LA RÈGLE MORALE

DANS LES

OBLIGATIONS CIVILES

PAR

GEORGES RIPERT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
ET A L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES

TROISIÈME ÉDITION

Ouvrage couronné par l'Institut
PRIX DUPIN AINÉ 1930

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS
Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée
20, RUE SOUFFLOT (5e ARRt)

1935

PRÉFACE

DE LA DEUXIÈME ÉDITION

Cette deuxième édition est donnée trop peu de temps après la première pour qu'elle puisse en différer beaucoup. Le texte a été revu pour qu'une expression meilleure éclaircisse la pensée là ou elle restait obscure ; il a été tenu compte des lois, des décisions et des études publiées dans cette dernière année ; quelques paragraphes ont été ajoutés sur des questions oubliées à tort ; et c'est tout. J'ai résisté à la tentation de tout reprendre à pied d'œuvre pour tenter une construction plus ferme. Comme tout auteur répétant simplement dans une édition nouvelle ce qu'il a déjà dit, j'ai cédé au trop facile prétexte du succès de l'ouvrage pour le laisser sous sa forme primitive. Il vaudrait mieux sans doute avoir chaque fois le courage de sacrifier presque complètement la version ancienne et de ne la tenir que pour un premier essai.

Mon excuse est que, dans ma pensée, ce petit livre n'était pas appelé à être réédité. En l'écrivant je m'étais proposé avant tout d'arrêter pour un instant une recherche inquiète et de fixer ma pensée indécise. Ces ouvrages que nous écrivons pour notre propre satisfaction plus que pour rencontrer l'approbation des autres, nous n'avons pas le droit d'attendre pour eux la faveur du public. Mais celui-ci a eu l'heureuse fortune d'être recommandé par des juristes éminents qui, méditant à leur tour sur le sujet qui y était

traité, ont ajouté à ses conclusions toute la richesse de leur propre pensée [1]. *C'est grâce à eux que ce livre a été lu.*

On méconnaît notre époque en l'accusant de porter un intérêt exclusif aux problèmes de la vie pratique. Le goût demeure des études désintéressées sur le fondement du droit. A la vérité d'ailleurs de telles études sont-elles uniquement du domaine spéculatif ? A l'heure actuelle ceux qui défendent les institutions traditionnelles dans la crainte d'un avenir obscur comprennent qu'ils ne peuvent se contenter de les justifier par leur seule existence ou la force de la tradition. Pareillement ceux qui appellent d'un désir ardent des institutions nouvelles savent qu'elles ne naîtront pas s'ils n'essayent dès maintenant d'en préparer l'avènement et qu'en tout cas ils doivent justifier leur effort s'ils cherchent à en devancer l'heure. Toute discussion spéculative recouvre ou déguise une lutte d'intérêts. Les juristes engagent leur responsabilité dans cette discussion et cette lutte.

La tentation est grande pour eux de se laisser classer parmi les novateurs en déclarant qu'ils expriment « de hautes, de fécondes vérités sociologiques qui deviendront inévitablement les vérités primordiales, les vérités-flambeaux pour la génération de nos enfants et de nos petits-enfants » [2]. *Il est toujours flatteur d'être qualifié de précurseur et l'on y court peu de risque, car, lorsqu'il serait temps de constater que la prédiction n'est pas réalisée, l'auteur est en général depuis longtemps oublié. Il faut*

(1) Je cite en particulier en les remerciant et en m'excusant auprès de ceux que je puis oublier : H. Capitant, *Gazette Dalloz*, 1925, p. 58 ; — A. Mestre, *Morale et obligation civile*, Revue trimestrielle de droit civil, 1926, p. 51 ; — Demogue, *Revue trimestrielle*, 1925, p. 321 ; — Bonnecase, *Revue générale de Droit*, 1925, p. 305 ; — Lalou, *Bulletin de l'Institut Catholique de Paris*, 1925, p. 270 ; — Cotelle, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1925, p. 362 ; — H. Rousseau, *Bibliographie*, Sirey, 1926.

(2) Ed. Lambert, Préface à l'ouvrage de Em. Lévy, *Une Vision socialiste du Droit*, 1926, p. x.

plus de courage à notre époque pour défendre les règles de la morale traditionnelle que pour avancer les propositions les plus aventurées. Mais il ne s'agit pas ici de simples jeux de la pensée où le juriste puisse montrer son habileté. Le choix n'est pas libre.

Surtout n'essayons pas de dissimuler que nous ne sommes pas d'accord. Pendant que les uns essayent de détruire les institutions actuelles sous le prétexte que les lois sociologiques imposent leur transformation, les autres ne savent les défendre que mollement en les déclarant conformes au droit naturel. Pendant tout le cours du XIXe *siècle, par une sorte de complicité universelle, on a feint de croire qu'en effet, le droit positif était dominé et dirigé par un droit naturel. Ce n'était qu'une religion d'Etat. Il est resté sans force le jour où l'Etat, n'ayant plus de doctrine officielle, lui a enlevé la sienne. Pourtant certains ne renoncent pas volontiers à cette protection illusoire. Ils m'ont rangé, malgré ma protestation, parmi les défenseurs de ce droit naturel pour avoir écrit qu'il existe une règle morale au-dessus des lois positives.*

Je le répète une fois encore, si on veut conserver l'expression parce qu'elle est commode, rendons-lui du moins son véritable sens qui lui a été ravi. N'essayons pas de démontrer que « la voix des prophètes, celle des sages de l'ancienne Rome et même celle d'Hammourabi » dictait les mêmes préceptes que le sermon sur la montagne [1]. *Non. Depuis des centaines d'années une règle morale précise a créé la civilisation occidentale ; cette civilisation s'exprime dans son droit. En défendant les règles fondamentales de ce droit, nous empêchons que périsse cette conception morale du monde. Mais ces règles fondamentales ne sont*

(1) A. MESTRE. *Morale et obligation civile,* Revue trimestrielle, 1926, p. 51, note 3.

pas l'expression d'un vague idéal de justice commun à tous les peuples. Il ne faut pas chercher à les justifier en les banalisant et les défendre au nom d'un idéal commun à tous. Nous devons au contraire les maintenir dans leur sévère commandement et leur nécessaire intransigeance.

INTRODUCTION

1. Objet de cette étude : l'influence de la règle morale sur le rapport juridique.

1. — On ne trouvera dans cet ouvrage, présenté sous un titre trop ambitieux, mais qui était nécessaire pour en accuser l'inspiration, que la réunion de quelques études nouvelles sur des questions connues.

Je me suis proposé de montrer par le rapprochement de ces questions que le droit dans sa partie la plus technique est dominé par la loi morale, démonstration qui peut offrir quelque intérêt, non par sa nouveauté, mais parce qu'elle est faite de nouveau à une époque où l'on enseigne en général la rigoureuse séparation de la morale et du droit.

Il ne sera pas beaucoup question de philosophie dans ce livre malgré la promesse de son titre. Point n'est besoin de philosopher longuement pour affirmer l'existence de la loi morale, et on ne saurait avoir la prétention de donner dans un ouvrage juridique une démonstration du fondement de cette loi. Il ne s'agit pas d'expliquer le droit par la philosophie, mais de voir ce qu'il peut y avoir de philosophie dans le droit. Au surplus, les ouvrages qui ont été publiés au cours du siècle dernier sur les

rapports de la morale et du droit n'autoriseraient guère un nouvel essai : les philosophes qui s'y sont essayés n'encourent que le reproche d'être d'assez mauvais juristes ; les juristes ont risqué dans l'aventure leurs meilleures qualités, et, s'il n'y a pas de références à l'appui de cette affirmation, ce n'est pas que les exemples manquent.

