste dont il constitue l'un des éléments, soit que le service rendu au voyageur trouve sa contrepartie dans une prestation par lui accomplie en nature en pareil cas il y a bien transport en sens juridique du mot. V. Grenoble, 15 mars 1924 (D. P. 1922.2.25, note ROUAST) ; 27 oct. 1925 (D. H. 1925, 330).

(3) Civ. 21 nov. 1911 (D. P. 1913.1.294, note SARRUT) ; 22 fév. 1926 (D. H. 1926, 194), et les décisions citées dans notre traité des *Transports*, n^o 894.

preuve à fournir que celle dudit contrat et de l'accident survenu au cours de son exécution, et c'est précisément ce traitement avantageux que l'on assure au voyageur non payant du moment qu'on le considère comme transporté au sens technique du mot et qu'on ne voit pas dans l'établissement d'un prix un des éléments constitutifs du contrat de transport.

Mais cette opinion, qui a été parfois défendue dans la doctrine et consacrée par quelques juridictions, a perdu nettement du terrain et peut être considérée comme dès maintenant condamnée : elle a contre elle et les textes et les principes généraux du droit.

Les textes d'abord, qui consacrent nettement le caractère onéreux du transport, soit de choses, soit de personnes. En effet, l'article 1779 du code civil rattache formellement cette opération à la famille plus compréhensive du louage d'ouvrage dont elle constitue un des trois individus ; or, l'article 1710 définit le louage d'ouvrage : « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Donc, sans prix pas de louage d'ouvrage, et, par conséquent, pas de transport, puisque celui-ci n'est qu'une variété de celui-là. Il ressort de la combinaison de ces deux textes que le transport, de marchandises ou de personnes, est une opération onéreuse, ainsi que la vente ou le louage.

Les principes généraux du droit conduisent à la même conclusion le contrat de transport se distingue par le grand nombre des obligations auxquelles il donne naissance, par la richesse et la complexité du réseau obligatoire qu'il établit entre les intéressés ; cette caractéristique cadre mal avec le concept du titre gratuit qui se retrouve au contraire dans les opérations à structure simple : donation, dépôt, commodat.

Aussi comprend-on que nos juridictions s'accordent

maintenant, sauf de bien rares dissidences, à proclamer l'incompatibilité d'humeur entre le contrat de transport et le titre gratuit (1) ; à notre avis, il convient même d'aller plus loin et de dénier au transport bénévole toute valeur contractuelle ; la responsabilité de l'obligé conducteur, et par exemple de l'automobiliste qui fait monter un ami dans sa voiture, ne peut pas être construite sur le plan contractuel et ne saurait être rattachée à un prétendu contrat innommé dont la supposition est contraire à la réalité des faits ; elle est d'origine et de nature purement extra-contractuelles et c'est dans les articles 1382 et suivants du code civil qu'il convient d'en chercher le principe et les conditions de réalisation (2).

289. — On voit donc que la puissance d'absorption du titre onéreux par le titre gratuit est inférieure à celle du titre gratuit par rapport au titre onéreux : tandis que certaines opérations qui ressortissent traditionnellement à l'idée de bienfaisance sont susceptibles d'être transposées dans le mode onéreux sans pour cela changer de nom ni d'essence, tels le mandat, le dépôt, le cautionnement et même, dans une large mesure, la donation, au contraire le titre onéreux ne se laisse jamais complètement expulser par le titre gratuit, ou du moins, s'il vient à être vaincu, c'est l'opération même qui tombe avec lui, à moins qu'elle

(1) Req. 29 mars 1927, sol. implic. (D. P. 1927.1.137, note L. JOSSEBRAND) ; civ. 27 mars 1928 (D. H. 1928.221) ; Toulouse, 22 juin 1914 (D. P. 1917, 233) ; Montpellier, 8 oct. 1924 (D. P. 1925, 2.41) ; Poitiers, 17 fév. 1925 (D. P. 1925.2.41) ; Lyon, 23 mai 1925 (*Mon. judic.*, 28 août) ; 10 juin 1925 (*Mon. judic.*, 7 août) ; Aix, 11 mars 1927 (D. H. 1927, 294) ; Orléans, 23 fév. 1927 (D. H. 1927, 295).

(2) V. en ce sens, les décisions citées *suprà* ; le concept d'un contrat innommé de bienfaisance a cependant été parfois admis. Trib. Bruxelles, 13 fév. 1925 (*Rec. Somm.*, 1925, n° 2391) ; trib. civ. Avignon, 22 oct. 1926 (D. H. 1926, 710) ; Lyon, 19 fév. 1926 ; Aix, 2 juin 1926 et 26 juin 1926 (*Rec. Somm.*, 1927, n° 78). V. aussi la note de M. SAVATIER (D. P. 1925.2.44).

ne change de nom en passant dans une autre catégorie juridique ; et l'on peut donc affirmer que le titre onéreux est plus exigeant que le titre gratuit, qu'il défend mieux que celui-ci sa personnalité. Sans doute, les parties peuvent aménager l'acte de telle façon que l'une d'elles soit favorisée aux dépens de l'autre et qu'une libéralité indirecte soit donc consentie à cette occasion ; mais il leur est interdit d'aller plus loin ; le titre onéreux, l'esprit intéressé doivent dominer l'opération, sans quoi celle-ci se transforme à moins qu'elle ne s'effondre tout à fait.

§ 4. — LE CRITÈRE DE LA DISTINCTION DU TITRE ONÉREUX ET DU TITRE GRATUIT.

290. — Après l'analyse à laquelle nous venons de procéder du titre onéreux et du titre gratuit, nous sommes en possession des éléments qui nous permettront de résoudre le problème de différenciation à l'aide d'un critère constant et décisif.

I. — Il ne faudrait point chercher la clef de la difficulté dans les conditions de forme auxquelles sont soumis les actes ressortissant aux deux catégories antithétiques les recherches auxquelles on procéderait dans cette direction ne donneraient point de résultats appréciables, du moins pour les actes entre vifs (1) ; d'une part, en effet, l'article 931 qui a la prétention de sertir les libéralités entre vifs dans un cadre déterminé et révélateur, ne vise que les donations entre vifs alors que l'intention libérale peut

(1) Les libéralités testamentaires sont soumises à des conditions de forme plus strictes, plus inévitables que les donations entre vifs, de telle sorte que le lien est ici plus étroit entre la forme et le fond ; d'autre part, la détermination de leur nature est moins intéressante que celle des libéralités entre vifs puisqu'il n'est question pour elles ni de rapport (C. civ., art. 843, al. 2), ni de révocation pour cause de survenance d'enfants ou de refus d'aliments au bienfaiteur.

prendre corps dans des actes qui, n'impliquant aucun déplacement de valeurs, restent en dehors de cette catégorie juridique (1); d'autre part, ce texte reçoit de la jurisprudence une interprétation judaïque qui a pour effet de le réduire à la portion congrue et d'en rendre l'observation à peu près facultative pour les parties, réserve faite des libéralités qui, intervenant à l'occasion d'un établissement par mariage, trouvent naturellement place dans les conventions matrimoniales et participent donc de la solennité de celles-ci.

Il résulte de ce concours de circonstances, d'abord qu'il peut y avoir libéralité alors que les intéressés ne sont astreints à aucun formalisme particulier, puis, à l'inverse, que l'observation de ce formalisme n'implique pas nécessairement l'existence d'une libéralité entre vifs.

1^o Nous croyons inutile de revenir sur le premier point dont l'exactitude est amplement démontrée par la validité des libéralités indirectes, des donations déguisées, des dons manuels, des souscriptions, toutes opérations qui se réalisent en dehors de l'observation des formes solennelles de l'article 931 et dont certaines, comme les renonciations, se prêtent indifféremment à l'intention libérale ou à la volonté intéressée, en sorte qu'elles présentent un caractère ambigu et qu'elles relèvent, suivant les cas, du titre onéreux ou du titre gratuit : ce sont des actes « passe-partout » qui se prêtent aux combinaisons les plus variées (2).

291. — 2^o L'exactitude de notre deuxième proposition est moins manifeste : on pourrait croire que, du moment qu'un acte rentre dans le moule aménagé par l'article 931, il pénètre du même coup dans la famille des donations entre vifs ; et il est bien vrai que cette impression cadre

(1) *Suprà*, n^o 257.

(2) *V. suprà*, n^{os} 259 et 261.

presque toujours avec la réalité ; mais non pas toujours, car on peut supposer que la libéralité soit accompagnée de charges telles que l'émolument du prétendu gratifié s'en trouve complètement ou presque complètement absorbé : en ce cas, c'est vainement que les parties auront décoré l'acte du nom de donation, la magie des mots n'ira pas jusqu'à en changer la nature ; la forme n'emportera pas le fond et l'opération sera traitée pour ce qu'elle est en réalité, c'est-à-dire pour un acte à titre onéreux, échappant au droit spécial des donations (1). La solution serait d'ailleurs la même si le disposant agissait en vue de s'acquitter d'une obligation naturelle ou même, tout simplement, d'un devoir moral qu'il considérerait comme suffisamment impérieux pour qu'il ne pût, en conscience, s'y soustraire (2).

En résumé, on peut dire qu'en pareille matière « l'habit ne fait pas le moine » : il peut y avoir donation sans que les formes solennelles aient été observées, sans même que le mot ait été prononcé ; tandis qu'à l'inverse il ne suffit pas de recourir à ces formes et d'employer ce mot ni même de rédiger un acte notarié portant donation pour que l'opération intervenue relève du concept gratuit ; c'est la réalité qui importe, non l'apparence ; la nature intime de l'opération, non le vêtement dont elle est affublée.

Le critère *formel* doit donc être écarté, sans hésitation.

291 bis. — II. — Le critère *économique* est assurément plus séduisant et il compte des partisans, entre autres M. Planiol. Pour le savant auteur, le contrat est à titre onéreux lorsque « chacune des parties reçoit quelque chose de l'autre » ; il est à titre gratuit « lorsqu'une seule des parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en

(1) *Suprà*, n° 266.

(2) *Suprà*, n° 267.

échange » (1), le caractère gratuit ou onéreux de l'opération dépend donc de la réciprocité des prestations ou des engagements que les parties échangent (2); et, précisant davantage sa pensée, M. Planiol écrit : « Vérifiez la valeur du patrimoine des deux parties, avant et après l'opération ; dans les conditions normales, vous devez trouver le même chiffre, ou du moins les variations qui peuvent être constatées ne doivent pas dépasser les limites d'incertitude que comporte toujours une estimation de ce genre. Si cette réciprocité fait défaut, c'est-à-dire si l'une des parties donne ou fait quelque chose sans rien recevoir en retour, l'acte est à titre gratuit » (3).

292. — Ce critérium ne nous paraît pas acceptable ; outre qu'il conduirait, si on le prenait à la lettre, à faire coïncider la catégorie des contrats à titre onéreux avec celle des contrats synallagmatiques, ce qui constituerait une méconnaissance certaine de la vérité juridique (4), il arrive fréquemment qu'un transfert de valeurs s'opère, sans contre-partie apparente ou même sans contre-partie aucune, d'un patrimoine à un autre, et qu'il n'y ait cependant ni donateur ni donataire ; tandis qu'à l'inverse, beaucoup plus rarement il est vrai, et dans des cas exceptionnels, il y a libéralité encore que chacune des parties ait consenti des sacrifices équivalents.

Le premier de ces phénomènes est extrêmement fréquent : il est inhérent aux libéralités indirectes, *lato sensu*, dont il constitue la monnaie courante le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, par exemple d'une assurance sur la vie, s'enrichit purement et simplement, sans

(1) PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 951.

(2) PLANIOL, note D. 1891.2.113.

(3) Même note. V. dans le même sens, BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. I, n° 16 ; Ch. BEUDANT, t. IV, nos 33 à 35.

(4) On sait que les donations avec charge sont synallagmatiques tandis que le prêt à intérêt est à la fois onéreux et unilatéral.

bourse délier, et cependant notre jurisprudence se refuse à le considérer comme un donataire, soit vis-à-vis de l'assureur, soit même par rapport au stipulant, réserve faite des primes versées par celui-ci; de même, et plus évidemment encore, la renonciation faite par un héritier à la succession ou par un légataire à la disposition écrite en sa faveur n'est nullement considérée comme une libéralité, du moins si elle intervient purement et simplement, *in rem*, et cependant elle va enrichir d'autant le cohéritier ou l'héritier du degré subséquent ou bien le successeur à la charge duquel le legs avait été inscrit (1); une observation du même genre est de mise pour le concordat la remise de dette qu'il renferme ordinairement enrichit le failli concordataire qui ne consent, en somme, aucun sacrifice effectif en échange et à qui on refuse cependant, en principe, la qualité de gratifié (2). D'une façon plus générale, les profits que l'une des parties retire d'une opération synallagmatique, et par le jeu des clauses qui y figurent, par exemple dans une vente, dans un louage, dans un échange ou dans une transaction (3), ne constituent nullement des libéralités lorsqu'elles ne correspondent pas à une intention libérale chez celui qui se trouve d'en faire les frais. Toutes les opérations que nous venons de citer ont pour résultat d'enrichir un patrimoine aux dépens d'un autre, mais sans qu'il y ait lieu de faire appel, pour expliquer ce phénomène, à une idée de libéralité dont on s'efforcera en vain de découvrir la trace (4); le courant économique qui s'établit d'un patrimoine à l'autre trouve sa cause suffisante dans l'acte même qui en est la source

(1) Sur les distinctions, pour les successions, entre les rémunérations *in rem* et les renonciations *in personam* qui, seules, constituent des libéralités, V. PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 996.

(2) *Suprà*, n° 261.

(3) Pour la transaction, V. *suprà*, n° 287.

(4) V. encore l'arrêt de la chambre des requêtes, du 9 déc. 1913, cité plus loin.

et la justification, indépendamment de toute volonté libérale et par conséquent, de toute libéralité.

Le phénomène inverse n'est lui-même pas impossible : l'acte de bienfaisance peut exister en dehors de tout sacrifice effectif consenti par le bienfaiteur dont le patrimoine demeure intact. C'est ainsi que, nous l'avons noté, un prêt à intérêt est susceptible, à raison des circonstances de la cause, de prendre figure de libéralité (1), et que le cautionnement, qui ne fait sortir par lui-même aucun élément du patrimoine de la caution, est rangé traditionnellement dans la catégorie des actes de bienfaisance (2).