En tout cas, je dénonce mon insuffisance sur ce point et aussi sur d'autres. Pour traiter ce sujet comme il mériterait de l'être, il faudrait remonter bien loin dans le passé et regarder suffisamment autour de soi. Il m'a été impossible de le faire. Les renseignements historiques qui peuvent se trouver dans quelques développements sont empruntés aux ouvrages classiques ; les lois étrangères sont parfois citées, mais elles ne sont pas étudiées comme elles mériteraient de l'être. Il n'y a dans ce livre que quelques vues sur le mouvement contemporain de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine en France. Dans les conditions faites au travail intellectuel par la vie moderne, il faut savoir limiter sa tâche et se résoudre à publier des œuvres dont on sent le caractère incomplet.

Au surplus, pour la démonstration que je veux faire, ce qui importe surtout c'est de dresser l'inventaire des idées. C'est à cela seul que je me suis appliqué. Le monde moderne dans son organisation juridique est-il arrivé à créer un droit qui se suffise à lui-même, ou bien reste-t-il dominé par la grande loi morale qui depuis des siècles de christianisme régit l'âme des peuples européens ? Voilà l'objet propre de ces recherches. Leur seul caractère original, c'est que, faites par un juriste, elles tendent à retrouver la valeur de la loi morale dans les règles les plus techniques du droit. Peut-être, en découvrant ce caractère moral de la règle de droit, comprendra-t-on mieux l'évolution des idées juridiques, les doutes et les luttes autour de certaines institutions. En tout cas, cette étude en appel-

lera peut-être d'autres et, par là, pourra contribuer à une certaine orientation de la doctrine juridique [1].

Ce sont autant d'excuses à une publication que j'aurais volontiers retardée, si je n'avais craint que ce retard fût indéfini.

I

2. Du prétendu caractère abstrait de la théorie de l'obligation. — 3. Place réelle de la règle morale dans cette théorie. — 4. Importance que présente pour la société politique le respect de la loi morale. — 5. Distinctions proposées entre le droit et la morale. — 6. Véritable cause de leur séparation nécessaire.

2. — C'est dans la partie du droit relative à l'obligation civile que je me propose de rechercher la valeur actuelle de la règle morale. Ailleurs, notamment dans le droit de la famille, la démonstration eût été trop facile. Mais, dans le droit des obligations, il semble qu'il ne s'agisse que d'organiser la production, la circulation et la répartition des biens. Le rapport juridique est créé sur la meilleure utilisation des richesses et des services. Pour certains, le droit ne serait même que la forme de la vie sociale dont l'économie serait le contenu [2]. Le plus souvent d'ailleurs, les sujets de droit organisent librement leurs rapports. Se fiant aux initiatives privées pour réaliser l'ordre le meilleur, le législateur laisse jouer les volon-

(1) La thèse défendue dans ce livre a été étudiée ou critiquée principalement dans les ouvrages suivants : DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris-Louvain, 1929 ; — BONNECASE, *Science du droit et romantisme juridique*, 1927 ; — ALICE PIOT, *Réalisme et droit naturel*, thèse Paris, 1930, préface G. RIPERT, notamment nos 10 et s., p. 48 et s. ; — GÉNY, *Le laïcité du droit naturel* (*Archives de philosophie du droit*, 1933, nos 3-4) ; — BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e éd., t. I, *Introduction*, 1934, par Mme BEQUIGNON-LAGARDE, no 31, p. 38. — Elle a inspiré en outre un certain nombre de thèses de doctorat qui seront citées dans les différents chapitres.

(2) CROME, *Le droit comme économie pure* (*Le mouvement socialiste*, 1907, p. 334).

tés et les activités, et le juriste se plaît à imaginer une mathématique de ces rapports. « Dans toute œuvre législative, dit Saleilles, la matière des obligations constitue une partie essentiellement théorique et abstraite... elle tend à se présenter dans les législations modernes comme l'expression idéale de la logique juridique » [1].

Cette conception d'un droit abstrait semble fondée sur l'observation scientifique. La permanence de la théorie de l'obligation, amenée à sa perfection par les jurisconsultes romains, transmise jusqu'à nous dans la forme et les termes mêmes qu'elle revêtait à Rome, l'uniformité des règles qui dans la législation de tous les peuples gouvernent cette théorie et permettent de concevoir un droit commun législatif [2], l'utilisation par les juristes des procédés techniques qui mettent ce droit en œuvre et la facile adaptation de ces procédés par le peuple qui les adopte, tout permet de croire à la vérité de la remarque de Saleilles, au caractère abstrait, logique et permanent du droit des contrats et obligations.

Les juristes du siècle dernier n'ont-ils pas été impressionnés malgré eux par l'esprit scientifique et positiviste de l'époque où ils vivaient ? Ne se sont-ils pas abusés sur l'importance et la valeur de la technique ? On pourrait le croire, et le prétendu caractère mathématique du rapport n'a été pour eux qu'un motif de se dispenser d'étudier la valeur morale de l'obligation. Car enfin s'est-on demandé si cette permanence et cette uniformité apparentes de la théorie ne seraient pas la conséquence de la force que

(1) Saleilles, *De l'obligation*, n° 1, p. 1. — Comp. Taulier, *Théorie du Code civil*, t. I, p. 231 ; — Glasson, *Éléments du droit français*, t. I, p. 537. — Voy. Bonnecase, *Précis de droit civil*, t. II, 1934, nos 15 et s.

(2) D'où pendant la guerre la création d'un *Comité juridique pour l'unification du droit des nations alliées et amies*, qui a élaboré un avant-projet franco-italien de Code des obligations. Voy. sur ce Code la préface de M. Larnaude (1929) et sa communication à la Société de législation comparée. *Bull.*, 1930, p. 81. Voy. aussi Capitant, *Rev. critique*, 1931, p. 72 et la thèse de M. Viforeanu, Paris, 1931.

vient ici donner au droit la loi morale, et si la morale nouvelle que le monde connaît depuis le triomphe de la doctrine chrétienne n'a pas en réalité changé profondément sous son apparence immuable la vieille théorie romaine de l'obligation?

S'il y a ainsi une sorte de vie secrète de l'obligation juridique, il faut, sous la forme technique dont on est obligé de la revêtir pour lui donner accès dans le monde juridique, la retrouver. Il n'est pas de recherche plus passionnante que celle-là, car, sous l'aspect froid de la règle de droit, elle fait apercevoir autour de la naissance, de la vie et de la disparition de cette règle les raisons profondes qu'a l'âme humaine de la désirer, de la perfectionner ou de la combattre.

Il ne s'agit pas d'ailleurs de se payer de mots ou de se contenter de formules générales et faciles. Que le droit positif soit plus ou moins fondé sur l'idée de justice, tout le monde le sait et il ne servirait de rien de démontrer que la plupart des institutions reposent sur la nécessité de donner satisfaction à cette idée. Quand je prétends rechercher l'influence de la loi morale dans l'élaboration pratique des règles de droit par le législateur et par le juge, je n'entends pas par loi morale je ne sais quel vague idéal de justice, mais cette loi bien précise qui régit les sociétés occidentales modernes et qui est respectée parce qu'elle est imposée par la foi, la raison, la conscience, ou tout simplement suivie par habitude ou par respect humain.

Ce problème juridique domine l'élaboration de la loi par le législateur, son application par le juge, son interprétation par le docteur. Dans quelle mesure le monde juridique peut-il s'organiser hors de toute préoccupation morale sur le donné pratique et rationnel? Lorsqu'il s'agit de régler les effets légaux des volontés et des activités, d'organiser l'échange des capitaux et des services, peut-

on sur un idéal assez vague ou des nécessités économiques bâtir des constructions juridiques abstraites, puis s'amuser à inscrire des équations de rapports juridiques et les transformer ? Ne faut-il pas au contraire ne jamais oublier que le créancier et le débiteur, liés l'un à l'autre par le rapport de droit, sont des hommes qui font partie de la même communauté, qu'une morale sublime appelle des frères et qui ne peuvent avoir l'un des droits et l'autre des obligations que dans la mesure où la loi morale permet de tirer d'autrui profits et services ou ne défend pas en tout cas de lui nuire ?

Si l'on songe que tout l'effort des techniciens consiste justement à nous faire oublier les hommes dans le rapport juridique pour ne plus voir que le rapport, et qu'il leur apparaît comme le dernier mot du progrès juridique d'énoncer l'obligation comme la relation entre deux patrimoines, on jugera que cet appel à la loi morale apparaîtra à certains juristes comme une singulière régression dans l'histoire des idées juridiques. Mais, comme tout de même on finit par s'apercevoir que toutes les constructions techniques imaginées depuis une vingtaine d'années, et qui ont été en partie inspirées du Code civil allemand, ont singulièrement obscurci notre conception du droit sans nous apporter rien de bien satisfaisant, on pensera peut-être qu'il est permis aujourd'hui de chercher dans une autre voie, au risque d'être accusé de reprendre seulement de vieilles idées.

3. — La règle morale peut être étudiée tout d'abord dans sa *fonction normative* quand elle vient empêcher l'abus de la forme juridique qu'on voudrait utiliser pour des fins que la morale réprouve. Contre le principe de l'autonomie de la volonté elle élève la nécessité pour les parties de respecter la loi morale, la protection nécessaire due au contractant qui se trouve en état d'infério-

rité et qui est exploité par l'autre partie ; elle enseigne que la justice doit régner dans le contrat et que l'inégalité des prestations peut être révélatrice de l'exploitation des faibles ; elle jette le doute sur des accords qui sont l'expression d'une volonté trop puissante courbant une volonté affaiblie.

Contre l'exercice illimité des droits, elle dit qu'il peut y avoir une injustice à épuiser les prérogatives d'une faculté ; que l'on doit contrôler l'action du créancier née du contrat et liant le débiteur envers lui ; que le juge doit apprécier dans quel esprit et dans quel but agit celui qui prétend exercer un droit et, si cette action est illicite, lui refuser son concours.

La morale nous enseigne encore qu'il faut s'inquiéter des sentiments qui font agir les sujets de droit, protéger ceux qui sont de bonne foi, frapper ceux qui agissent par malice ou par dol, poursuivre la fraude et même la pensée frauduleuse. Il faut voir jusqu'à quel point le droit peut accueillir cette recherche d'intentions, cet examen purement subjectif des situations.

A un autre point de vue encore, la règle morale pénètre dans le monde juridique : c'est quand elle cherche à s'incarner dans une règle obligatoire de conduite et demande le secours du bras séculier. Le devoir de ne pas nuire injustement à autrui est-il le fondement du principe de la responsabilité civile ; le devoir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, la source de l'action d'enrichissement sans cause ; le devoir de prêter assistance au prochain peut-il espérer arriver à la consécration légale ? On ne peut poser ces questions sans soulever les plus graves problèmes sur le fondement et l'étendue des obligations extracontractuelles, et c'est peut-être pour ne pas les avoir posées que tant d'obscurité demeure dans ces difficiles questions.

Enfin, quand la règle morale n'arrive pas à prendre

figure juridique, nous la voyons parfois errer aux frontières du droit, demander qu'on la considère au moins sous la forme décolorée d'une obligation naturelle, et ce n'est pas un des aspects les moins curieux de la vie juridique que celui de ces fantômes d'obligations non obligatoires dont les esprits trop logiques s'accommodent mal.

Voilà les principaux aspects sous lesquels nous voudrions essayer de saisir les rapports du droit et de la morale.

4. — Tant que dans la société politique, il a été admis qu'il y avait une morale officielle, il n'a point paru étonnant que les juges fussent chargés de la faire respecter. Bien plutôt fallait-il modérer leur zèle et leur rappeler, comme le faisaient constamment les anciens jurisconsultes, et encore Pothier, la distinction nécessaire du for intérieur et du for extérieur. Mais du jour où les libertés de religion et d'opinion ont été considérées comme des aspects de la liberté civile et que l'on a cru pouvoir en déduire la neutralité complète des pouvoirs publics en matière de religion et de morale, il a bien fallu enseigner que la société civile doit avoir un droit neutre, respectable pour tous les sujets, parce qu'il ne viole la liberté de conscience d'aucun d'eux. Les juristes se sont alors ingéniés à tracer la ligne séparative du droit et de la morale et à la hérisser de telles défenses que la tyrannie ne pût prendre pour prétexte le respect de la vertu.

Ils n'ont pas vu tout ce qu'ils y perdaient. Le droit ne saurait dans la rigidité de ses formules et la généralité de ses règles abstraites donner à l'activité humaine une règle de conduite qui soit souple tout en restant ferme. Les tribunaux savent bien que l'appel à la loi morale peut leur servir à renforcer, atténuer ou affiner la règle juridique.

Et voici maintenant que, dans cette période d'après guerre où la reconstitution nécessaire d'un monde détruit

exige tant d'application et de dévouement, des ardeurs impatientes de produire ou de jouir supportent aussi mal la contrainte juridique que l'observation stricte de la morale. Habiles dans l'emploi des formes techniques, les hommes savent les utiliser pour leurs desseins et se donner l'apparence d'exercer une activité irréprochable. Le législateur et le juge sont bien alors obligés de demander à la vieille loi morale la condamnation de ces hommes sans scrupule et la justification des mesures qu'ils prendront contre eux.

Il y a bien longtemps que l'on gémit sur la vanité des lois sans les mœurs, mais il faudrait gémir aussi sur la vanité de la règle morale que la loi ne fait pas respecter. Toutes les fois que la règle morale arrive à se faire reconnaître par le législateur ou par le juge, elle devient règle juridique grâce à la sanction qu'ils lui accordent et elle fait régner dans la société politique l'ordre le plus propre à assurer le perfectionnement moral de l'humanité.

On ne saurait pourtant oublier que la distinction traditionnelle du droit et de la morale s'est affirmée comme une des conditions de la liberté politique, que le péril d'une confusion persiste, que toutes les tyrannies ont toujours prétendu faire régner la vertu. Le problème est donc d'assurer l'épanouissement des idées morales, parce que la véritable civilisation consiste à rendre la société plus parfaite par l'homme meilleur, et en même temps de respecter la liberté humaine en arrêtant l'autorité civile devant le respect des consciences et en ne demandant pas compte aux hommes des raisons qui leur dictent l'obéissance à la loi.

C'est dans la théorie de l'obligation où ce problème se trouve le plus clairement posé, parce que dans ce rapport juridique très simple qui peut n'intéresser que deux personnes, on saisit la loi morale du devoir en présence de l'organisation juridique du droit. Mais, avant d'aborder ce

problème, il n'est peut-être pas inutile de préciser les idées générales sur l'élaboration du droit qui permettent de le résoudre.

5. — La théorie française classique est que le droit et la morale n'ont pas le même domaine. Il faut dans le cercle juridique qui, suivant le mot bien souvent cité de Bentham, a le même centre que le cercle moral, ne retenir que les devoirs de l'homme envers son prochain, en négligeant ses devoirs envers Dieu et ses devoirs envers lui-même, et encore sous-distinguer dans les devoirs altruistes entre les devoirs de justice et les devoirs de charité, de telle sorte que le droit n'aurait d'autre domaine que la réglementation des devoirs de justice enseignés par la morale [1].