La preuve est ainsi faite que le critère économique, pas plus que le critère formel, ne permet de distinguer à coup sûr le titre gratuit du titre onéreux : il faut voir dans l'opinion de M. Planiol un véritable abus du point de vue économique (3) ce n'est pas dans une notion d'ordre patrimonial qu'il convient de chercher la clef du problème, mais bien dans un concept d'ordre psychologique : la « règle morale » domine ici toutes les lois d'ordre matériel et économique.

293. — III. — Pour qu'un acte soit conçu sur le mode gratuit, la première condition de toutes — et presque la seule — c'est qu'il procède d'une intention de libéralité. Nos anciens auteurs voyaient juste lorsqu'ils disaient que la cause d'une donation réside dans la volonté de donner, dans l'*animus donandi* ; cette vérité à La Palisse est plus profonde qu'on ne serait d'abord tenté de l'admettre et elle met en évidence toute la valeur de cette antique et

(1) *Suprà*, n° 262 et *infra*, n° 296.

(2) *Suprà*, n° 280.

(3) Cet abus est d'ailleurs devenu de plus en plus fréquent il a conduit notamment de nombreux auteurs, dont M. PLANIOL, à ramener la personnalité morale à l'idée de copropriété un pays comme la France ne serait autre chose qu'une expression économique, une forme de tenure. V. PLANIOL et RIPERT, t. I, n° 3017.

classique conception de la cause que M. Planiol propose de jeter par-dessus bord et qui nous donne la véritable ligne de démarcation entre le titre gratuit et le titre onéreux (1), le premier qui est l'esprit de bienfaisance, l'esprit désintéressé, le second qui est, sinon l'esprit de lucre, tout au moins l'esprit d'égalité. Pothier ne s'y trompait pas lorsqu'il écrivait que « les contrats intéressés de part et d'autre sont ceux qui se font pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties... », tandis que « les contrats de bienfaisance sont ceux qui ne se font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes (2)... » Quant aux contrats par lesquels « celle des parties qui confère un bienfait à l'autre, exige d'elle quelque chose qui est au-dessus de la valeur de ce qu'elle lui donne », Pothier les qualifie de *contrats mixtes*, et il cite comme exemple les donations avec charges (3). Mais, dans tous les cas, pour qu'un acte ressortisse au titre gratuit, il est indispensable qu'on y découvre un *bienfait* procuré par l'une des parties à l'autre pas de libéralité sans intention libérale et pas d'intention libérale sans un bienfait dans lequel elle vient se concrétiser. Telle est la doctrine de Pothier qui, malgré la défectuosité des définitions données par notre code civil, est demeurée celle de notre droit positif actuel, tant en jurisprudence que pour la doctrine dominante. Bon nombre d'auteurs se réfèrent expressément et uniquement à ce point de vue traditionnel et logique (4) ; quant aux arrêts, ils interrogent l'intention du disposant et ils font état des mobiles auxquels il a obéi pour décider si

(1) V. *Suprà*, n° 117.

(2) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 12.

(3) POTHIER, *ibid.*

(4) V. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 261 ; ces auteurs reconnaissent le titre gratuit à ce signe que les contrats qui s'y rattachent sont inspirés par une pensée de bienfaisance l'une des parties est mue par le désir de rendre service à l'autre ; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 24.

l'acte constitue une libéralité ou bien une opération intéressée (1).

294. — Mais il faut bien préciser qu'on ne se contente pas, en pareille matière, d'une intention libérale abstraite et théorique ; encore faut-il, pour que l'acte qui en est dérivé relève du titre gratuit, que cette intention ait pris corps dans l'économie de l'acte dont la nature est en cause. Comme nous l'avons observé, le contrat qui imposerait à chacune des parties des sacrifices équivalents ou sensiblement tels ne constituerait pas une libéralité l'eût-on décoré de ce nom et eût-on recouru au ministère du notaire (2) les parties n'ont pas le pouvoir de donner le change sur ce point, encore qu'elles soient de bonne foi et qu'elles aient cru à la réalité d'une donation. En pareille matière, l'intention ne vaut pas le fait et il faut vraiment qu'un service ait été rendu par l'un des contractants à l'autre, mais sans d'ailleurs qu'il y ait nécessairement appauvrissement de l'un des patrimoines au profit de l'autre ; c'est dans cette mesure seulement que la théorie du critère économique a quelque valeur : son tort est de mettre au premier plan un élément de discrimination qui doit rester en deuxième ligne, dominé qu'il est par le véritable critère tiré de l'intention du disposant.

295. — Mais la mise en pratique de ce critère ne va pas sans difficulté : puisque le même acte peut, suivant les conditions dans lesquelles il est intervenu, suivant les circonstances de la cause, relever du titre gratuit ou bien être tributaire du titre onéreux, et c'est le cas par exemple d'une renonciation ou d'un prêt, comment parvenir à

(1) V. les décisions que nous citons plus haut ou ci-après, notamment l'arrêt de la chambre des requêtes, du 9 déc. 1913 (D. P. 1919. 1. 29) ... une libéralité n'existe qu'autant qu'on rencontre chez le donateur l'intention de gratifier...

(2) *Suprà*, n° 290.

pénétrer jusque dans les secrètes pensées du disposant et mettre à nu son état d'âme ? Ne se heurte-t-on pas, en acceptant le point de repère traditionnel, à une véritable impossibilité d'application ?

Assurément, ce n'est pas toujours qu'il sera aisé de dégager la véritable intention des parties, et, plus spécialement, du disposant il y a là un problème, de solution parfois délicate, dont la connaissance reviendra au juge du fond (1). Il sera guidé dans sa tâche par des indices de toute sorte, au premier rang desquels il faut placer les mobiles auxquels le disposant a obéi et qui revêtent ici toute leur valeur et toute leur signification ; ce sont eux qui jouent le rôle de symptômes de l'intention et qui permettront au juge d'établir son diagnostic avec une sécurité suffisante ; eux qui colorent la volonté dont ils sont les ressorts, les animateurs et les témoins.

296. — Ils sont eux-mêmes révélés par les conditions dans lesquelles l'opération est intervenue, par les circonstances de la cause, par exemple les rapports dans lesquels se trouvaient antérieurement impliquées les parties en cause ; s'il existe entre elles un lien de parenté et surtout si l'obligé se trouve être l'enfant du disposant, c'est très facilement que l'idée du titre gratuit sera acceptée par le juge ; et c'est précisément dans ces conditions et à raison de ces circonstances de la cause que la Cour de cassation a admis qu'un prêt à intérêt pouvait présenter le caractère d'un acte de bienfaisance alors qu'il avait été consenti par un père à son fils, en dehors de toute idée de spéculation personnelle et avec l'unique préoccupation de favoriser l'établissement de l'enfant et de le soutenir malgré tout dans ses entreprises, nonobstant les pertes qu'elles entraînaient (2) ; tandis qu'à l'inverse une vente simulée

(1) Req. arrêt précité du 9 déc. 1913.

(2) Req. 10 juin 1913 (S. 1914.1.366).

pourra n'être pas traitée comme une donation, encore que le vendeur prétendu n'ait pas reçu le prix dont l'acte de vente accusait la réception et qu'il n'ait même jamais eu l'intention de le toucher, alors qu'il résulte des éléments de litige qu'il n'a pas été dans son intention de gratifier l'acquéreur (1). C'est ainsi encore que la préexistence d'un rapport obligatoire entre les intéressés suffit à expliquer la constitution d'une hypothèque qui intervient après coup au profit du créancier et dans laquelle il faut voir, non pas une libéralité, mais un acte consenti à titre onéreux (2) ; ainsi enfin que le refus opposé par un propriétaire foncier au projet de réfection du mur mitoyen donne l'explication de la renonciation qu'il consentirait ensuite de ses droits de mitoyenneté et qui en revêtirait un caractère onéreux.

297. — Toutes ces solutions sont données par le juge dans la plénitude de sa compétence en matière d'intention ; mais il arrive parfois que sa liberté soit enchaînée parce que le législateur vient à son secours en établissant des présomptions qui s'imposent à lui et qu'il n'a pas la liberté de discuter : c'est ainsi, nous l'avons vu, que les avantages matrimoniaux, ordinairement considérés comme des combinaisons intéressées, sont traités par le législateur ainsi que des libéralités lorsque celui qui les consent a des enfants issus d'une précédente union ; les mobiles auxquels il obéit sont suspects au législateur qui, dans une pensée de protection des enfants du premier lit, rattache d'autorité lesdits avantages au titre gratuit (3) ; c'est ainsi surtout que le code civil voit dans les aliénations à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit consenties à un

(1) Req. 9 déc. 1913 (D. P. 1919.1.29).

(2) Req. 22 août 1882 (D. P. 1883.1.296).

(3) *Suprà*, n° 260.

successible en ligne directe, des libéralités préciputaires dont il doit donc être fait état pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible (1) l'intention libérale est ici présumée, elle est de rigueur, encore que l'aliénation ait été effectuée, apparemment du moins, à titre onéreux, et cela à raison des conditions dans lesquelles elle est intervenue, des clauses qu'elle contient et surtout du rapport d'auteur à héritier présomptif qui existait entre le disposant et son ayant cause. Mobiles présumés ou mobiles prouvés, toute la discrimination du titre gratuit d'avec le titre onéreux se ramène à cette notion centrale autour de laquelle elle gravite, à laquelle est elle comme suspendue : pas de libéralité sans intention libérale, et pas d'intention libérale sans mobiles propulseurs adéquats, telle est la conclusion à laquelle nous arrivons après cette exploration effectuée dans le domaine du titre gratuit et du titre onéreux qui ressortit ainsi au champ incomparablement plus vaste des mobiles déterminateurs et qualificateurs de la volonté juridique.

SECTION II

LES MOBILES ET LA DISCRIMINATION DES TRANSACTIONS MOBILIÈRES ET IMMOBILIÈRES.

(Théorie de la mobilisation par anticipation.)

298. — Nous avons vu comment les mobiles sont à même de décider du caractère onéreux ou gratuit d'une opération juridique ; nous allons maintenant les voir à l'œuvre dans une autre direction et en vue d'une autre fin : ils vont affirmer leur maîtrise, non plus, directement du moins, en fixant la nature de l'acte même, mais en déter-

(1) C. civ., art. 918.

minant celle de son objet, ou plus exactement de l'objet de l'obligation à laquelle il a donné naissance ; sous leur impulsion et à leur contact, cet objet est susceptible de changer de statut juridique immobilier de par la volonté de la loi, il devient mobilier par celle des contractants, en sorte que les mobiles commandent alors à la nature spécifique des choses et des droits d'un immeuble par nature ils font, à volonté et par une sorte de miracle juridique, un meuble convenu.

299. — Cependant, le caractère mobilier ou immobilier des biens est placé, en thèse générale, au-dessus des volontés privées c'est la loi qui le fixe souverainement (1); cette classification des biens en meubles et immeubles présente trop d'intérêts essentiels, elle constitue trop la *summa divisio* de notre droit positif français, pour que l'aménagement en soit abandonné à la fantaisie des particuliers ; et, s'il arrive que des choses immobilières soient traitées exceptionnellement comme des meubles, ou inversement, c'est qu'un texte législatif consacre formellement ce phénomène juridique c'est ainsi que les récoltes sur pied peuvent être saisies, pendant les six semaines précédant leur maturité, dans les formes de la saisie-brandon, c'est-à-dire sous l'angle mobilier (2), tandis qu'à l'inverse les fruits de l'immeuble saisi sont immobilisés de plein droit par la transcription de ladite saisie pour être joints audit immeuble (3). En pareil cas, ce n'est pas la volonté privée, c'est le législateur lui-même qui use de sa toute-puissance pour faire violence à la réalité en imprimant à

(1) C. civ., art. 516 et s.

(2) Cpr. art. 626 et s.

(3) Cpr. art. 682 et 748. Il s'agit là d'une immobilisation toute spéciale et relative qui se résume dans un phénomène d'accession juridique ; il n'en est pas moins vrai que l'immeuble saisi exerce un pouvoir d'attraction sur ses propres revenus qui continuent à faire bloc avec lui en dépit de la séparation effectuée.

un bien un aspect différent de celui qu'il présente véritablement.

300. — D'autres fois, c'est bien la volonté d'un particulier qui décide de la nature mobilière ou immobilière d'un bien, mais en vertu d'une permission formelle du législateur : il dépend, en effet, du propriétaire d'un meuble de le promouvoir au rang immobilier, soit en lui donnant une affectation spéciale, en l'immobilisant par destination (1), soit, pour ce qui est des actions de la Banque de France, en faisant à cet effet une déclaration dont l'efficacité est consacrée par la loi (2). En pareille occurrence, il suffit d'une volonté unique pour atteindre l'objectif poursuivi, mais cette volonté s'appuie sur un instrument législatif qui en prévoit l'expression et qui la vérifie à l'avance.

301. — Il est plus remarquable — et c'est le point qui nous importe — que la volonté, non plus unilatérale, mais contractuelle, ait la vertu de réaliser le même changement à vue, en dehors de tout texte lui conférant ce pouvoir et à raison des mobiles qui l'ont mise en mouvement, du but à quoi elle tend. Il arrive, en effet, que les parties envisagent un bien, lors des tractations qu'elles engagent, non pas sous sa forme actuelle et qui est par hypothèse immobilière, mais bien sous celle qu'il revêtira par la suite et qui est précisément la forme mobilière. L'éventualité est fréquente dans la vente (3) tel immeuble est vendu, non comme tel, mais en vue de son détachement du fonds auquel il adhère et dont il est partie intégrante, en vue de sa mobilisation, imminente ou prochaine ; il n'entre dans le

(1) C. civ., art. 522 et s.

(2) L. 16 janv. 1808, art. 7.

(3) Comme le remarquent AUBRY et RAU (4^e éd., t. II, § 164, p. 10), la mobilisation pourrait avoir pour cadre une opération autre que la vente et notamment une libéralité.

cercle contractuel qu'en considération de son état futur auquel les parties se réfèrent par anticipation : il devient ainsi un *meuble par anticipation* et il communiqué, par un choc en retour, le caractère mobilier au contrat, par exemple à la vente qui l'avait mué en meuble pour les besoins de la cause (1).

302. — Les applications de ce phénomène juridique sont de tous les jours c'est une récolte qui a été vendue sur pied (2), ou ce sont des arbres, actuellement incorporés au sol, c'est-à-dire des biens qui, envisagés dans leur tenure présente, sont des immeubles par leur nature (3) ; la vente intervenue dans ces conditions est traitée comme vente mobilière parce que les choses sur lesquelles elle porte ont été considérées par les parties sous l'angle de leur destination qui est d'être détachées du fonds auquel elles adhèrent encore ; solution constante, indépendante des termes qui ont été employés et sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le propriétaire a déclaré vendre des arbres ou bien céder une coupe (4) et quand bien même l'opération porterait sur une forêt tout entière (5), ou sur des futaies même non aménagées (6).