Cette délimitation du domaine juridique peut être une bonne formule d'organisation politique libérale, mais elle est rationnellement indéfendable. Il n'y a aucune raison pour que le droit ne sanctionne pas les devoirs de l'homme envers Dieu ou envers lui-même, et bien souvent le législateur l'a fait. C'est aussi une conception étroite que de limiter la sanction juridique à la seule observation des devoirs de justice et de laisser en dehors de l'organisation politique la détermination des devoirs d'assistance.

D'ailleurs, admettrait-on cette formule, il resterait encore à marquer la limite envers les devoirs de justice et les devoirs de charité, et à choisir parmi les devoirs de justice ceux dont on veut assurer l'observation par la sanction légale ; ce ne serait pas là un problème facile à résoudre.

On n'est pas beaucoup plus avancé quand, renonçant à distinguer par leur étendue les domaines du droit et de la

(1) CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., n° 3 ; — A. COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, 8e édit., t. I, n° 2 ; — BONNECASE, *La notion de droit en France au XIXe siècle*, 1919, nos 4 et suiv.

morale, on essaie de les caractériser par le but des règles, le droit se proposant l'ordre et ne s'occupant que des actions, la morale s'occupant des intentions et se proposant le perfectionnement interne individuel.

La morale fait, elle aussi, des différences entre l'action et l'intention, et, si son observation rend l'homme meilleur, cette amélioration a pour résultat immédiat d'assurer un meilleur ordre social. Si le droit s'occupe des actions, il n'est pas indifférent aux intentions et il serait singulièrement paradoxal de dire qu'il a pour mission la protection des corps et non celle des âmes ; s'il se désintéresse de l'amélioration morale de l'individu, il ne joue plus son rôle dans la société.

6. — Il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but; il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une idée morale. Mais il y a une différence de caractère. La règle morale devient règle juridique « grâce à une injonction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre » [1]. Elle s'incarne et se précise par l'élaboration technique de la règle juridique. Quand cette règle a été ainsi donnée et sanctionnée par le législateur, elle se sépare de la règle morale qui lui sert de fondement, en ce sens que le droit, s'identifiant avec l'ordre juridique établi, se suffit à lui-même ; il édicte la règle et porte la sanction ; il se contente de l'obéissance à la loi sans demander compte des motifs de cette obéissance [2].

Cette distinction du droit et de la morale est la condition même de la liberté politique. Elle permet de dépouiller

(1) Gény, *Science et technique*, t. II, p. 361.

(2) Comp. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 vol., 1921-1922 ; — Réglade, *Essai sur le fondement du droit* (*Archives de philosophie du droit*, 1933, nos 3-4) ; — Gény, *La laïcité du droit naturel*, *ibid.*, 1933, nos 3-4.

l'autorité de son caractère sacré sans autoriser les sujets à la méconnaître. Elle permet à tous l'obéissance à la règle de droit sans courber les esprits devant la conception religieuse ou morale qui a dicté la règle, puisqu'en pliant ses actes à la règle commune, chacun est libre de refuser dans son âme l'assentiment secret à la loi qu'il observe. Elle supprime l'insoluble problème de la justice dans l'ordre juridique positif en identifiant le droit positif et la justice [1].

Mais, quand on affirme ainsi la plénitude de l'ordre juridique positif, il faut se garder de penser que cet ordre soit capable de se suffire à lui-même et que les lois civiles puissent trouver leur fondement dans l'autorité publique et leur fin dans le règne de la paix sociale. C'est une vue superficielle des choses que de croire à la plénitude de l'ordre juridique positif alors qu'il n'a d'autres raisons à donner de sa valeur que son existence même.

Si le droit n'est autre chose que la collection des règles de conduite, il apparaît comme l'œuvre arbitraire des gouvernants ou le produit naturel de l'état social existant. A qui réfléchit sur les rapports du droit et de la morale se pose de nouveau, et avec plus de force après la séparation nécessaire, la question de savoir si le droit peut, coupé de sa racine, vivre par la seule force de sa technique, ou si, au contraire, il ne peut se développer que par une montée continue de la sève morale.

II

7. La solution du problème dans la doctrine du droit naturel. — 8. Le droit naturel dans la doctrine française du XIXe siècle. — 9. Abandon de la doctrine classique et défense d'un droit naturel à contenu variable. — 10. La tentative de M. Gény en faveur de l'irré-

(1) Comp. notre étude : *Droit naturel et positivisme juridique*, sur l'ouvrage de M. Gény (*Annales de la Faculté d'Aix*, 1918, no 30). Cette étude n'ayant pas paru en librairie, nous croyons pouvoir en reproduire ici certains passages.

ductible droit naturel. — 11. Le droit naturel et l'école sociologique : Duguit et Hauriou. — 12. Du problème posé par l'abandon de la doctrine du droit naturel.

7. — Pendant longtemps l'idéalisme juridique a trouvé son expression dans la doctrine du *droit naturel*. Elle est née à l'heure où le droit s'est séparé de la théologie morale et a voulu s'affirmer contre la tyrannie des princes [1]. Il fallait une doctrine qui, ne demandant rien à Dieu, ne céda pourtant rien aux hommes. La raison découvrit ce droit dans la nature. L'expression sans doute est ancienne et les théologiens en ont usé sans abaisser la valeur de la raison humaine. Quand saint-Thomas parle du *jus naturale*, il ne nie pas que l'homme ne puisse par ses seules lumières de raisonnement découvrir les lois qui conviennent le mieux à la nature humaine [2], mais c'est que cette nature et cette raison ont été également formées par Dieu, et la morale thomiste ne saurait séparer l'idéal juridique de l'idéal religieux. Grotius a *laïcisé* le droit naturel [3] et par là créé l'école, car l'idée du droit naturel n'a sa valeur propre que si elle s'appuie sur la seule raison humaine [4].

Sans doute, dans l'œuvre de Grotius, la règle « suggérée par la droite raison » permet de qualifier une action d'injuste ou morale « suivant sa conformité à la nature rationnelle » et « Dieu qui est l'auteur de la nature, défend l'un et commande l'autre » (liv. I, chap. I, § 10), mais cet ordre de Dieu, c'est la raison qui le conçoit, « la raison éternelle divinement allumée dans nos âmes », dira

(1) Korkounov, *Théorie générale du droit*, p. 130. — Comp. Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 2e éd., p. 96.

(2) Voir les exemples cités par Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, éd. 1911, p. 361 et *Saint Thomas et la famille*, Louvain, 1923. — Aj. Alice Piot, *Réalisme et droit naturel*, thèse Paris, 1930 ; — Suzanne Michel, *La notion thomiste du bien commun*, thèse Nancy, 1931 ; — Abbé Leclercq, *Leçons de droit naturel*, 1927.

(3) Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 14.

(4) Comp. Gény, *La laïcité du droit naturel* (*Archives de philosophie du droit*, 1933, nos 3 4) ; — Le Fur, *La théorie du droit naturel*, p. 39.

Leibniz. Puffendorf marque très nettement la séparation de la théologie qui s'adresse au croyant et du droit qui s'adresse à l'homme. Avec lui les juristes protestants, Barbeyrac, Burlamaqui, vont être les docteurs du droit naturel [1].