(1) V. l'étude de M. CHAUVEAU sur *Les meubles par anticipation*, *Rev. crit.*, 1893, p. 753 et s.

(2) V. M. PICARD, *Les biens*, dans le *Traité pratique de droit civil français* de MM. PLANIOL et RIPERT, n° 103 ; AUBRY et RAU, *op. cit. loc. cit.* ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 680.

(3) M. PICARD, *op. cit.*, n° 104 ; AUBRY et RAU, *loc. cit.* ; COLIN et CAPITANT, *loc. cit.* ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Les biens*, n° 53.

(4) COLIN et CAPITANT, *loc. cit.*

(5) V. cependant, Amiens, 20 oct. 1925 (D. H. 1925, 637).

(6) AUBRY et RAU, *loc. cit.* ; M. PICARD, *op. cit.*, n° 104. — *Contra* arrêt précité de la cour d'Amiens ; dans cette décision, la cour refuse le caractère mobilier à la vente parce que la haute futaie sur laquelle elle porte n'avait pas le caractère de fruit n'ayant pas été aménagée. Mais à ce compte, la vente d'une maison pour être démolie serait elle-même immobilière, contrairement à l'opinion communément reçue. En réalité, la cour d'Amiens lie deux questions qui sont indépendantes et la mobilisation contractuelle d'un bien n'est pas postulée par son caractère de fruit ou de capital.

Le même traitement est appliqué à la vente des matières minérales intégrées dans le sol, sable, chaux, pierre, argile, calcaire, bauxite : les produits d'une mine ou d'une carrière, bien que réalisant le type de l'immeuble par nature puisque faisant partie intégrante du sol ou du tréfonds, sont mués en meubles lorsqu'on les envisage sous l'angle contractuel et qu'ils sont destinés, dans la pensée des parties, à être détachés de l'universalité de fait à laquelle ils ressortissent actuellement (1).

Il n'est pas jusqu'à la vente d'une maison, d'un bâtiment quelconque qui ne soit elle-même susceptible de revêtir un aspect mobilier dans le cas exceptionnel où les parties ont traité en vue de la démolition : solution extrême, car, à la différence des récoltes dont la séparation et, par conséquent, la mobilisation est la destinée normale, les bâtiments ne réalisent ordinairement leur fonction économique qu'en subsistant et non en se libérant du sol qui semblait bien les avoir absorbés définitivement : mais la puissance des mobiles et du but contractuels est telle qu'elle a raison même de la nature constitutive des biens sur lesquels ils trouvent à s'exercer victorieusement (2).

303. — Cette mobilisation contractuelle et anticipée des choses destinées à être détachées du sol nourricier est fertile en conséquences dont la plupart sont d'ordre pratique autant que juridique : voici les plus essentielles.

1° Si la vente consentie dans les conditions indiquées vient à susciter un litige, le tribunal compétent pour en connaître sera, non pas celui de la situation de la chose vendue, mais bien celui du domicile du défendeur, confor-

(1) M. PICARD, *op. cit.*, n° 105 ; AUBRY et RAU, *op. cit.*, p. 12 ; CHAUVEAU, *op. cit.*

(2) M. PICARD, n° 105 ; AUBRY et RAU, p. 10. — V. pour la vente d'une grange destinée à être démolie, Civ. 25 janv. 1886 (D. P. 1886. 5.39).

mément à la règle : *actor sequitur forum rei* (1), puisque l'action a un caractère mobilier comme l'objet même du différend et comme l'opération intervenue à son occasion (2).

2° Dans les ventes mobilières et d'après l'article 1657 du code civil, si l'acheteur ne retire pas la chose dans le délai convenu, la résolution fonctionne au profit du vendeur, de plein droit et sans sommation : cette disposition doit être considérée comme applicable à une vente de biens mobilisés par anticipation (3).

3° Le code civil contient des règles détaillées relatives aux erreurs d'évaluation de la contenance de la chose vendue (4) ; ces dispositions sont rigoureusement spéciales aux ventes immobilières (5) et demeurent donc étrangères aux opérations qui portent sur des biens mobilisés par anticipation, tels des arbres destinés à être vendus : notamment, l'acheteur d'une coupe de bois ne saurait exciper de l'article 1619 pour exiger une diminution du prix à raison d'un déficit sur la contenance de la forêt à exploiter (6).

4° La compétence des officiers publics en ce qui concerne la vente aux enchères varie avec la nature des biens à réaliser ; c'est ainsi que les notaires jouissent d'un monopole absolu pour les ventes d'immeubles tandis qu'ils subissent, pour les ventes mobilières, la concurrence des commissaires-priseurs, des greffiers de justice de paix et

(1) Cpr. art. 59.

(2) Req. 10 déc. 1924 (*Gaz. Pal.*, 23 janv. 1925). — M. PICARD, n° 103 ; COLIN et CAPITANT, *loc. cit.*

(3) V pour le cas de vente d'une coupe de bois civ. 3 avril 1922 (D. P. 1924.1.12) ; Req. 12 juill. 1922 (D. P. 1923.1.61) Amiens, 24 24 oct. 1922 (D. P. 1924.2.141).

(4) C. civ. art. 1617 et s.

(5) Solution constante AUBRY et RAU, 5^e éd., t. V, § 354, p. 70 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 474 et 475 ; PLANIOL et RIPERT, t. II, n°s 1457 et s. — Pour la jurisprudence, voy. la décision citée à la note suivante.

(6) Civ. 17 déc. 1923 (D. P. 1924.1.14).

des huissiers (1) cette concurrence trouvera à s'exercer pour les meubles par anticipation (2).

5° L'acheteur de biens mobilisés par anticipation n'acquiert aucun droit réel immobilier ; il ne saurait donc prétendre à la protection possessoire ; c'est ainsi qu'il n'est pas à même de se réclamer d'une possession annale pour exercer la complainte (3), et qu'il en est réduit, vis-à-vis de son vendeur, à une action personnelle (4).

6° Enfin, il n'est pas jusqu'au fisc lui-même, peu enclin cependant à baisser pavillon devant les principes du droit civil, qui ne se montre respectueux de la mobilisation contractuelle et anticipée des immeubles destinés à être détachés du sol il se contente de percevoir, sur les ventes intervenues en vue de ce détachement, le droit de mutation applicable en matière mobilière, sensiblement inférieur à celui qui frappe les ventes d'immeubles (5).

Comme on en peut juger par cette rapide esquisse, la mobilisation par anticipation et en vertu de la volonté contractuelle n'est point un concept purement abstrait ; la fiction, si fiction il y a, est poussée tellement loin qu'elle devient une réalité pratique le statut mobilier est applicable aussitôt à l'immeuble voué au détachement du sol, encore que la rupture du lien qui l'y unit ne doive se produire que dans plusieurs semaines, plusieurs mois ou peut-être même plusieurs années ; la volonté des parties est plus forte que la nature intrinsèque des choses et elle devance les événements.

304. — Car, c'est bien, sans qu'il soit permis d'en douter,

(1) L. 5 juin 1851, art. 1^{er}. Cependant, les notaires ont conservé leur monopole pour les coupes de haute futaie même texte, argument *a contrario*. V. civ. 16 déc. 1912 (D. P. 1914.1.115).

(2) M. PICARD, n° 103.

(3) Req. 14 fév. 1899 (D. P. 1899.1.246).

(4) Dijon, 28 mars 1876 (D. P. 1878.2.261).

(5) M. PICARD, n° 103 ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 680.

cette volonté qui assure la transmutation d'un immeuble en un meuble, c'est elle qui opère le grand œuvre, comme le reconnaît la jurisprudence : si, par exemple, la vente de minerais est traitée comme mobilière, c'est « à raison de la nature de l'objet du contrat considéré au jour de la réalisation de ce contrat et *au point de vue de l'intention des parties contractantes* » (1); et il est entendu que « ...le caractère mobilier ou immobilier des biens se détermine avant tout par *le point de vue auquel les ont considérés les parties contractantes, et par la destination qu'elles leur ont attribuée...* » (2). C'est donc bien l'intention des parties qui est ici souveraine, telle qu'elle est déterminée et colorée par le but poursuivi, par les mobiles qui l'ont déclenchée dans l'espèce : c'est elle qui, en pareille matière, est le grand alchimiste.

305. — Mais ce phénomène de transmutation intellectuelle ne va pas sans difficultés ; sa réalisation soulève certains problèmes, deux notamment sur lesquels nous devons nous expliquer : il importe de savoir, d'abord à quelles conditions au juste il se produira, puis, à supposer qu'il se produise, quel est au juste son rayonnement : s'imposera-t-il à tous ? ou bien les effets en seront-ils limités aux parties contractantes, peut-être même à l'une d'elles ?

306. — I. — *A quelles conditions la mobilisation par anticipation se réalise-t-elle ?* — Il faut, d'abord et nécessairement, que la chose vendue ait été considérée, non dans son état présent, mais *in futurum*, en tant que détachée du fonds auquel elle adhère encore au jour du con-

(1) Req. 24 mai 1909 (D. P. 1910.1.489, note DE LOYNES ; S. 1911.1.9, note NAQUET).

(2) Req. 14 fév. 1899, arrêt précité. Cette formule se trouve déjà dans une décision de la chambre civile du 25 janv. 1886 (D. P. 1886.5.39).

trat ; il faut, en d'autres termes et comme l'énoncent les arrêts, que les parties aient envisagé l'état de choses en vue duquel l'acte est intervenu et qui en constitue l'aboutissement : levée de la récolte, coupe des arbres, extraction du minerai, démolition du bâtiment : pas de mobilisation par anticipation en dehors d'une anticipation d'ordre intellectuel ; c'est la pensée des parties qui devance les événements et qui, par un renversement de l'ordre chronologique, fait dépendre la nature du contrat de son mode de réalisation c'est la fin qui qualifie le moyen employé pour l'obtenir, et elle est elle-même postulée et révélée par les mobiles auxquels les contractants ont obéi : toute cette théorie des meubles par anticipation est l'affirmation, le triomphe de la téléologie juridique.

307. — Cette condition essentielle mise, par définition même, à la mobilisation par anticipation, est-elle suffisante, ou bien doit-elle s'appuyer sur d'autres éléments ?

On pourrait songer à exiger une autre condition tirée du caractère de fruit de la chose vendue : à la différence des revenus, les capitaux répugneraient à toute mobilisation contractuelle. Mais cette distinction, que rien ne justifierait rationnellement, n'est point admise en jurisprudence : réserve faite d'un arrêt précédemment signalé et qui a refusé le caractère mobilier à la vente de hautes futaies non aménagées (1), on s'accorde à appliquer le même traitement à tous les biens qui ont été envisagés par les parties sous l'angle mobilier et isolément du sol auquel ils adhèrent actuellement et dont ils seront détachés en exécution même du contrat ; les hautes futaies,

(1) Arrêt précité de la cour d'Amiens. — AUBRY et RAU ne font procéder à la mobilisation par anticipation ses pleins effets qu'autant qu'elle concerne des fruits, des revenus ; mais du moins l'admettent-ils, sauf à en limiter l'efficacité, même pour les biens qui ont le caractère de capitaux, comme c'est le cas d'une maison vendue à fin de démolition (4^e éd., t. II, p. 10).

aménagées ou non, les produits de mines ou de carrière précédemment exploitées ou non, les bâtiments vendus pour être démolis subissent l'influence irrésistible des mobiles et du but alors même qu'ils représenteraient, dans le patrimoine de l'aliénateur, des capitaux et non point des revenus (1) ce qui est décisif, en pareille matière, c'est la destinée de la chose vendue, non sa condition juridique actuelle qui est parfaitement indifférente à notre avis et qui ne saurait faire obstacle à la réalisation du but contractuel poursuivi par les parties.

308. — Mais nous avons supposé jusqu'ici que ce but avait pénétré dans le contrat, qu'il était commun aux deux parties et connu de l'une comme de l'autre cette communauté de mobiles et d'objectifs est-elle indispensable pour que la mobilisation se produise, ou bien une volonté unique ne peut-elle pas, par sa seule puissance, sans le concours et même à l'insu de la volonté concurrente, atteindre ce résultat ?

Dans la plupart des cas, la question ne se pose même pas pratiquement ce sont des récoltes qui ont été vendues sur pied, ou c'est une coupe de bois qui a fait l'objet d'un marché, ou encore c'est le droit d'exploiter une mine ou une carrière qui a été cédé ; alors, les parties sont évidemment d'accord sur le but à atteindre, sur l'aboutissement de l'opération la séparation des choses vendues d'avec le sol est fonction même du contrat intervenu.

Le doute ne peut guère exister et la question ne peut guère se poser que pour la vente d'un bâtiment destiné à être démoli, car alors la mobilisation de la chose vendue n'est plus impliquée par sa nature même, tout au contraire. D'ordinaire, lorsqu'on achète une maison, ce n'est pas pour la démolir, mais pour l'habiter, ou la donner à

(1) V. les citations faites ci-dessus, pour la doctrine et pour la jurisprudence.

bail ou la revendre avec bénéfice. Il faut donc que le but particulier en vue duquel intervient le contrat soit spécifié, soit intégré dans le *negotium*, puisqu'il est tout accidentel et exceptionnel. Mais sous quelle forme se produira cette spécification et cette intégration ? Doivent-elles revêtir une forme conventionnelle ? Exige-t-on que les parties se soient concertées à ce sujet ? Ou bien suffit-il que se soit affirmée la volonté de l'une d'elles, celle de l'acheteur ? Les termes des arrêts sont constamment favorables à la première de ces interprétations : ils se réfèrent à l'intention commune des parties, non pas au dessein personnel de l'une d'elles (1), et fort logiquement on concevrait mal que la même vente fût mobilière pour l'acheteur et immobilière pour le vendeur : entre les deux points de vue il faut choisir et renoncer à les utiliser distributivement : d'autre part, une vente ne saurait être mobilière à l'insu du vendeur qui s'imaginerait avoir aliéné un immeuble alors qu'il aurait, dans la réalité juridique, vendu une chose mobilière. L'opinion des parties doit être une ; il faut que le vendeur sache, dans l'éventualité d'un litige, quel tribunal il devra saisir, et, en cas de non retraitement de la chose par l'acheteur, si le marché est résolu, de droit, ou s'il subsiste jusqu'à nouvel ordre ; il importe encore davantage qu'il soit fixé sur les conditions de capacité qui sont exigées de sa part lors du contrat. La vente est mobilière de par la commune volonté des parties, sinon elle reste immobilière, conformément aux principes généraux du droit : c'est tout l'un ou c'est tout l'autre (2).

(1) Voy. spécialement pour la vente d'un immeuble destiné à être démolí, l'arrêt de la chambre civile du 25 janv. 1886 (D. P. 1886.5.39) ; à l'occasion de la vente d'une grange, la haute juridiction proclame que le caractère mobilier ou immobilier de biens qui sont l'objet d'un contrat, se détermine avant tout par le point de vue auquel les ont considérés les parties contractantes, et par la distinction qu'elles leur ont attribuée ».

(2) La question que nous venons d'examiner est en somme le

Les considérations qui précèdent vont nous permettre de résoudre, au moins partiellement, la deuxième difficulté que nous avons annoncée et à l'examen de laquelle nous arrivons maintenant.

309. — II. — *Portée et rayonnement du principe de la mobilisation contractuelle des meubles par anticipation.* — Distinguons, pour plus de méthode, entre les parties au contrat et les tiers.

1^o *Vis-à-vis des parties*, il ne nous est point possible d'admettre des dérogations ou des limitations au caractère mobilier de la vente intervenue comme nous pensons l'avoir montré, la nature de l'acte revêt, entre ceux qui l'ont conclu, un caractère indivisible, et on ne pourrait admettre qu'il fût mobilier pour l'un d'eux tandis qu'il demeurerait immobilier au regard de l'autre (1). C'est pourquoi nous estimons que la capacité ou le pouvoir requis chez le vendeur sont ceux qu'on exige pour l'aliénation des meubles à titre onéreux c'est ainsi qu'à notre avis un tuteur peut céder en principe un droit de coupe sur le domaine de son pupille, de sa seule autorité et sans avoir à suivre les formalités exigées pour la vente des immeubles pupillaires du moment que l'opération est mobilière au regard de l'acheteur, elle l'est également du côté du vendeur et doit donc être traitée comme telle lorsqu'il s'agit de délimiter sa capacité ou son pouvoir. Ceci sous une double réserve d'abord, il est évident qu'un administrateur de la chose d'autrui, tenu d'agir en bon père de

renouvellement de celle que nous avons précédemment rencontrée en étudiant l'erreur, sur la substance ou sur la personne (*suprà*, nos 65 et s.) et la cause illicite (*suprà*, nos 159 et 160 ; 169) il s'agit de savoir si une volonté unique suffit soit à faire dévier l'acte du but poursuivi, soit, dans d'autres cas, à en assurer l'efficacité, ou si une entente n'est pas nécessaire à cet effet. La question comporte des réponses différentes suivant les cas et notamment suivant les actes à l'occasion desquels elle est soulevée.

(1) *Suprà*, n^o 308.

famille, est responsable, vis-à-vis du représenté, des fautes et des abus qu'il commettrait dans la gestion de son patrimoine (1) ; une telle responsabilité trouvera à s'exercer à l'occasion de la vente de biens mobilisés par anticipation, ainsi qu'en toute autre éventualité, mais sans d'ailleurs que la validité de l'acte puisse s'en trouver compromise. D'autre part, et surtout, il faut bien observer que certains demi-incapables ou certains administrateurs du patrimoine d'autrui ne peuvent aliéner les meubles corporels que dans les limites et pour cause d'administration : telle est, d'après notre jurisprudence, la situation de la femme séparée de biens (2) et telle est aussi, semble-t-il, celle que la Cour de cassation tend à faire au tuteur (3). Il est donc très possible que la vente d'un droit de coupe ou la cession du droit d'exploiter une carrière ou la vente d'un bâtiment pour être démolí se trouvent d'excéder la capacité ou les pouvoirs de celui qui y procède ; seulement la cause de la nullité de l'acte réside alors, non point dans le caractère actuellement et intrinsèquement immobilier des choses aliénées, mais bien dans cette circonstance que l'opération effectuée rentre dans la catégorie des actes de disposition, non d'administration ; la preuve en est que la vente d'un bien intrinsèquement mobilier, tel un tableau de grand prix, serait susceptible d'excéder elle-même la capacité du propriétaire ou les pouvoirs de l'administrateur, bien que cependant la théorie de la mobilisation par anticipation fût alors hors de cause. Il importe de faire la distinction de deux théories que les auteurs et la jurisprudence ont une tendance à confondre : celle de la discrimi-

(1) V. pour le tuteur, l'art. 450, al. 2 c. civ.

(2) V. PLANIOL et RIPERT, t. II, nos 1453 (pour les aliénations mobilières) et 1456 (pour les emprunts) la femme séparée de biens ne peut vendre ses meubles ou emprunter que pour cause d'administration et dans la limite des besoins de l'administration de son patrimoine.

(3) V. SAVATIER, dans le *Traité pratique de droit civil* de MM. PLANIOL et RIPERT, *Les personnes*, nos 548 et s.

nation des actes de disposition et des actes d'administration et celle de la mobilisation contractuelle par anticipation ; celle-ci n'est nullement sous la dépendance de celle-là (1).

310. — 2° Vis-à-vis des tiers, c'est une question beaucoup plus délicate que celle de savoir quel est le rayonnement de la théorie de la mobilisation par anticipation. Notre jurisprudence, et spécialement la Cour de cassation, incline nettement à établir une distinction tranchée en limitant les effets de la mobilisation aux rapports entre les parties contractantes les tiers ne pourraient pas se la voir opposer. Et, par exemple, la convention portant cession du droit d'extraire un minerai dans un domaine déterminé, serait bien mobilière entre les parties, mais immobilière au regard des tiers ; car, si les contractants ont bien pu, par leur commune intention, opérer là transmutation des objets sur lesquels porte la convention, et, par suite, celle de la convention elle-même, le phénomène ainsi réalisé ne dépasse pas le cercle de leur accord ; malgré tout, il reste que la cession a porté sur une partie du sol, donc sur un immeuble par excellence, et il y a là une vérité dont on ne saurait enlever le bénéfice aux tiers. La mobilisation par anticipation est une notion d'origine et de nature contractuelles ; elle cesse de valoir au delà des limites du contrat, puisque c'est un principe que les con-

(1) Comme nous l'avons fait observer, la confusion dénoncée au texte a été commise par la cour d'Amiens, 20 oct. 1925 (D. H. 1925 637). La solution donnée par la cour, lorsqu'elle refuse au mari d'une femme commune en biens le pouvoir de vendre, sans le consentement de celle-ci, une futaie sur pied qui constitue un propre, se justifie, dans l'espèce, par cette circonstance que la vente en question n'avait pas le caractère d'un acte d'administration ; il était inutile et il était peu juridique de la rattacher à un prétendu principe d'après lequel une futaie non aménagée, n'étant pas un fruit, ne saurait être mobilisée par anticipation. Cette confusion se retrouve dans l'arrêt de la chambre des requêtes du 14 déc. 1921 (D. P. 1922.1.179).

ventions ne nuisent point aux tiers (1) ceux-ci sont donc fondés à considérer l'opération comme immobilière et à tirer de cette constatation toutes conséquences utiles.

Celle-ci notamment : du moment que l'acte est translatif d'une propriété immobilière, ou constitutif d'un droit réel immobilier, il est sujet à transcription ; à défaut de l'accomplissement de cette formalité, il n'est point opposable aux tiers ; en sorte que si, par exemple, un domaine a été aliéné et si l'acquéreur a transcrit son titre, c'est vainement qu'un cessionnaire du droit d'extraire les minerais prétendrait lui opposer le sien, même antérieur, mais non transcrit : dans le conflit qui s'élève ainsi entre les ayants cause successifs d'un même auteur et pour le même immeuble, la victoire appartient à celui qui s'est mis en règle avec la loi du 23 mars 1855, quand bien même son titre porterait une date plus récente que celui de son concurrent (2). Et c'est à l'aide des mêmes directives que l'on trancherait les conflits susceptibles de s'élever entre deux cessionnaires successifs du même droit d'extraction dans le même domaine, ou encore entre deux acquéreurs successifs d'un droit de coupe dans une même forêt.

311. — Cette conception, avec l'espèce de ventilation sur laquelle elle repose entre les intérêts des parties et ceux des tiers, nous paraît fort contestable, et nous penserions plutôt que la mobilisation par anticipation se réalise absolument, même vis-à-vis des tiers qui doivent en supporter les effets. Le point de vue auquel se sont placées les parties lorsqu'elles ont traité à toute la valeur d'une clause de la convention, et on ne voit pas comment les tiers pourraient en faire abstraction : ils doivent prendre la vente telle

(1) C. civ., art. 1165.

(2) *Sic* Req. 24 mai 1909 (D. P. 1910.1.489, note DE LOYNES ; S. 1911.1.9, note NAQUET) ; Montpellier, 23 oct. 1922 (S. 1923.2.1, note SOLUS).

qu'elle est, telle qu'elle a été aménagée par les parties et sans qu'il leur soit loisible de faire un choix entre les dispositions, expresses ou tacites, qui la constituent. Que les parties aient considéré l'objet du contrat en se plaçant, par anticipation, au jour de l'exécution de celui-ci, c'est une vérité qui s'impose à tous, d'autant plus qu'elle n'a, dans l'immense majorité des cas, rien d'ésotérique ; elle éclate aux yeux de tous. Vainement objecte-t-on que les contrats sont sans effet à l'encontre des tiers ce principe est bien loin d'être absolu ; il comporte de nombreuses et importantes dérogations sur lesquelles tous les interprètes tombent d'accord (1) ; il a la valeur d'une directive générale, d'un standard, sans pouvoir prétendre à la vérité intégrale : le fisc lui-même, qui est le tiers par excellence, et le moins accommodant et le plus agressif qui soit, le fisc admet que la mobilisation par anticipation lui soit opposable (2) ; comment en serait-il autrement des particuliers, des ayants cause d'un même auteur ? L'idée même d'un acte, mobilier pour ceux-ci, immobilier pour ceux-là, n'est d'ailleurs pas de nature à satisfaire la raison ce mimétisme juridique deviendrait une source de complications inextricables (3).

C'est pourquoi nous jugeons préférable de donner au principe de la mobilisation contractuelle par anticipation une valeur absolue et un rayonnement intégral le cessionnaire d'un droit d'extraction ou d'un droit de coupe n'a pas à transcrire son titre, et ses rapports, soit avec un acquéreur du fonds lui-même, soit avec un autre cessionnaire, seront réglés en conséquence s'il est en possession et s'il est de bonne foi, il pourra invoquer la disposition de l'article 1141 du code civil et résister ainsi aux préten-

(1) V. LEPARGNEUR, *De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligation conclus par son auteur relativement au bien transmis*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1924, p. 481.

(2) *Suprà*, n° 303.

(3) V. *Solus*, note précitée. S. 1923.2.1, notamment p. 3, col. 3.

tiens de son adversaire, dans les termes du droit commun (1).

312. — Il est bon de remarquer que la question se présenterait sous un jour différent si le conflit s'élevait entre le cessionnaire d'un droit d'extraction ou d'un droit de coupe d'une part, et un créancier ayant hypothèque sur l'immeuble d'autre part : c'est un principe, en effet, que « le propriétaire d'un immeuble hypothéqué ne peut, au détriment des droits du créancier hypothécaire, faire aucun acte de disposition matérielle ou juridique qui, directement et de sa nature même, aurait pour conséquence de diminuer la valeur de cet immeuble » (2) ; il faut donc lui refuser le droit de vendre la maison pour être démolie ou les arbres de haute futaie pour être abattus, au même titre et pour les mêmes raisons que celui de procéder lui-même, directement et pour son compte personnel, à des actes matériels de ce genre. Les créanciers hypothécaires seraient fondés soit à s'opposer à l'exécution de la vente, soit à comprendre les objets vendus dans la saisie de l'immeuble à laquelle ils procèdent (3). Mais ce n'est pas le phénomène de la mobilisation par anticipation qui est ici en cause, au moins directement et uniquement ; c'est le principe général que nous rappelions plus haut et d'après lequel le propriétaire d'un immeuble voit ses prérogatives réduites du fait de l'existence même de l'hypothèque.

(1) V. en ce sens, la note précitée de M. SOLUS, et, pour la jurisprudence Dijon, 28 mars 1876 (D. P. 1878.2.261) ; Amiens, 24 oct. 1922 (D. P. 1924.2.141). Ces décisions sont intervenues à propos du conflit qui s'élevait entre le cessionnaire d'un droit de coupe et un acquéreur du domaine. Il est à remarquer que la cour de Dijon, tout en reconnaissant à la cession du droit de coupe un caractère mobilier, donne cependant la préférence à l'acheteur du fonds qui avait transcrit son acte, lequel était postérieur en date à celui de son adversaire ; mais c'est parce qu'elle écarte l'application de l'art. 1141.

(2) AUBRY et RAU, 4^e éd., t. III, § 286, p. 427.

(3) AUBRY et RAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

Il y a donc là deux faces distinctes du problème qui se pose dans des termes différents vis-à-vis des acquéreurs ou des cessionnaires et par rapport aux créanciers hypothécaires antérieurs mais, en toute occurrence, il faut en revenir à l'effet absolu de la dénaturation du bien par anticipation ; les mobiles des parties colorent l'acte et le conditionnent pour tous et contre tous.

SECTION III

LES MOBILES ET LA DISTINCTION DES ACTES JURIDIQUES EN CIVILS ET COMMERCIAUX.

313. — De même que les mobiles décident du caractère gratuit ou onéreux d'un acte juridique, de même ils jouent un rôle de premier plan lorsqu'il s'agit de tracer une ligne de démarcation entre les actes civils et les opérations commerciales, et cela soit pour les actes qui sont commerciaux par leur nature propre, soit pour ceux qui ne sont réputés tels qu'en vertu de la théorie de l'accessoire et à raison des liens de dépendance dans lesquels ils se trouvent par rapport à une entreprise commerciale.

314. — I. — Sans doute, il est des actes qui sont investis de la commercialité par leur nature, à cause de la forme même qu'ils revêtent et abstraction faite des mobiles qui ont guidé leurs auteurs et du but auquel ils tendent : il en va ainsi tant des engagements contractés en forme de lettre de change que des sociétés par actions. Ces concepts juridiques portent la marque commerciale quelle que soit la personnalité de ceux qui les utilisent et sans distinction tirée des raisons qui les ont incitées à les utiliser, de l'objectif en vue duquel ils y ont eu recours : du moment qu'une obligation entre dans l'armure de la lettre de change, la

loi la présume absolument d'origine commerciale (1); et par cela seul qu'une entreprise se constitue en société anonyme ou en commandite par actions, elle devient commerciale, encore qu'elle se proposerait d'accomplir des actes civils par leur nature et, par exemple, d'exploiter une mine (2).-Mais ce sont là des solutions exceptionnelles, profondément dérogoires au droit commun en thèse générale, la forme ne décide pas du fond de l'acte dont la nature est déterminée par ses origines et par son but. C'est ainsi que la vente n'est commerciale par sa nature propre que si elle réunit certaines conditions établies par la loi il faut notamment, et si l'on se place au point de vue de l'acheteur, que l'opération ait été par lui effectuée en vue d'une revente : en dehors de ce mobile et de ce but, elle constituerait un acte civil (3).