Il faudrait ici marquer les apports successifs dont s'enrichit la doctrine : l'idée rationaliste avec Descartes, la conception des droits individuels avec Locke, la notion de l'ordre naturel avec les physiocrates, le magnifique développement donné par Rousseau à la vieille idée du contrat social, la passion antireligieuse des philosophes de l'Encyclopédie. Tout cela se réunit au XVIIIe siècle, et pas un des philosophes politiques n'a échappé à l'empire de ces idées. Le plus averti d'entre eux sur la formation et l'évolution des lois, Montesquieu, se vante de n'avoir point tiré ses principes des préjugés, « mais de la nature des choses », et ne voit dans les lois politiques et civiles de chaque nation « que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine » [2].

Ainsi le XVIIIe siècle a vécu dans cette croyance à l'ordre naturel dont la raison nous fait connaître les lois. Le jour où les assemblées révolutionnaires voudront légiférer, Cambacérès essayera dans son premier projet de Code civil de donner l'expression de ces lois naturelles, et quand l'homme se sera affranchi du culte dû à la divinité, il célébrera la fête de la déesse Raison, reconnaissant ainsi malgré lui que cette Raison n'est pas une pure faculté de l'âme, mais une force supérieure devant laquelle on doit s'incliner.

8. — Le Code civil ne porte aucune trace de ces idées philosophiques. Juristes d'un sens pratique supérieur, ses

(1) Il me paraît certain que l'influence du protestantisme a été grande dans la formation de la doctrine.
(2) *Esprit des Lois*, I, III.

rédacteurs ont fait disparaître le premier article du projet de titre préliminaire qui déclarait solennellement l'existence du droit naturel [1]. Mais ce n'était certes pas par mépris de la doctrine. Tous en l'an XII croyaient au droit naturel [2].

On y a cru longtemps ; certains y croient encore. Pendant tout le cours du XIXe siècle la doctrine s'affirme à la tribune parlementaire et au barreau, dans les mercuriales des magistrats, dans les discours officiels [3]. En 1848, l'Académie des Sciences morales la fait exposer comme doctrine d'Etat [4].

Les traités de philosophie du droit ou d'encyclopédie juridique, qui furent relativement nombreux, sont tous plus ou moins inspirés de cette idée : Lerminier, Jouffroy, Belime, Ahrens, Oudot, et plus près de nous Charles Beudant, Alfred Jourdan, Glasson, Boistel, Rothe, de Vareilles-Sommières [5].

Ce n'est pas seulement le culte de la tradition qui maintient la doctrine. Elle a reçu au siècle dernier une forme nouvelle. Tout d'abord elle est devenue la doctrine

(1) « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes ».

(2) Bonnecase, *La Thémis*, 2e édit., p. 69 et *La notion de droit en France au XIXe siècle*, n° 13, p. 48.

(3) Voir une liste de ces discours dans Bonnecase, *La notion du droit*, p. 54, note 1.

(4) Le général Cavaignac fit appel à l'Académie pour la publication d'une série de traités rappelant les principes du droit naturel. Le premier fut celui de Cousin, *Justice et charité* ; le plus célèbre, celui de Thiers, *La Propriété*, tiré à un si grand nombre d'exemplaires que l'on trouve aujourd'hui ce volume dans toutes les vieilles bibliothèques.

(5) Lerminier, *Philosophie du droit*, 1831, 3e édit., 1853 ; — Jouffroy, *Cours de droit naturel*, 1833, 5e édit., 1876 ; — Belime, *Philosophie du droit*, 1843, 4e édit., 1881 ; — Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit*, 1846 ; — A. Jourdan, *Le droit français*, 1875 ; — Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 2e édit., 1891, 3e édit., 1920 ; — Glasson, *Eléments de droit français*, 1875, 2e édit., 2 vol., 1880 ; — Boistel, *Cours de philosophie du droit*, 2 vol., 1899 ; — Rothe, *Traité de droit naturel*, 4 vol., 1885-1904 ; — De Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, 1889. Ces trois derniers auteurs exposent d'ailleurs plutôt la doctrine catholique.

préférée d'une société dominée par l'individualisme libéral et attachée aux principes de la Révolution. Puis elle s'est fortifiée de toute l'influence du Kantisme, et l'école de Kant, c'est en Allemagne l'école du droit naturel. Il est possible que le Kantisme ait introduit dans la doctrine un germe de destruction en enlevant à la raison son caractère de transcendance [1], mais on ne s'en est pas aperçu tout de suite et la règle de conduite qu'il donne à l'homme convient merveilleusement à une philosophie officielle du devoir [2].

Tout cela sans doute est mélangé à dose plus ou moins forte d'une vague religiosité. Déisme et droit naturel deviennent une sorte de doctrine officielle et laïque, composée, suivant le mot de Faguet, d'athéisme en formation et de christianisme en décomposition [3].

Pour des juristes quelle position commode et sûre ! Ils n'ont qu'à écouter la raison qui juge les lois humaines, guide leur interprétation, supplée à leurs lacunes. Si le droit positif ne contient aucune règle, on fait appel au droit naturel, et si la règle légale est contraire aux principes de ce droit, elle n'a qu'à disparaître, car la justice la condamne [4].

Les civilistes vont tous s'inspirer de cette idée. Demolombe voit dans les lois positives la consécration des grandes règles d'humanité et de sociabilité [5]. Demante proclame l'universalité de ces règles [6]. Boistel écrit tout

(1) Dumesnil, *Réflexions pendant le combat ; la perversité de la philosophie allemande*, 1917.

(2) Comp. Levy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. I. La définition du droit*, p. 158.

(3) Faguet, *Politiques et moralistes au XIXe siècle*, édit., 1898, p. 277.

(4) L'école de l'exégèse admet d'ailleurs volontiers que la loi civile représente le droit naturel. On a dénoncé son caractère étatiste. V. Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2e éd., 1924, p. 148, etc.

(5) Demolombe, t. I, n° 8.

(6) Demante, *Introduction*, n° 14.

un traité pour classer les institutions juridiques et les juger d'après leur conformité au droit naturel[1]. Ch. Beudant, dans un admirable petit livre, fait de l'étude du droit naturel la préface à l'étude du droit positif[2].

Ne prenons même pas la peine de remonter si loin dans le passé. Il n'est besoin que d'ouvrir les traités de droit civil qui sont à l'heure actuelle les ouvrages classiques. Planiol enseigne « que si le droit naturel est réduit dans son objet, il est supérieur dans sa position », parce qu'il est « la règle suprême de la législation », et que, si le législateur s'en écarte, « il fait une loi injuste et mauvaise »[3]. MM. Ambroise Colin et Capitant déclarent qu'ils sont « loin de ressentir à l'égard du droit naturel le dédain avec lequel on l'a traité trop souvent »[4].

9. — Ceux qui pour des raisons diverses lancent ces appels désespérés au droit naturel ne sont que des idéalistes s'efforçant de croire encore à un dogme qui ne renaîtra pas. Tant que l'on n'avait pas essayé de réaliser les principes de ce droit naturel, ou dans le premier enthousiasme de la réalisation tentée, on pouvait croire à la supériorité des lois positives dictées par la raison. Qui douterait aujourd'hui que cette prétendue raison, c'était tout simplement la conception qu'un peuple et une époque se firent de la société humaine ?[5].

Si l'école historique n'a pas eu en France dans les sciences juridiques une bien grande influence[6], l'esprit qu'elle a créé a pénétré ces sciences comme les autres.

(1) Boistel, *Cours de philosophie du droit*, 2 vol., 1899.
(2) Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 2e édit., 1891, 3e édit., 1920.
(3) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 12e édit., t. I, no 6.
(4) A. Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, 7e édit., t. I, no 3.
(5) Comp. Gurvitch, *Doit naturel ou droit positif intuitif* (*Archives de philosophie du droit*, 1934, nos 3-4).
(6) Sur l'influence de l'école historique en France, voir Bonnecase, *La Thémis et son fondateur Athanase Jourdan*, 2e édit., 1914.