Telle est la puissance de l'élément psychologique, qu'il imprime la commercialité à l'acte quand bien même les projets de l'acheteur n'auraient pas abouti ; il n'est pas nécessaire que la revente ait lieu, il suffit qu'elle ait été dans la pensée de l'acheteur au moment de l'acquisition (4) ; tandis qu'à l'inverse, c'est vainement qu'elle interviendrait dans la suite alors qu'elle n'avait pas été envisagée par l'acheteur à l'instant décisif l'acte, né

(1) C. com., art. 632 *in fine* qui répute actes de commerce : « entre toutes personnes, les lettres de change » ; cette solution est d'ailleurs postulée par la disposition du même texte qui attribue le même caractère à « toute opération de change, banque et courtage ».

(2) L. du 24 juillet 1867, art. 68 ajouté par la loi du 1^{er} août 1893

Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce.

(3) C. com., art. 632, al. 2, qui répute acte de commerce « tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage ».

(4) THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 18.

sous le signe civil, ne s'en trouverait pas modifié (1). La commercialité est donc l'apanage exclusif de l'achat-revente, de l'acte « à double face » (2) dont les éléments se trouvent soudés psychologiquement, dès le début de l'opération, par les mobiles qui guident l'acheteur et par le but qu'il poursuit.

On remarquera, en effet, que ce n'est nullement l'intention, au sens précis où nous avons défini ce mot (3), qui est ici décisive dans une vente, l'intention de l'acheteur est tout simplement d'acheter, comme celle du vendeur est de vendre : le dessein de revendre la chose achetée est extérieur à l'acte qui est parfait sans lui ; il constitue un mobile extrinsèque et individuel qui ne fait nullement corps avec l'opération et il se différencie ainsi de l'intention qui est cette opération elle-même envisagée sous son aspect psychologique.

315. — II. — Les mobiles ne jouent pas un rôle moins important lorsqu'il s'agit de savoir si un acte, naturellement civil, ne revêt pas, dans un cas précis et déterminé, la nature commerciale à raison du lien qui l'unit à une entreprise de cette nature et en vertu de la théorie dite de l'accessoire.

On sait, en effet, que certains actes, qui seraient civils s'ils étaient accomplis par un non-commerçant, deviennent commerciaux parce qu'ils émanent d'un commerçant : l'entreprise commerciale exerce ainsi un pouvoir d'attraction sur toutes les opérations, même intrinsèquement neutres, qui gravitent autour d'elle ; mais c'est à une condition il faut que l'acte ait été accompli par le commerçant *dans l'intérêt de son commerce* (4) ; et, par exemple,

(1) THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 18.

(2) *Ibid.*

(3) *Suprà*, nos 14, 15 et 16.

(4) THALLER et PERCEROU, n° 10.

les engagements assumés pour les besoins du ménage, ont un caractère civil encore qu'ils aient été pris par un commerçant (1).

L'application de ces directives est particulièrement intéressante en matière de prêt d'argent. Cette opération est soumise à des régimes différents selon qu'elle présente un caractère civil ou commercial c'est ainsi que le taux de l'intérêt légal est fixé, dans le premier cas à 5 %, dans le deuxième à 6 % (2) ; c'est ainsi surtout qu'en temps normal le taux de l'intérêt conventionnel coïncide avec celui de l'intérêt légal en matière civile, au lieu qu'il est libre en matière commerciale (3). Il importe donc de savoir si le prêt qui a été consenti dans un cas déterminé rentre dans l'une ou bien dans l'autre des catégories. Le choix du critère à adopter pour opérer cette discrimination a suscité des difficultés ; mais, dans l'opinion nettement dominante, il doit être cherché dans la destination que les fonds prêtés doivent recevoir dans la pensée et de la part de l'emprunteur : d'une part « la qualité du prêteur est indifférente (4) » et c'est la nature de l'acte à l'égard de l'emprunteur qui, seule, doit être prise en considération ; d'autre part, la personnalité même de l'emprunteur n'est pas nécessairement décisive comme nous l'avons noté, il est des actes qui, bien qu'émanant d'un commerçant, peuvent se présenter sous l'aspect civil. Tout dépend de la destination à laquelle sont voués les fonds s'ils sont affectés à une opération commerciale, le prêt a lui-même le caractère commercial, en application de la théorie de l'accessoire

(1) THALLER ET PERCEROU, n° 60.

(2) L. 18 avril 1918, art. 2.

(3) L. 3 sept. 1807, art. 1^{er}, pour les prêts civils ; L. 12 janv. 1886, art. unique, pour les prêts commerciaux. Mais la loi du 18 avril 1918 (art. 1^{er}) a suspendu la limitation du taux de l'intérêt légal en matière civile pour la durée de la guerre et une période d'au moins cinq années à partir de la cessation des hostilités. On attend toujours le décret qui doit mettre fin à ce régime exceptionnel.

(4) THALLER et PERCEROU, n° 1061.

qui revêt ici une valeur téléologique l'acte est qualifié par sa finalité même, telle qu'elle lui a été assignée par les parties ; et il est à remarquer que cette finalité ressort, mais jusqu'à la preuve contraire seulement, de la qualité de commerçant chez l'emprunteur.

316. — Cette conception purement finaliste, si elle rallie la grande majorité des suffrages de la doctrine (1), n'a pas toujours prévalu, intégralement du moins, en jurisprudence tout en reconnaissant que la destination des fonds était de grande importance pour fixer la nature civile ou commerciale d'un prêt, la Cour de cassation admettait que le prêt consenti par un commerçant dans l'exercice de sa profession, et spécialement par un banquier, présentait un caractère commercial, abstraction faite de la personnalité de l'emprunteur et de la destination des fonds. Cette solution, qui trouvait sa raison pratique dans la limitation, avant 1886, du taux de l'intérêt en matière commerciale et dans le désir de soustraire les banquiers à cette législation restrictive, était placée sous l'égide d'un vieil adage « *plus valet pecunia mercatoris quam non mercatoris* ». La loi du 12 janvier 1886 qui a laissé toute liberté aux parties pour la fixation du taux de l'intérêt en matière commerciale a enlevé à cette jurisprudence la plus grande partie de son utilité et presque jusqu'à sa raison d'être qui était d'ordre exclusivement pratique. Aussi la chambre criminelle a-t-elle jugé que les prêts consentis à des non-commerçants, sans cause commerciale et en la forme des contrats civils, n'ont pas la nature commerciale, quand bien même ils seraient consentis par des professionnels (2) ; mais la chambre civile

(1) V. THALLER et PERCEROU, *loc. cit* ; LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 750.

(2) Crim. 23 juin 1893 (D. P. 1894.1.254). Cpr. Paris, corr. 10 mars 1896 (D. P. 1898.2.486, note BOISTEL).

a maintenu, en droit civil, l'ancienne solution (1), en sorte que la jurisprudence apparaît comme confuse et vacillante sur ce point, ainsi que le constatent les auteurs les plus autorisés qui s'en tiennent strictement au critère tiré de l'affectation des fonds empruntés (2).

317. — L'adoption de ce critère ne clôt d'ailleurs la difficulté que pour en susciter une autre, moins grave assurément le mobile décisif tiré de la destination des fonds doit-il être considéré sous un aspect unilatéral ? Ou bien n'est-il à retenir qu'autant que, commun aux deux parties, il a pénétré dans le cercle du contrat, sans en devenir d'ailleurs un des éléments constitutifs ? Nous nous sommes heurté au même problème lorsque, en étudiant la théorie de la cause, nous avons recherché à quelles conditions un prêt est susceptible d'être annulé du chef des mobiles illicites qui l'ont inspiré nous avons constaté alors que notre jurisprudence ne s'arrête, dans cette application élargie qu'elle fait de la cause illicite, qu'aux mobiles qui, communs aux deux parties, ont constitué comme l'atmosphère même de la convention, et que la destination illicite donnée aux deniers par l'emprunteur ne compromet pas la validité de l'opération si elle était ignorée du prêteur lors de la remise des fonds (3). Cette solution vaut évidemment en notre matière et lorsqu'il s'agit de savoir, non plus si le prêt est valable, mais s'il est de nature civile ou commerciale il ne saurait dépendre de l'emprunteur, par des desseins secrets, d'imprimer à l'opération un caractère inattendu et contraire aux prévisions du prêteur. Il faut que celui-ci sache à quoi s'en tenir sur la nature de l'acte qu'il conclut, ne fût-ce que pour être fixé sur le

(1) Civ. 25 juill. 1895 (D. P. 1896.1.193, note GUÉNÉE).

(2) THALLER et PERCELOU, *loc. cit.* LACOUR et BOUTERON, *loc. cit.*

(3) *Suprà*, nos 155 et 160.

quantum de l'intérêt légal ou sur les limites dans lesquelles il peut se mouvoir pour la détermination du taux de l'intérêt conventionnel ; d'une façon plus générale, il doit connaître les risques de l'opération, lesquels varient avec l'affectation des deniers prêtés. Cette opération se présente donc à lui sous l'aspect civil, à moins que les conditions dans lesquelles elle est intervenue n'en accusent à ses yeux le caractère commercial.

C'est bien ainsi que l'entend notre jurisprudence : les décisions qui ont eu à déterminer le caractère civil ou commercial du prêt d'argent, s'en réfèrent constamment, non pas à la mentalité du seul emprunteur, mais à « l'intention des parties » (1) ; elles constatent que « la destination des fonds, dans l'intention commune des parties », imprimait à l'opération le caractère d'un prêt purement civil (2).

318. — Ainsi s'affirment l'unité et l'homogénéité de la théorie des mobiles : dans les actes à titre onéreux (3), ce n'est pas la raison unilatérale, du plus fort ou du plus faible, qui décide de la nature pas plus que de la validité de l'opération ; ce rôle de premier plan est réservé aux mobiles « *ex pacto* », c'est-à-dire à ceux qui, sans avoir la valeur d'éléments constitutifs d'un acte auquel ils demeurent extérieurs, représentent du moins l'atmosphère dans laquelle cet acte est né, le milieu dans lequel il évoluera, la finalité à laquelle il répondra un contrat, issu de deux ou plusieurs volontés égales, est une œuvre commune, dans sa genèse comme dans son aboutissement ; ce ne sont pas des restrictions mentales qui sont à même d'en fixer les destinées, mais bien des raisons et des buts connus

(1) Crim. 23 juin 1893, arrêt cité.

(2) Paris, 10 mars 1896, arrêt cité.

(3) Pour les actes à titre gratuit, lesquels sont soumis à un régime différent, voy. *suprà*, nos 159 et 160.

des deux parties et en contemplation desquels elles se sont liées.

SECTION IV

LES MOBILES ET LA DIFFÉRENCIATION

D'OPÉRATIONS JURIDIQUES VOISINES LES UNES DES AUTRES.

(Qualification des actes juridiques.)

319. — C'est un problème parfois ardu que celui de la *qualification* des actes juridiques, c'est-à-dire de la détermination des catégories auxquelles ils ressortissent ; ce travail d'identification est rendu malaisé tant par la proximité de certaines de ces catégories entre lesquelles existent des affinités multiples et parfois fort étroites, que par l'incompétence, l'ignorance des parties qui ont employé une terminologie inexacte, ou même, défaut plus grave, qui ne se sont pas fait une claire image de l'opération par elles construite sans méthode et sans plan, qui n'ont pas su au juste ce qu'elles entendaient faire ni comment, par quelles voies juridiques elles parviendraient jusqu'au but entrevu. Il appartient alors au juge d'ordonner ce désordre, de clarifier ce chaos, de redresser ces erreurs, d'assigner une figure précise et véridique à l'opération litigieuse qui veut être qualifiée, non pas arbitrairement, mais en conformité des règles juridiques établies par les textes, par la tradition, par la raison (1).

320. — Pour mener à bien cette tâche urgente, le tribunal doit utiliser certains points de repère, certains fils conducteurs qui lui sont donnés par les éléments du litige ;

(1) Il ne s'agit d'ailleurs pas ici de la *revision* du contrat à laquelle le juge peut procéder dans certains cas et dans certaines limites (V. RIPERT, *La règle morale*, nos 75 et s. ; MORIN, *La loi et le contrat*, p. 49 et s.), mais uniquement de son interprétation et de sa fixation.

et il semble bien que l'indication essentielle lui soit fournie, à l'occasion, par la terminologie même à laquelle les parties ont eu recours en dénommant par exemple *louage de choses* ou *louage de services* l'opération qu'elles ont conclue, n'ont-elles pas, par cela même, qualifié nettement cet acte dont la catégorisation juridique est ainsi définitivement acquise ?

Cependant, cette compréhension du problème serait pernicieuse et l'accord s'est établi depuis longtemps contre elle, en doctrine comme en jurisprudence il ne saurait dépendre des contractants de changer la nature d'un acte, d'en fausser l'individualité en l'affublant d'un nom qui ne lui convient point ; une erreur d'étiquette, consciente ou involontaire, ne modifie pas le contenu d'un flacon ; ainsi, l'adoption d'une terminologie impropre ne saurait faire sortir une opération juridique de la catégorie à laquelle elle appartient la carpe a beau avoir été baptisée lapin, elle demeure carpe ; de même, un louage de choses a beau avoir été qualifié de vente ou inversement, son essence intime ne s'en trouve pas altérée et il appartient au juge de la découvrir et de la dégager en passant outre aux écarts de terminologie des parties contractantes : erreur ne fait pas compte.

321. — Et qu'on ne croie pas que l'erreur commise par les contractants soit toujours une erreur grossière, qu'elle consiste invariablement dans une utilisation défectueuse du vocabulaire juridique ; il arrive qu'elle existe sans qu'il y ait à vrai dire impropiété de langage, et cela parce que le législateur donne à l'opération une signification particulière, plus ou moins arbitraire : c'est ainsi qu'une renonciation équivaut parfois à une acceptation, telle celle que consent un héritier, même gracieusement, au profit d'un ou de quelques-uns seulement de ses cohéritiers (1), ou

(1) C. civ., art. 780, § 2.

celle qu'il consent à titre onéreux, fût-ce au profit de tous indistinctement (1) ; aux yeux du législateur, un abandon de ce genre s'analyse en une cession des droits successifs définitivement acquis, et comme on ne peut céder que les droits dont on est titulaire, il résulte de ces prémisses que la renonciation consentie, soit *in favorem*, soit à titre onéreux, vaut acceptation implicite de la part de celui qui y procède (2) l'apparence juridique est ici aux antipodes de la réalité ou, plus exactement, l'acte, qui est à double détente, ressortit à deux catégories juridiques qui paraissaient cependant bien être antinomiques ; par une sorte de choc en retour, le geste du renonçant lui imprime la qualité d'acceptant.

322. — L'identification de l'opération échappe donc à la volonté formelle de ses auteurs, et, en ce sens, on peut dire qu'elle est d'ordre public. Il arrive d'ailleurs, éventualité différente de celles que nous avons envisagées jusqu'à présent, que cette volonté soit absente, surtout dans le domaine des actes extra-contractuels en donnant naissance au rapport obligatoire, le créancier ou le débiteur n'ont pas songé à catégoriser l'acte auquel ils procédaient et dont ils ont même pu ignorer la valeur obligatoire : celui qui enrichit autrui sans cause légitime ne médite pas toujours sur la portée juridique de son intervention ; il ne recherche pas s'il se comporte comme un simple enrichisseur ou bien s'il fait figure de gérant d'affaires ; et

(1) Art. 780, § 3.

(2) Sur ce point, notre système législatif français est nettement arbitraire ; on aurait pu tout aussi bien et même plus juridiquement considérer que la cession porte sur les droits successifs tels qu'ils appartiennent à l'héritier au jour de l'ouverture de la succession et avec la faculté d'option qui les accompagne, laquelle serait transmise au cessionnaire, avec eux et dans son intégralité. Notre législateur est, au contraire, parti de ce postulat très contestable que la cession de tels droits implique l'exercice de ladite option et il a été ainsi amené à l'interpréter dans le sens d'une acceptation de la succession.

cependant la détermination de sa position juridique peut présenter un sérieux intérêt et le juge sera parfois amené à l'effectuer ; il devra le faire sans être guidé dans sa tâche par des formules quelconques. mais en s'inspirant des différences ethniques qui séparent les deux grandes théories de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause (1).

323. — Ainsi, la qualification des opérations d'où naissent des rapports obligatoires n'est subordonnée nécessairement ni au langage des intéressés, ni même à leur intention, superficielle ou profonde, car cette intention peut, soit se trouver en conflit avec la volonté législative, soit même ne point exister. Du moins joue-t-elle, dans l'identification de l'acte, un rôle de premier plan : dans l'immense majorité des cas, l'opération sera telle que son auteur a voulu qu'elle fût, pourvu que sa volonté se soit clairement et méthodiquement affirmée dans la structure qu'il lui a donnée. Mais encore faut-il pénétrer jusqu'à cette intention, la dégager des circonstances de la cause, et le juge n'y parviendra parfois qu'au prix d'une investigation délicate qui risquerait de demeurer infructueuse si elle n'était facilitée soit par des présomptions légales (2), soit par l'examen des mobiles dont l'influence décisive se fait sentir à nouveau dans cette direction : c'est en démontant les ressorts de la volonté qu'on parviendra à découvrir le but à quoi tend celle-ci ; les raisons d'agir feront connaître dans quel sens on a entendu agir ; la genèse de l'opération en révélera la nature juridique et comme l'individualité.

(1) V. *infra*, n° 328.

(2) Nous citerons à titre d'exemple, les présomptions de remise de solidarité (C. civ., art. 1211 et 1212) et celles de remise de dette (C. civ., art. 1282 et s.) qui aboutissent à fixer d'autorité la nature et les effets d'un acte ou d'une attitude du créancier par rapport à ses obligés.

324. — Pour faire saisir sur le vif le rôle dévolu aux mobiles dans le diagnostic des actes juridiques, nous supposons par exemple qu'une donation mobilière entre vifs ayant été passée sans les formes requises, le disposant en exécute cependant les dispositions comment apprécier ce geste ? Quelle en est la valeur juridique ? De quel nom faut-il l'appeler ? Convient-il de le traiter ainsi qu'un acte confirmatif, auquel cas sa nullité serait certaine, le donateur ne pouvant réparer par volonté confirmative la donation irrégulière qui, nulle en la forme, doit être « refaite en la forme légale ? » (1) Ou bien n'est-il pas possible de considérer que la remise des valeurs, de l'argent, des bijoux promis, se suffit à elle-même et qu'elle a la valeur d'une donation manuelle, dispensée de toute forme écrite ? Problème délicat, dont la solution est sous la dépendance de l'intention des parties, spécialement de celle du donateur ; mais comment dégager cette intention sinon à l'aide des mobiles, des considérations auxquelles le disposant a obéi lorsqu'il s'est dessaisi de son bien ? Sans doute, cette recherche des raisons d'agir sera elle-même fort épineuse, mais non pas irréalisable si, par exemple, le disposant ne s'est exécuté que sur une sommation du gratifié, il est bien évident qu'il n'a point entendu consentir à celui-ci une libéralité nouvelle, mais qu'il a voulu exécuter purement et simplement un engagement à la validité duquel il croyait : en ce cas, l'acte primitif et unique reste radicalement nul, ou, suivant les opinions, inexistant, et le disposant pourra donc réclamer la restitution des objets par lui livrés : son intention — celle d'exécuter la donation sans formes — est en effet rendue certaine par les mobiles mêmes dont elle procède et qui sont exclusifs de la volonté de consentir une nouvelle libéralité, juridiquement distincte et indépendante de la première.

(1) C. civ. art. 1339.

325. — Les notions de but et de mobiles ne sont pas moins décisives pour la qualification des actes qui, entraînant *partage*, sont pourvus de l'effet déclaratif que le code civil attache à ce genre d'opérations (1). Des difficultés s'élèvent parfois, en effet, lorsque l'indivision prend fin, non par une répartition en nature, remplissant chacun des ayants droit, et avec les seuls éléments de la masse indivise, des parts idéales qui leur appartenaient, mais par un procédé moins direct et moins approprié, par exemple à la suite d'une vente, d'une donation ou encore d'une cession de droits successifs intervenues entre cohéritiers. Les actes de ce genre sont volontiers assimilés au partage en nature ; on les considère couramment comme « *équipollents à partage* » et comme dotés à ce titre, au moins s'ils font cesser l'indivision, de la vertu déclarative qui est attachée par la loi à ce genre d'opération. Toutefois, notre jurisprudence n'admet pas sans réserve une telle assimilation, mais elle la subordonne à une condition qu'elle tient pour essentielle, à savoir la volonté, chez les parties à l'acte, de faire cesser l'indivision dans laquelle elles se trouvaient jusqu'alors telle doit avoir été leur préoccupation dominante ; il faut qu'elles aient été guidées par le désir de substituer le régime de la propriété unitaire à celui de la propriété collective ; s'il en était autrement, si leur préoccupation maîtresse devait être cherchée ailleurs, l'opération ne présenterait plus le caractère d'un partage et ne bénéficierait donc point du privilège de la rétroactivité. C'est par application de ces principes que la Cour de cassation a pu juger que la convention, par laquelle un des copropriétaires vend ou abandonne à l'autre sa part dans des biens indivis moyennant un prix qui se compenserait avec une somme précédemment due par le cédant au cessionnaire, constituait,

(1) C. civ., art. 833.

non point un partage, mais une dation en paiement d'immeubles faite par un débiteur à son créancier (1) ; ou encore que l'abandon consenti par une mère à son fils de l'usufruit qu'elle possédait sur une partie des biens dépendant de la succession de son mari, ainsi que des immeubles qu'elle possédait en propre et de sa part dans les immeubles de la société d'acquêts, devrait être considéré comme une donation, non comme une cession opérant partage, car si un tel acte a mis fin à l'indivision, il ne semble pas, ou du moins il n'est pas prouvé qu'il eût été accompli par les parties avec cette intention et dans ce but (2).

En pareille matière, c'est donc le but poursuivi par les contractants qui vient colorer l'opération et lui imprimer sa nature juridique du moment qu'il n'y a pas partage en nature, l'acte qui met fin à l'indivision ne doit être assimilé à un partage et ne présente donc un caractère déclaratif qu'autant que la sortie de l'indivision et l'accession à la propriété unitaire ont été les préoccupations maîtresses des parties, les mobiles auxquels elles ont obéi ; il se trouve ainsi qualifié, non point par son contenu, mais par ses origines et par sa fonction ; c'est à l'aide d'un critère téléologique que s'opère l'individualisation de l'opération intervenue qui est envisagée, non dans sa structure, mais dans sa genèse et dans son but.

326. — C'est un traitement d'un même genre que l'on doit appliquer au concept de la *société* pour le différencier d'institutions avec lesquelles il s'apparente plus ou moins étroitement telles l'*association* et le *prêt avec participation aux bénéfices*.

(1) Civ. 6 avril 1886 (D. P. 1887.1.68).

(2) Req. 22 oct. 1901 (D. P. 1902.1.241). — Cpr. civ. 11 juin 1844 (D. P. 1845.4.455).

Le point de coupure entre le contrat de société et celui d'association semble avoir été fixé avec une précision suffisante par divers instruments législatifs, tant par le code civil qui définit la première de ces opérations « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, *dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* » (1), que par la loi du 1^{er} juillet 1901 qui limite le champ de l'association à « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité *dans un but autre que de partager des bénéfices* » (2). Entre ces deux textes la concordance est manifeste un groupement juridique humain constitue une société lorsqu'il est constitué en vue et dans le but de réaliser et de partager le bénéfice à réaliser avec le fonds commun; hors de là, et réserve faite pour quelques formes de groupement plus spéciales — telle la forme syndicale — il rentre dans le cadre associationnel établi par le législateur de 1901. Cependant, et malgré l'effort de concordance et de précision du législateur, de grosses difficultés sont apparues dans la pratique et notre jurisprudence s'est montrée parfois hésitante lorsqu'il s'est agi de déterminer le statut applicable à certains groupements, notamment à ceux qui sont constitués en vue, non pas de réaliser un accroissement de richesses, mais uniquement de conjurer une perte, comme si les abonnés d'une société d'éclairage électrique s'unissent en vue de défendre leurs intérêts menacés par l'âpreté de la compagnie dont ils constituent la clientèle. Saisie de la question, sous cette forme spécialisée, la chambre des requêtes s'est prononcée en faveur du concept social (3); sans doute eût-elle décidé autrement

(1) C. civ., art. 1832.

(2) L. 1^{er} juill. 1901, art. 1^{er}.

(3) Req. 25 avril 1910 (D. P. 1911.1.473, rapport de M. le conseiller DENIS, note de M. NAST).

si elle s'était davantage attachée au critérium subjectif du mobile et à l'esprit dans lequel les adhérents s'étaient groupés ; leur but n'était nullement de créer de la richesse, de « faire de l'argent », mais d'éviter une diminution injuste de leurs patrimoines respectifs ; l'avantage, tout négatif, qu'ils retiraient de la combinaison à laquelle ils s'étaient arrêtés, ne provenait d'ailleurs pas de l'exploitation des apports, lesquels n'avaient pas été mis en commun en vue de les faire fructifier par la réalisation d'un gain (1) ; les mobiles inspireurs du groupement étaient d'ordre essentiellement conservatoire et lui communiquaient une valeur statique, non une force dynamique, ce qui est bien la caractéristique de l'association par rapport à la société. Il faut encore observer que, dans un groupement de ce genre, les adhérents ont intérêt à se recruter aussi nombreux que possible ; pour eux, le nombre est la force ; c'est par lui que le but assigné pourra être réalisé, ce qui est encore une caractéristique du concept associatif. Dans une société, au contraire, la valeur de la part sociale tend à décroître avec le nombre des participants qui ont donc intérêt à ne pas ouvrir trop largement les portes de leur groupement ; comme l'a remarqué Ihering, « l'*exclusion* est de l'essence de la société, l'*expansion* est la caractéristique de l'association, depuis la plus importante jusqu'à la plus insignifiante » (2) ; par là se trouve contrôlée la solution à laquelle on est ici conduit par le critère du mobile, comme se trouve respectée la formule de l'article 1832 du code civil qui limite le concept social aux groupements dans lesquels on se propose de partager des bénéfices réalisés à l'aide du fonds commun.

327. — Les considérations qui précèdent ne suffiraient point à dégager la ligne de démarcation qui sépare la

(1) Sic NAST, note précitée.

(2) IHERING, *Zweck im Recht*, trad. de MEULENAERE sous le nom *l'Evolution du droit*, p. 202 et s.

société du prêt avec participation aux bénéfiques, car on découvre dans cette dernière opération la volonté, chez les contractants, de réaliser des bénéfiques avec la somme mise en commun et de se les partager ; pour qualifier le *negotium*, il convient alors de faire appel, non plus directement aux mobiles, tels que nous les avons définis, mais à ce qu'on est convenu d'appeler la cause de l'opération, c'est-à-dire à ce que nous avons dénommé le mobile organique et constituant du contrat, lequel est ici l' « *affectio societatis* », c'est-à-dire la volonté d'union jointe à la décision de participer aux risques de l'entreprise (1) ; ainsi compris, cet élément joue, en matière de société, un rôle comparable à celui qui est dévolu, pour la donation, à l'*animus donandi* une société, sans *affectio societatis*, est aussi inconcevable qu'une libéralité sans intention libérale. Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que la notion du mobile soit alors sans emploi ; mais son rôle devient de second plan ; elle décèlera ou elle écartera à l'occasion l'*affectio societatis*, qui constitue le pivot de la combinaison, la substance dont elle est faite, de même qu'elle permet, dans le domaine des donations, de découvrir ou d'évincer l'*animus donandi* en dehors duquel il ne saurait y avoir libéralité ; elle conserve ainsi une puissance de révélation de la mentalité des contractants et demeure donc un élément important de la qualification de l'opération qu'ils ont aménagée.