Il a définitivement ruiné la croyance à un droit naturel universel et immuable. Encore qu'il y ait dans la conception de la création spontanée du droit par l'opinion une sorte de croyance à un ordre naturel, l'idée d'évolution suffit à détruire cet ordre dans lequel la raison dicterait les lois morales.

Nul des juristes contemporains ne peut se flatter d'avoir échappé à cette influence de l'école historique. Tous se sont trop copieusement nourris de la science allemande pour ne pas avoir perdu à ce contact cette claire vision de l'ordre naturel des choses que le rationalisme français avait eue.

N'est-ce pas en Allemagne d'ailleurs qu'a été tentée cette sorte de réconciliation entre l'idée du droit naturel et l'idée d'évolution dans cette conception du droit juste de Stammler [1], dont « la forme unitaire et de valeur générale » s'applique « à une matière contingente et molle et sans cesse changeante, formée par les doctrines historiques et empiriques de la vie sociale » [2]. Saleilles, enthousiaste de toute doctrine nouvelle, lui empruntera la formule de « droit naturel à contenu variable » [3], et, facilement satisfait, Charmont y saluera « la renaissance du droit naturel » [4].

Une renaissance ! En réalité, une telle contradiction dans les mots et dans la pensée que seul un philosophe

(1) Sur la théorie de Stammler, voir Gény, *Science et technique*, t. III, nos 98 et suiv., pp. 127 et suiv.

(2) Gény, *op. et loc. cit.*, no 112, p. 182.

(3) Saleilles, *Ecole historique et droit naturel* (*Revue trimestrielle*, 1912, p. 80). — Comp. Gaudemet, *Revue bourguignonne*, 1912, p. 211 et suiv. ; — *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, 1914.

(4) Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910. — Comp. Platon, *Pour le droit naturel*, 1915 ; — Josserand, *La force et le droit*, 1916 ; — Polier, *Pour la défense de notre idéalisme juridique*, 1918 ; — Bonnecase, *La notion de droit en France au XIXe siècle*, 1919 ; — Le Fur, *Le fondement du droit*, 1925 ; — *Le droit naturel*, 1925 ; — *Essai d'une définition synthétique du droit. Bull. de lég. comparée*, 1930, p. 291 ; — *La théorie du droit naturel depuis le XVIIIe siècle et la doctrine moderne* (*Rec. des cours de l'Académie de La Haye*, 1928).

allemand peut l'avoir conçue. Nous cherchons dans un droit idéal une règle de direction et une justification de l'obéissance et voici que ce droit prend une telle plasticité qu'il épouse les règles de droit au lieu de les dominer et identifie ce qui est avec ce qui doit être. « Quelle dérision et quel aveu d'impuissance, dit M. Hauriou, un idéal variable et par conséquent relatif alors que par définition un idéal doit être absolu... l'état d'esprit évolutionniste a porté un coup mortel à la doctrine du droit naturel » [1]. Ce droit juste dont la matière est variable ne laisse à l'esprit, suivant le mot de M. Gény, qu'une immense déception [2].

10. — Mais le maître éminent qui a porté cette condamnation n'a pas voulu laisser tomber la doctrine que l'on avait déformée. Il l'a redressée et a essayé de lui donner un principe nouveau de vie. Un droit naturel « irréductible » dominera l'élaboration scientifique du droit positif [3]. Une épithète inédite, l'appareil scientifique de la présentation, l'appel à une philosophie nouvelle pour le justifier, la science profonde et la grande autorité de l'auteur, tout cela n'a pu redonner au droit naturel la vie qui l'a fui. En vain, pour mieux le défendre, M. Gény le « minimise » : il le réduit à l'idée élémentaire de justice et il essaie d'analyser le juste objectif ; mais il reconnaît lui-même que la notion perd à l'analyse

(1) Hauriou, *Le droit naturel et l'Allemagne* (*Le Correspondant*, 1918, p. 913).

(2) Gény, *Science et technique*, t. II, n° 113, p. 183.

(3) Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. II ; *L'irréductible droit naturel*, 1915 et t. IV, 1924, p. 213-265. — Voir aussi *Les procédés d'élaboration du droit civil*, 1910 (leçon faite au collège libre aux Sciences sociales) ; *La laïcité du droit naturel, Archives de philosophie du droit*, 1933, nos 3-4. — On comparera utilement aux conclusions de M. Gény celles très semblables de M. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 1924 ; *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925 ; — l'étude de M. Louis Lucas, *Le droit naturel. Réforme sociale*, 1925, p. 78 ; — et celle de M. Le Fur, *Le fondement du droit*, 1925. — Voyez aussi Del Vecchio, *La giustizia*, 2e éd., Bologne, 1924.

« sa fermeté primordiale », que, la raison croyant la saisir, elle « se dilue et s'estompe »[1]. Il faut donc essayer de chercher au second plan les principes qui dérivent de l'idée de justice ; mais alors les institutions juridiques se pressent en foule, prétendant toutes représenter cette idée !

D'ailleurs, s'il s'agit de les juger, il faut commencer par prendre une pleine conscience de l'idée de justice. Ce n'est pas l'infirme raison humaine qui pourra nous la donner. Il faudra demander à l'intuition de nous suggérer les fins désirables pour conduire l'intelligence. Cette intuition, pour ne pas en faire une simple croyance individuelle, il faut montrer qu'elle a, dans toutes les religions et toutes les philosophies, perçu un fonds commun d'idées et de règles. Le droit naturel n'est plus qu'une collection d'institutions humaines, qui participent à toutes les infirmités de la nature. Sans doute, M. Gény ne cache pas qu'il a sur le monde et la vie des croyances personnelles qui seules peuvent donner le dernier mot du problème, mais, pour attirer à son droit naturel un grand nombre de partisans, il n'a pas imposé l'acte de foi et le bergsonisme lui a paru un meilleur soutien[2].

11. — Non moins curieuses sont les tentatives faites par les juristes qui peuvent se rattacher à l'école sociologique pour échapper à une doctrine qui fait de la morale et du droit de simples faits sociaux, éléments de la science naturelle des sociétés humaines[3]. Duguit, pour établir

(1) Gény, *op. cit.*, t. II, p. 395 et 396.

(2) On lira avec intérêt sur la conception de M. Gény la thèse de Mlle Alice Piot, *Droit naturel et réalisme juridique* (Paris, 1930), nos 17 et s., p. 74 et s. Elle relève « l'insuffisance originelle » de cette théorie et déclare qu'elle n'a pu trouver à l'origine du donné rationnel quelque chose qui soit positivement donné. Voy. aussi sa critique de la théorie de M. Le Fur (p. 103 et s.).

(3) « La méthode scientifique, dit Em. Lévy, consiste à mettre les institutions à la base des principes » (*L'affirmation du droit collectif*, 1903, p. 24).

la règle de droit sur les conclusions de Durkheim, a produit une œuvre d'une force et d'une subtilité admirables. Mais il ne saurait échapper à cette contradiction foncière et irrémédiable qui consiste à vouloir tirer la règle de l'observation des faits, passant ainsi « de l'indicatif à l'impératif », concluant de ce qui est à ce qui doit être, soit par une persistance obscure de l'idée de droit naturel [1], soit par le désir d'échapper à tout prix à un positivisme juridique qui laisserait l'autorité sans limites. Il a su affirmer dans une œuvre considérable qu'il avait établi scientifiquement l'existence de la règle de droit. Cette affirmation lui a valu de nombreux disciples, heureux de ne pas être obligés de sacrifier leur idéalisme aux exigences de la science moderne.