328. — La différenciation de la *gestion d'affaires* d'avec l'*enrichissement sans cause* appelle des réflexions du même genre. Ce n'est pas sans peine que les auteurs parviennent à tracer les frontières qui doivent séparer ces deux sources de rapports obligatoires ; ils ont, pour ce faire, à réagir contre une jurisprudence vicieuse qui confond les deux

(1) Nous adoptons sur ce point la conception de M. HAMEL, *L'affectio societatis*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1925, p. 761.

institutions au point de les absorber l'une dans l'autre, évoquant indifféremment l'une ou l'autre, en accordant cependant ses préférences à la gestion d'affaires dont elle fait volontiers un usage outrancier, au point de la découvrir dans des actes accomplis avec la croyance, chez leur auteur, d'administrer ses propres intérêts et pour son compte personnel, abstraction faite, par conséquent, de toute volonté, voire de toute conscience de représentation (1). Mais c'est là donner à cette institution un domaine auquel elle ne saurait prétendre, ni historiquement, ni dans notre droit positif français et par l'autorité des textes en vigueur. Traditionnellement, à Rome comme dans notre ancien droit français, le gérant d'affaires apparaît comme un personnage représentatif qui agit pour le compte d'autrui, en pleine connaissance de cause, qui rend un bon office, un service d'ami ; et il ne paraît pas que notre code civil ait entendu innover sur ce point, puisque l'article 1372 emploie une formule évocatrice du point de vue traditionnel : « lorsque *volontairement* on gère l'affaire d'autrui... ». Comment en serait-il autrement, puisque, suivant un autre principe incontesté et bien connu, la gestion d'affaires possède l'aptitude à se transformer en mandat de par la seule ratification du maître ? Or, le mandat évoque nécessairement l'idée d'une immixtion consciente, de la part du mandataire, dans les affaires du mandant ; il en doit aller de même de la gestion qui constitue une amorce toujours possible, toujours réalisable du mandat : comme celui-ci, elle implique, par définition même, la volonté, ou du moins la conscience de représen-

(1) La Cour de cassation a jadis admis qu'on pouvait être gérant d'affaires à son insu, par exemple en construisant pour autrui alors qu'on croyait bâtir pour son propre compte. V. Req. 18 juin 1872 (D. P. 1872.1.471) ; 16 juill. 1890 (D. P. 1891.1.49). Il faut d'ailleurs reconnaître que notre jurisprudence avait été encouragée dans cette voie par différents auteurs, tels que TOULLIER, LAROMBIÈRE et TROPLONG (V. DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 74).

tation de la part de celui qui l'entreprend, et c'est précisément en quoi elle se distingue irréductiblement de l'enrichissement sans cause qui se produit, par exemple, au cas de paiement de l'indû, en dehors d'une telle volonté et d'une telle conscience (1).

Mais la preuve ne sera pas toujours aisée de cette intention de représentation qui constitue la pierre de touche pour la gestion d'affaires : comment savoir si l'enrichisseur a su qu'il faisait les affaires d'autrui ou s'il n'a pas cru, d'aventure, faire les siennes propres ? Comment pénétrer sa mentalité et établir qu'il était au courant de la situation exacte ? Ici encore et sur ce point, c'est en scrutant les mobiles de l'agent que l'on parviendra souvent à connaître sa mentalité et à déterminer du même coup la nature de l'opération intervenue ; suivant une loi que nous avons précédemment dégagée, les mobiles sont révélateurs de l'intention qu'ils postulent nécessairement, en tout état de cause (2) ; et il est bien certain que si l'auteur de l'acte s'est proposé de rendre service à autrui, si son intervention est marquée au coin de l'obligance, on ne saurait plus voir en lui un simple enrichisseur, mais il doit être considéré, en l'absence d'une procuration, expresse ou tacite, comme un gérant d'affaires. Ainsi s'affirme, comme nous avons eu l'occasion de le noter à maintes reprises, le lien qui unit étroitement les mobiles d'un acte à l'intention de son auteur, c'est-à-dire les ressorts de la volonté au but qu'elle se propose d'atteindre.

(1) Le rôle décisif de l'intention dans la gestion d'affaires a été clairement mis en valeur par DEMOLOMBE, t. XXXI, nos 74 et s. La Cour de cassation s'est ralliée au point de vue intentionnel et a répudié ses errements anciens en refusant la qualité de gérant d'affaires à un copropriétaire qui croyait avoir la propriété exclusive d'un immeuble et qui pensait donc soigner ses seuls intérêts. Civ. 25 juin 1919 (*Gaz. trib.* 1920.1.8). Il y a lieu toutefois de noter que les décisions antérieures émanaient de la chambre des requêtes.

(2) *Suprà*, n° 15.

329. — La vérité constante de cette loi n'est point limitée aux opérations juridiques que nous venons d'envisager : il est aisé de la vérifier et de la retrouver à l'occasion d'une foule de contrats dont la différenciation soulève de réelles difficultés, tels le mandat salarié et le louage de services, le dépôt et le transport de marchandises, la vente et le louage ; c'est encore par la même méthode que l'on parviendra à faire la part des renonciations à un droit et des actes de simple tolérance qui ne sauraient entraîner, par eux-mêmes, de conséquences juridiques ; et si on se rappelle le rôle important, souvent décisif, que les mobiles jouent dans la discrimination du titre gratuit et du titre onéreux (1), on aboutit à cette conclusion qu'ils sont essentiellement déterminateurs à la fois et révélateurs de la nature des actes juridiques auxquels ils confèrent l'individualité et qu'ils permettent donc de catégoriser, de parquer dans les compartiments légaux, en conformité de a volonté de leurs auteurs.

SECTION V

LES MOBILES ET LES EFFETS DES ACTES JURIDIQUES.

330. — Au cours de cette étude, nous avons exposé comment les mobiles sont à même d'exercer une décisive influence tant sur la validité même des actes intervenus sous leur pression que sur la nature des opérations juridiques dont ils constituent la genèse psychologique. Lorsqu'ils jouent ce rôle primordial, ils retentissent du même coup et nécessairement sur les effets des contrats ou des actes unilatéraux auxquels ils se réfèrent : par exemple,

(1) *Suprà*, nos 290 et s.

une libéralité n'est point régie par le même statut qu'un contrat onéreux ; un partage, acte déclaratif, a une toute autre portée qu'une vente ou une renonciation ; une société n'établit pas, entre les contractants, les mêmes rapports qu'une association ou un prêt avec participation aux bénéfices ; en passant d'une catégorie dans une autre, l'opération change de physionomie et son plexus obligatoire s'en trouve plus ou moins profondément modifié, tantôt enrichi et parfois appauvri. Mais cette répercussion alors exercée par les mobiles sur les effets de l'acte juridique ne se produit qu'indirectement et par voie de conséquence l'ayant précédemment étudiée, nous n'avons plus à y revenir, et nous ne retenons désormais, à cette place, que les cas de retentissement direct et immédiat. Nous supposons que les mobiles auxquels les parties ont obéi n'ont intéressé l'acte ni dans son existence, ni dans sa validité, ni dans sa nature juridique ; il reste identique lui-même, sans contestation possible ne peut-il pas advenir, cependant que les effets en soient influencés par les raisons qui ont déterminé ses auteurs à l'accomplir, par le but qu'ils ont poursuivi en y procédant, par la finalité à laquelle ils ont prétendu l'adapter ?

331. — Les réflexions qui nous ont été inspirées par certaines institutions et par les modalités dont elles s'accommodent à l'occasion, nous fournissent par avance les éléments d'une réponse affirmative à la question ainsi posée nous avons constaté que, dans le système de notre droit civil positif, certaines opérations sont susceptibles d'être modifiées, non point dans leur nature même, mais dans leur réglementation, par l'atmosphère où elles se déroulent, par les mobiles qui ont incité les parties à les pratiquer et à les aménager d'après un rythme déterminé. C'est ainsi que le mandat, qui est traditionnellement conçu sur le mode gratuit, peut cependant recevoir le titre

onéreux, tout en restant lui-même et tout en conservant son individualité propre ; mais ses effets s'en trouvent alors profondément modifiés puisque la responsabilité du mandataire salarié est entendue plus sévèrement que celle du mandataire qui rend un service gratuit (1). Le dépôt nous a amené à faire une constatation analogue (2) à laquelle se prête, dans des termes d'ailleurs assez différents, la donation entre vifs : suivant les conditions dans lesquelles elle intervient et les raisons qui l'ont dictée à son auteur celle-ci ressortira à des statuts assez variables (3) ; intervenue à l'occasion d'un mariage et revêtant l'aspect d'une constitution de dot, elle entraînera, à la charge du disposant, l'obligation de garantie ; elle échappera à la révocation pour cause d'ingratitude du donataire (4) et elle sera difficilement révocable au moyen de l'action paulienne (5), alors que, faite à toute autre occasion et par exemple en vue de l'établissement professionnel du donataire, elle demeurerait soumise au statut de droit commun des libéralités entre vifs. L'influence exercée par le but et par les mobiles est ici manifeste : l'acte ne peut répondre aux vues du disposant, il ne peut remplir sa mission qu'à la condition de subir une déviation, sinon dans sa nature même, au moins dans son statut juridique et dans ses conséquences, immédiates ou futures, certaines ou éventuelles.

Nous ne rappelons que pour mémoire ces applications déjà présentées pour concentrer nos recherches sur des institutions ou sur des solutions que nous n'avons pas encore rencontrées sur notre route, et c'est dans le droit

(1) C. civ., art. 1992, § 2. — *Suprà*, nos 269 et s.

(2) Art. 1928-2°, — *Suprà*, nos 274 et s.

(3) Art. 1440 et 1547.

(4) Art. 959.

(5) V. le *Traité pratique de droit civil français* de MM. PLANIOL et RIPERT, t. VIII, par M. NAST, *Les régimes matrimoniaux*, nos 116 et 117.

matrimonial que nous les découvrirons en nous référant au régime de communauté légale, à la théorie du remploi et à l'institution des biens réservés.

332. — I. — On sait que, sous le régime de la *communauté légale*, les immeubles que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage n'entrent point en communauté mais leur demeurent propres (1); cependant cette règle comporte une exception pour le cas où l'un des époux aurait acquis un bien immobilier au cours de la période qui s'est écoulée entre la signature de la convention matrimoniale portant adoption du régime de communauté légale et la célébration du mariage; ce bien, encore qu'il rentre dans la catégorie des immeubles présents, pénètre dans le patrimoine commun, en principe tout au moins et à supposer que sa destinée n'ait point été réglée par une disposition spéciale du contrat de mariage (2).

Cette solution exceptionnelle, malgré les termes catégoriques dans lesquels elle est formulée, a prêté à discussion; les commentateurs se sont demandé quelle en était la raison suffisante que les uns ont pensé découvrir dans les exigences du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (3), tandis que d'autres, plus nombreux, l'ont cherchée dans la préoccupation, chez le législateur, de déjouer la combinaison déloyale à laquelle l'un des futurs époux aurait pu s'arrêter, consistant à modifier dans l'intervalle la consistance de son patrimoine, à réaliser sa fortune mobilière et à prévenir ainsi traîtreusement son entrée en communauté, laquelle avait été légitimement escomptée par l'autre partie (4).

(1) C. civ., art. 1404, § 1.

(2) Art. 1404, § 2.

(3) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 507, note 7.

(4) PLANIOL, t. III, nos 927 et 928; M. NAST, *Les régimes matrimoniaux*, dans le *Traité pratique du droit civil français*, de MM. PLANIOL et RIPERT, t. 8, n° 253. COLIN et CAPITANT, t. III, p. 74.

De ces deux explications, c'est la seconde qui nous paraît la plus plausible, et de beaucoup : la première se heurte à cette règle juridique, qui est en même temps une règle de bon sens, que les conventions matrimoniales ne produisent effet que du jour de la célébration du mariage en vue duquel elles ont été passées et qui en opère comme la promulgation; spécialement, il est certain que la communauté, soit légale, soit conventionnelle, ne commence qu'au jour du mariage (1), et que les parties ne sauraient en provoquer l'ouverture par anticipation (2). Dans ces conditions, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est point mis en cause par les opérations auxquelles les futurs époux peuvent songer à se livrer au cours de la période, parfois très étendue, qui s'écoule entre la rédaction du contrat et leur comparution devant l'officier de l'état civil : un simple projet ne saurait prétendre à la permanence et à l'immutabilité.

333. — C'est donc dans le désir, chez le législateur, de prévenir une fraude possible, une manœuvre de la dernière heure, qu'il faut chercher la raison d'être de notre disposition le placement immobilier effectué dans l'intervalle par l'un des futurs époux est considéré comme suspect ; la loi suppose qu'il tend, dans la pensée de son auteur, à spolier la communauté future, contrairement à toute loyauté ; elle présume que ce mobile frauduleux a présidé à un projet de ce genre, et, pour déjouer la manœuvre, elle décide que l'immeuble récemment acquis entrera lui-même dans la communauté dont les légitimes espérances seront ainsi sauvegardées. L'opération n'en demeure d'ailleurs pas moins valable ; le mobile illicite n'en compromet ni la solidité, ni la nature ; il en modifie seulement les effets dans les rapports des époux entre

(1) C. civ., art. 1399.

(2) Même texte.

eux; l'immeuble suivra une direction juridique différente de celle qui lui était assignée normalement; son statut intérieur sera seul intéressé par les circonstances dans lesquelles son acquisition avait été réalisée, par les mobiles présumés, et vraisemblables auxquels l'époux acquéreur est considéré comme ayant obéi.

334. — Il faut conclure de cette interprétation que les principes généraux recevront au contraire une exacte et rigoureuse application du moment que les circonstances de la cause seront incompatibles avec tout soupçon de fraude chez l'époux acquéreur, comme si l'acquisition avait été réalisée en exécution de quelque clause du contrat, « auquel cas elle serait réglée suivant la convention » (1), ou comme si elle avait été effectuée à titre gratuit (2), ou bien en échange d'un autre immeuble qui était lui-même appelé à constituer un propre (3), ou encore avec des deniers qui devaient demeurer exclus de la masse commune (4), ou enfin à la suite d'une indivision dans laquelle le futur époux se trouvait engagé (5); dans de telles occurrences, l'acquisition se trouverait justifiée et serait donc attributive de propre, conformément au droit commun de la communauté légale; l'immeuble, qui devait entrer en communauté parce qu'acquis au cours d'une sorte de période suspecte, demeure cependant la chose exclusive de l'acquéreur dont les intentions sont comme purifiées par les conditions dans lesquelles l'opération est intervenue le mobile justificatif, sans sauver l'acte d'une

(1) C. civ., art. 1404, § 2.

(2) POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 281; NAST, *op. cit.*, n° 252.

(3) Mêmes références.

(4) NAST, *eod. loc.*

(5) NAST, *ibid.*; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, *Le contrat de mariage*, t. I, n° 316; Bruxelles, 10 fév. 1887 (*Pasic.* 1887.2.181).

nullité dont il n'était point menacé, en modifie du moins l'incidence et les effets.

335. — Pour les mêmes raisons, le droit commun conservera également son empire dans le cas inverse où l'un des futurs époux aurait dans l'intervalle réalisé un de ses immeubles la créance du prix de vente ou ce prix lui-même entreraient alors définitivement en communauté, car la supposition d'une fraude de la part de l'aliénateur serait incompréhensible ici, puisque la vente, loin de faire grief à la communauté future, vient ainsi l'enrichir inopinément. Pour décider autrement et pour admettre un traitement de réciprocité, il faudrait expliquer la disposition du deuxième paragraphe de l'article 1404 par les exigences du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, lesquelles, comme nous l'avons noté, ne sont nullement en cause, étant donnée la simple éventualité de tels arrangements.

336. — II. — L'institution du *remploi* nous montre aussi, et sous tous les régimes, les mobiles à l'œuvre en tant que modificatifs des effets d'une opération juridique ; grâce à elle, le bien acquis prend, dans le patrimoine de l'acquéreur, la position juridique d'un autre bien précédemment aliéné ; il devient, suivant les circonstances et les besoins, un propre du mari ou de la femme, ou un immeuble dotal, ou encore un paraphernal ; la subrogation réelle accomplit ainsi son œuvre et assure la substitution exacte de la nouvelle valeur à l'ancienne.

Mais encore faut-il, pour que ce résultat soit obtenu, qu'il ait été envisagé et voulu par les parties à l'acte ; le nouveau bien doit avoir été acquis en vue de remplacer l'ancien, afin d'occuper le compartiment devenu vide : ici, tout n'est qu'affaire de but, donc de mobiles. Seulement, le législateur se montre particulièrement exigeant dans la

forme ; négligeant les mobiles internes des parties, il retient seulement ceux qui ont été extériorisés par elles au moyen d'une double déclaration portant et sur l'origine des deniers et sur la volonté de subrogation (1) : c'est le système de la preuve intrinsèque qui assure la sincérité de l'opération et qui permet de conjurer toute fraude tendant à modifier le jeu des conventions matrimoniales et à altérer la composition des patrimoines respectifs des époux et de la communauté. Mais ce formalisme exceptionnel n'enlève nullement aux mobiles le rôle décisif qui leur est dévolu en pareille conjoncture : ce sont eux qui, à la condition de s'affirmer, de se matérialiser dans la double déclaration prescrite, impriment au bien acquis une destination exceptionnelle et lui confèrent, par exemple, la qualité de propre alors que, ayant été acquis à titre onéreux au cours d'un régime de communauté, il aurait dû normalement pénétrer dans la masse commune ; l'acte conserve bien son caractère de vente, mais les effets en sont déviés afin de réaliser le but poursuivi par les parties et de satisfaire aux mobiles qui ont déterminé les époux à y procéder.

337. — III. — La composition du *pécule réservé* que la femme est à même de se constituer lorsqu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari, peut se trouver également influencée, notamment sous les régimes de communauté et dans ses éléments passifs, par les mobiles qui ont présidé, chez l'un des époux, à la naissance des dettes par lui contractées.

En principe, les dettes assumées par la femme laborieuse ne sont exécutoires que sur ses biens réservés, à l'exclusion des biens ordinaires de la communauté (2) ; tandis qu'à l'inverse, et par une juste réciprocité, les créanciers du

(1) C. civ., art. 1434.

(2) L. 13 juillet 1907, art. 3, §§ 1 et 3.

mari ne sauraient saisir que les biens de cette dernière catégorie et à l'exclusion de ceux qui ressortissent à la première (1) le législateur de 1907 a ainsi établi un départ et comme une division de la puissance obligatoire de chacun des époux en cantonnant l'exécution de leurs dettes respectives dans le compartiment soumis à leur administration. Mais cette règle est largement entamée par une double exception symétrique concernant, pour le mari aussi bien que pour la femme, les dettes par eux assumées *dans l'intérêt du ménage*, lesquelles sont exécutoires indifféremment sur les deux catégories de biens inclus dans la communauté (2); exception juridique à la fois et équitable : il est juste et il est rationnel que la communauté tout entière réponde, dans tous ses éléments, des engagements qui ont été pris, tant par la femme que par le mari, dans un intérêt collectif essentiellement sociale par son but, la dette doit incomber à la société conjugale sans qu'il soit permis de la cantonner plus spécialement dans l'un des compartiments du fonds commun. Ici encore, c'est le but poursuivi et ce sont les mobiles qui sont déterminants ; sans doute, leur influence ne va pas jusqu'à intéresser la validité même de l'engagement assumé, mais elle se manifeste par une amplification du gage accordé au créancier qui va pouvoir saisir, non seulement les biens de son propre débiteur, mais encore ceux qui ressortissent au compartiment voisin et aussi, de toute façon, les propres du mari qui se trouvent, avec le patrimoine commun, dans une constante confusion de fait.

338. — La législation des biens réservés renferme une autre consécration de l'influence de la finalité sur le sort des actes juridiques : une loi du 19 mars 1919 décide que la femme qui n'a pas de descendance et qui a accompli

(1) Art. 3, § 2, *a contrario*.

(2) Art. 3, §§ 2 et 3.

sa quarante-cinquième année peut, sans aucune autorisation, disposer de ses biens réservés « en faveur des œuvres d'assistance publique ou privée et des œuvres ayant plus spécialement pour objet le développement de la natalité et la protection de l'enfance et des orphelins de la guerre ». Sur ce point encore, les mobiles et le but font sentir leur influence, mais avec une intensité particulière, puisqu'ils retentissent, non plus seulement sur les effets de l'acte, mais sur sa validité même : incapable, en thèse générale, de disposer sans autorisation de ses biens réservés entre vifs et à titre gratuit, la femme laborieuse peut cependant en faire don librement lorsqu'elle se propose d'atteindre le but visé par la loi de 1919 et lorsque les mobiles de sa générosité sont d'une certaine qualité.

FIN

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	Pages 1
------------------------	------------

PREMIÈRE PARTIE

Définition et classification des mobiles. Leur placé dans l'échelle des valeurs psychologiques.

Position du problème	5
Le droit pénal	7
Le droit civil	10
La procédure	13
Définitions	16
Différences entre l'intention et les mobiles . .	18
Les différentes catégories de mobiles . .	24

DEUXIÈME PARTIE

Influence et rôle des mobiles en droit privé.

Position du problème	29
Les mobiles dans la conception germanique du droit . .	29
Les mobiles dans la conception anglaise	32
Les mobiles et le pragmatisme	34
Plan	40
CHAPITRE PREMIER. — <i>De l'influence des mobiles sur la validité des actes juridiques</i>	42
Le critère de l'acte juridique	42
Plan	43
Section I. — Les mobiles altérés par un vice du consentement (mobiles viciés)	44
§ 1. — L'erreur	45
Système français sur l'erreur dans les actes juridiques . .	47
I. — Erreur qui entraîne l'inexistence de l'acte (<i>Erreur- obstacle</i>)	47

II. — Erreur qui détermine seulement l'annulabilité de l'acte (<i>Erreur-nullité</i>).....	48
III. — Erreur indifférente à la validité de l'acte juridique.	49
Examen du système français.....	51
Plan..	57
I. — Recherche du critère de l'erreur déterminante, c'est-à-dire de l'erreur sur les mobiles.....	57
A. Erreur sur la personne.....	57
B. Erreur sur la substance.....	71
Système suisse.....	72
Système allemand.....	73
Système français	75
II. — De l'erreur unilatérale et de l'erreur partagée..	83
III. — De l'erreur de fait et de l'erreur de droit.....	88
Conclusion	90
§ 2. — La violence.....	93
I. — Éléments constitutifs de la violence.....	97
1 ^o Intensité, efficacité de la violence.....	97
2 ^o Absence de justification.....	101
II. — Circonstances indifférentes à la prise en considération de la violence en tant que vice du consentement....	103
A. Nature juridique de l'acte.....	104
B. Origine de la violence.....	104
1 ^o Violence interne.....	104
2 ^o Violence exercée par un tiers en vue d'obtenir le consentement.....	104
3 ^o Violence indépendante de la volonté des parties et extérieure à l'acte.....	105
C. Procédé employé.....	112
D. Incidence du danger couru	113
Conclusion....	116
§ 3. — Le dol.....	117
§ 4. — La lésion.....	124
Système français..	126
Droit comparé... .	131
Tentatives de réforme	134
Récapitulation ..	135
<i>Section II. — Les mobiles illicites (mobiles vicieux).</i>	137
L'article 6 du code civil.	137
Plan.....	139
§ 1. — La théorie de la cause.....	140
Théorie classique de la cause.	142
Définition et critère.....	145

Caractéristiques de la cause entendue au sens classique du mot.....	148
Appréciation critique de la théorie classique de la cause.	150
La véritable critique de la théorie classique de la cause..	158
Son incohérence.....	158
Son étroitesse.....	160
Nécessité de son élargissement.....	160
I. — Elargissement de la notion de cause dans le droit des libéralités théorie de la cause impulsive et déterminante.....	162
La jurisprudence et les précédents..	163
Plan.....	166
A. — Libéralités adressées à un enfant adultérin ou incestueux.....	166
B. — Libéralités entre concubins..	169
C. — Libéralités consenties entre époux en vue d'une séparation amiable.....	172
D. — Libéralités accompagnées de conditions ou de charges illicites.....	174
Distinction des conditions et des charges.....	174
Plan.....	177
1° La condition ou la charge est-elle licite ou illicite ? (clauses de viduité ou de non-mariage)...	177
2° Sanction de l'illicéité de la charge ou de la condition... ..	184
La jurisprudence sur l'article 900 du code civil et ses conséquences.....	185
La double cause.	192
II. — Elargissement de la notion de cause dans le domaine du titre onéreux.....	194
Maisons de prostitution..	194
Relations illicites..	197
Jeu.....	198
III. — Comparaison entre le titre gratuit et le titre onéreux quant au développement et à l'application de la théorie de la cause... ..	200
Le problème de la preuve des mobiles illicites.....	204
Résumé sur la cause.....	212
Autres théories ressortissant aux mobiles illicites. Plan.	214
§ 2. — La fraude.	214
Ses caractères négatifs... ..	215
L'élément constitutif et caractéristique de la fraude.	217
1° Eviction de la loi nationale au bénéfice d'une loi étrangère.....	218
2° Eviction de la <i>lex ferenda</i> au profit de la loi actuelle..	219

3° Eviction de la loi par la loi même et à l'aide de son propre texte.....	223
Les frontières de la fraude.. .. .	227
Première limitation : la fraude doit être dirigée contre les tiers.. .. .	227
Deuxième limitation : l'acte incriminé doit être immoral.....	229
Application.....	231
Les clauses « payables en or » et autres.....	233
La fraude paulienne....	238
§ 3. — La simulation.....	240
I. — Le principe.....	241
II. — Les dérogations.....	243
A. — La simulation bienfaisante..	244
B. — La simulation dirimante.....	246
Les nullités prononcées par un texte...	246
Les nullités de formation jurisprudentielle..	250
Récapitulation.....	252
Section III. — Les mobiles justificatifs.....	254
Plan.....	255
§ 1. — La tutelle et l'émancipation.....	258
Les pouvoirs du tuteur.....	258
La capacité du mineur émancipé.....	265
§ 2. — Les régimes matrimoniaux.....	266
I. — Régimes de communauté.	266
II. — Régime dotal.....	267
III. — Séparation de biens.....	270
IV. — La vente entre époux.....	272
§ 3. — Les clauses d'inaliénabilité....	277
La jurisprudence et les mobiles justificatifs..	279
Sanctions.....	284
Clauses de remploi.....	286
Comparaison avec la clause dite de viduité....	287
§ 4. — Les retraits.....	288
CHAPITRE II. — <i>De l'influence des mobiles sur la solidité et sur la permanence des actes juridiques..</i>	290
Section I. — Les retraits.....	291
Section II. — La résolution et la révocation des actes juridiques contractuels....	298
I. — La résolution.....	299
II. — La révocation des donations.....	303
Section III. — La révocation et la caducité des dispositions testamentaires.....	306
CHAPITRE III. — <i>De l'influence des mobiles sur la nature et sur les effets des actes juridiques.....</i>	311

Plan.....	315
Section I — Les mobiles et la discrimination du titre gratuit d'avec le titre onéreux..	315
Plan....	319
§ 1. — La complexité et la relativité des notions de titre gratuit et de titre onéreux.....	320
I. — Complexité de ces notions..	320
II. — Leur relativité..	323
§ 2. — Intrusion du titre onéreux dans le titre gratuit....	330
I. — La donation entre vifs....	331
II. — Le mandat.....	338
III. — Le dépôt.....	346
IV. — Le cautionnement.....	353
§ 3. — Intrusion du titre gratuit dans le titre onéreux....	354
La vente.....	355
Le louage des choses....	357
La société.....	357
La transaction...	358
Le transport....	362
§ 4. — Le critère de la distinction du titre onéreux et du titre gratuit.....	365
I. — Critère tiré de la forme.....	365
II. — Critère économique..	367
III. Critère tiré des mobiles.....	370
Section II. — Les mobiles et la discrimination des transac- tions mobilières et immobilières (<i>Théorie de la mobili- sation par anticipation</i>).....	375
Idée générale de la théorie.....	375
Ses conséquences et ses applications.....	378
I. — A quelles conditions la mobilisation par anticipation se réalise-t-elle ? ..	382
II. — Portée et rayonnement du principe de la mobilisa- tion contractuelle des meubles par anticipation.	386
1° Vis-à-vis des parties au contrat.....	386
2° A l'égard des tiers.....	388
Section III. — Les mobiles et la distinction des actes juridi- ques en civils et commerciaux.....	392
I. — Actes intrinsèquement commerciaux. ...	392
II. — Actes commerciaux en vertu de la théorie de l'acces- soire.....	394
Section IV. — Les mobiles et la différenciation d'opérations juridiques voisines (Qualification des actes juridiques). 399	399
Notions générales..	399
La donation mobilière faite en violation des règles de forme.....	403

Le partage et les actes équipollents..	404
Société et association.....	405
Société et prêt avec participation aux bénéfices..	407
Gestion d'affaires et enrichissement sans cause.....	408
<i>Section V. — Les mobiles et les effets des actes juridiques..</i>	<i>411</i>
I. — Communauté légale : immeuble acquis dans l'intervalle entre le contrat de mariage et le mariage.....	414
II. — Le remploi	417
III. — Le pécule réservé....	418

8047. — Impr. Jouve et Cie, 15, rue Racine. — 6-1928.