Malgré l'opposition des idées et des méthodes, Hauriou n'a-t-il pas été inspiré par la même pensée quand il a essayé de retrouver le droit naturel par la méthode sociologique [2]. Il y a une espèce humaine, écrit-il, et par conséquent une loi de l'espèce. L'espèce de l'*homo sapiens* se caractérise par la moralité, l'homme cherchant une règle de conduite extérieure pour corriger le défaut d'équilibre entre son intelligence et son instinct. Mais cette adaptation est imparfaite, d'où les contradictions des mœurs qui ne prouvent rien contre l'idéal de justice. Il y a une fixité de la loi morale qui doit se retrouver dans toutes les civilisations supérieures.

Si ce droit idéal est tout simplement le droit de l'espèce fondé sur l'idée de conservation ou de supériorité de

(1) Sur les théories de Duguit envisagées comme une manifestation de l'idée du droit naturel, voy. Gény, *op. cit.*, t. II, nos 115 et suiv., p. 191 et *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Duguit*, *Rev. trimestrielle*, 1923, p. 779, reproduit dans *Science et technique*, t. IV. — Voir aussi Davy, *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, 1922 ; — Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 1924.

(2) Hauriou, *Le droit naturel et l'Allemagne* (*Le Correspondant*, 1918, p. 913) ; — *L'ordre social, la justice et le droit* (*Rev. trimestrielle*, 1927, p. 396) ; — *Traité de droit constitutionnel*, 1923, p. 46.

l'espèce, en quoi est-il idéal ? Si l'espèce porte en elle cette aspiration idéale à une morale supérieure, où donc s'est allumé ce flambeau ?

12. — Cette tentative ne sera pas assurément la dernière. Chaque fois qu'une philosophie nouvelle attire les esprits en prétendant donner une explication inédite du monde, chaque fois qu'une découverte scientifique bouleverse nos notions acquises sur la force ou la vie, il se trouve un juriste qui essaie de fonder sur cette philosophie ou cette science nouvelle une nouvelle défense du droit naturel [1]. La doctrine dure ce que dure la mode. Ces tentatives sont toujours intéressantes et ingénieuses, elles ne représentent jamais que des aspirations vers un idéal qu'elles ne donnent aucun moyen d'atteindre.

Chaque nouvel échec de la défense scientifique du droit naturel emporte avec lui un peu de la force de l'idée. On a dénoncé l'horreur que les générations nouvelles professent pour l'ancienne doctrine. L'horreur, c'est beaucoup dire, tout au plus le mépris. Quand elles l'ont vu essayer de se rajeunir pour se survivre elles ont préféré la froide netteté de ce positivisme juridique qui identifie le droit et l'ordre juridique positif et elles n'ont admis le droit dans les sciences morales qu'en commençant par réduire la morale à l'observation des faits sociaux.

Privés de ce droit naturel qui depuis plusieurs siècles leur donnait une position commode, les juristes désemparés en ont été réduits à bâtir les règles juridiques sur les prétendues lois sociologiques [2]. Alors sont apparus, sinon des idées nouvelles, tout au moins des mots nouveaux : solidarité, équilibre, interdépendance, sécurité statique ou dynamique, stabilité, force créatrice ; et l'on

(1) Comp. Louis Lucas, *Le droit naturel* (*La Réforme sociale*, 1925).
(2) Comp. Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, 1911.

a gravement enseigné qu'il y avait un droit social, comme si le droit avait jamais pu ne pas être tel ! Tout cela déguise mal l'inquiétude de ces principes. La formule remplace l'idée et l'on croit aux formules, parce qu'on devient facilement superstitieux quand on a cessé d'être religieux.

Le problème est pourtant là que l'on ne saurait écarter. Pendant quelques siècles la théorie du droit naturel en a fourni une solution commode [1]. Cette théorie dédaignée, il importe de le résoudre. Comment la morale et le droit peuvent-ils coexister en ne s'ignorant pas ? Dans quelle mesure le droit doit-il sanctionner la morale et transformer ses préceptes en règles juridiques ?

III

13. Nécessité de fonder l'autorité sur une conception purement positive du droit. — **14.** Mais nécessité aussi de faire appel à la morale dans l'élaboration de l'ordre juridique positif. — **15.** Importance de la règle morale dans l'élaboration des lois et leur application par le juge. — **16.** Insuffisance de l'idée générale et vague de justice. — **17.** Valeur de la morale religieuse dans la réalisation du droit. — **18.** Importance de la lutte pour le triomphe de cette morale.

13. — Avant d'en appeler à la morale de l'insuffisance de la règle juridique, il faut avoir une claire notion de ce que nous allons lui demander. Le droit ne réclame qu'une seule chose, l'obéissance aux lois ; les raisons de l'obéissance restent le secret des âmes. L'autorité publique assure la sanction ; elle ne demande pas compte des motifs de la soumission.

(1) « Tout est à essayer, écrit THALLER en parlant du droit naturel, plutôt que cette sorte de léthargie ou de pétrification par l'incessante répétition des mêmes choses sans explication vraiment humaine et sociale » ; et ailleurs : « Ce recours au droit naturel n'est souvent qu'une échappatoire pour n'avoir pas à connaître les exacts rapports des lois avec les hommes » (Avant-propos de *L'Œuvre juridique de R. Saleilles*, p. 22 et 23).

Evidemment, le positivisme juridique ne peut nous donner complète satisfaction, puisqu'il n'explique pas le respect de la règle de droit par le sentiment même du droit, mais, pour prendre une plus claire conscience du fondement du droit, il faut pénétrer dans un monde moral où la discussion scientifique n'est plus de mise.

Dans le domaine supérieur de la religion et de la morale où chaque homme cherche les raisons de sa soumission à l'autorité et de l'observation des lois, le juriste n'est pas admis. Que le sujet voie avec Saint-Paul dans toute autorité un pouvoir de Dieu, qu'il juge le gouvernement de la société imposé par l'ordre naturel des choses ou l'évolution des mœurs, qu'il cherche dans sa raison l'impératif catégorique, ou qu'il se courbe devant le déterminisme rigoureux des faits, qu'il exalte sa personnalité ou qu'il ne se considère que comme une cellule du corps social, il est, au point de vue de la société politique, à la fois libre de choisir sa philosophie et impuissant à braver les lois.

En cantonnant étroitement l'autorité civile dans le domaine juridique, on laisse à l'âme humaine toute sa liberté dans le domaine des idées morales. Le gouvernant qui cède à la tentation d'expliquer le désir d'obéissance est obligé de forger une figure de la justice qui est trop humaine, et, comme il identifie la justice et l'ordre juridique établi, il s'expose à la critique de Pascal sur l'identité de la justice et de la force.

Si pendant longtemps l'unité de la foi a permis de vivifier le droit par l'idée religieuse, si, après la disparition de cette unité, on a continué à croire que la raison humaine impose des règles de droit naturel universelles et immuables, en notre siècle de pensée libre on ne peut faire état d'une unanimité de croyance. Dès lors la condition de la liberté politique et civile est la séparation de l'ordre juridique et de la conception religieuse ou morale du monde afin que chaque sujet de droit puisse obéir à la

règle sans engager sa conscience. Les gouvernants doivent faire respecter la règle qu'ils ont portée ; ils affirment leur souveraineté en exerçant leur autorité ; la règle juridique se soutient par sa seule force ; il n'y a pas à se demander si elle est conforme au droit naturel ou à la morale.

14. — Si nous prenons maintenant l'élaboration de l'ordre juridique positif, les choses changent et la séparation absolue du droit et de la morale est impossible à réaliser. La société humaine connaît des règles de direction morale respectées par la majorité de ses membres, encore qu'elles soient niées par quelques-uns et enfreintes par beaucoup. Ces règles morales le législateur et le juge peuvent ou les rendre obligatoires par la sanction civile ou les ignorer et même les combattre. Quelle conduite vont-ils tenir ?

C'est ici qu'apparaît la radicale impuissance du positivisme juridique. Sans doute il n'est pas besoin de prendre parti pour ou contre la règle morale dans l'élaboration de certaines règles d'organisation juridique, mais dès que l'on arrive aux institutions et aux principes, on ne peut l'éviter, quelques efforts que l'on fasse pour dissimuler le caractère moral de la règle.

Et pourtant beaucoup de juristes ne veulent pas que la question soit posée. L'amoralisme est pour eux doctrine officielle. Le droit n'est plus alors que de la technique. Je ne songe pas à nier l'importance de la technique juridique, mais un de ceux qui l'ont étudiée avec le plus de soin, M. Gény, a été lui-même étonné qu'on ne lui reprochât point de s'être contenté d'une méthode d'interprétation là où il fallait chercher une ligne de conduite. Plus sévère pour lui-même que les autres ne l'avaient été, il a repris l'étude qu'il estimait incomplète [1]. Beaucoup

(1) GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., 1914-1925.

n'ont pas le même courage et, prenant le moyen pour la fin, nourrissent uniquement le droit de constructions juridiques.

Est-il même possible de séparer la construction juridique des conceptions historiques, rationnelles, idéales qui la conditionneraient? M. Gény, recherchant les rapports de la science et de la technique dans le droit privé, a présenté cette distinction du *donné* et du *construit*. Elle paraît bien artificielle, car le donné n'a pas d'existence réelle qui soit extérieure à l'esprit du constructeur. Le législateur ou le juge a une certaine conception de la morale, conception personnelle ou imposée, et il traduit dans ses lois et ses jugements cette conception. C'est en ce sens que la morale est un facteur du droit.

15. — Le législateur, parce qu'il représente l'autorité, s'efforce de faire triompher sa volonté. Mais cette volonté du gouvernant est conditionnée par toutes les forces qui sont en action dans la société humaine, et c'est faire une analyse bien incomplète que de ne pas tenir compte des forces morales. Ceux qui, par conviction religieuse, ou par tradition, ou par raison, respectent certaines règles morales et les considèrent comme obligatoires pour eux et pour les autres, représentent par la communauté et la force de leur pensée une puissance que le législateur ne peut pas négliger. Cette puissance défend ou combat l'ordre juridique établi. La contrainte politique a beau monopoliser à son profit la force de la sanction légale, la lutte continue pour rejeter, amoindrir ou déformer la règle qui a été portée.

Aussi l'habileté du gouvernant consiste-t-elle à utiliser à son profit cette force morale, de même qu'il utilise les forces intellectuelles ou économiques. Si une loi correspond à l'idéal moral, l'observation en sera facilement assurée; le respect de la loi s'appuyera sur l'exécution

volontaire et joyeuse du devoir ; la sanction sera efficace parce qu'elle frappera des membres de la société reconnus rebelles au devoir. Si au contraire, la loi heurte l'idéal moral de la société, elle ne sera qu'imparfaitement obéie jusqu'au jour où, malgré son application difficile, elle réussira à déformer l'idéal moral et apparaîtra elle-même comme la traduction d'un autre idéal.

Ce n'est pas seulement dans l'élaboration de la règle de droit que la morale intervient, mais aussi dans l'application et l'interprétation de la règle. Le juge est le législateur des cas particuliers. Il a, lui aussi, un rôle de gouvernant vis-à-vis des plaideurs qui viennent devant lui. Le pouvoir politique asservit son jugement à la loi, parce que la mesure générale a sur l'ordre particulier l'avantage de permettre l'action régulière et d'éviter l'arbitraire. Mais, quand la loi est muette, obscure ou insuffisante, le juge est souverain pour dire le droit. Plus on défend le pouvoir du juge et l'autorité de la jurisprudence, plus on élève la puissance intellectuelle contre la puissance politique. Le juge écoutant les voix diverses qui vont lui dicter la sentence est sensible avant tout à la considération de la loi morale. Il a la conviction qu'il doit faire régner la justice ; il est moins frappé par l'utilité commune que par l'équité. Souvent même, lorsque le législateur aura oublié ou méconnu que l'application de la règle juridique peut dans certains cas aboutir à la violation de la morale, le juge imposera le respect de cette loi contre la règle de droit.

Ainsi la morale est un facteur essentiel du droit. Ce n'est pas seulement un élément du donné sur lequel le juriste doit construire ; c'est une force vive qui dirige la construction et qui est capable de la faire tomber. Tant de lois sont restées lettre morte pour ne pas avoir rencontré l'assentiment de ceux qu'elles devaient régir !

16. — On ne saurait d'ailleurs se contenter de dire pour donner satisfaction à l'idéal moral que le droit doit faire régner la justice [1]. D'une part, cette idée de justice est trop vague pour fournir des préceptes de conduite assurés, et l'on est trop aisément tenté de tenir pour justes les règles établies. D'autre part, il y a très certainement des règles de notre droit privé qui ne sont pas dictées par l'idée de justice, ne serait-ce par exemple que les règles sur la prescription et sur la preuve. A moins de dire que toute l'économie repose sur des postulats moraux [2], on est bien obligé de reconnaître que le législateur sacrifie parfois l'idée morale aux nécessités de la paix sociale.

La justice, a dit Pascal, n'est pas aisément reconnaissable. Il est tentant de déclarer que Platon, Aristote, Saint-Thomas, Grotius, Kant sont des prêtres de la même idée. De cet amalgame de doctrines et de croyances on ne peut tirer aucune règle de conduite. Il n'y a dans le monde ni unité de doctrine, ni communauté de pensée. Si pendant longtemps, même après la disparition de l'unité de foi, on a pu maintenir l'idée du droit naturel, c'est qu'elle restait profondément chrétienne malgré sa laïcisation récente. Mais, à l'heure actuelle et pour un pays déterminé, la dispute est constante sur les positions de la croyance et les règles de la morale.

Quand on ramène l'irréductible droit naturel à l'idée de justice, quel secours peut-on attendre pour l'élaboration du droit positif d'une idée aussi vague ? Nous avons cessé de croire qu'en tous lieux la nature nous donne la même représentation de l'idée de justice. Nous ne constatons jamais que des formes changeantes du droit et de

(1) Comp. Del Vecchio, *Essai sur les principes généraux du droit, Revue critique,* 1925, p. 27; — E.-H. Perreau, *Conflit du droit naturel et de la justice, Revue générale*, 1925, p. 27.

(2) Comp. Gény, *Science et technique*, II, n° 71, p. 20. « En définitive le juste contient dans ses flancs l'utile ».

la justice, et c'est justement pour cela que chacun de nous, essayant de réaliser l'idéal auquel il croit, lutte pour que la règle de droit soit conforme à cet idéal.

17. — « Pour obtenir de façon décisive avec une plénitude assurée et une fermeté convaincante le principe des normes directrices de l'activité morale et juridique, il faut avoir pris parti sur la conception générale de l'univers, sur l'essence et la nature de l'homme, sur le mystère de son origine et de son existence en ce monde, sur l'énigme de sa destinée » [1]. C'est ainsi que M. Gény fait une profession de foi, qu'il abandonne ensuite trop volontiers pour proposer une notion de la justice acceptable pour tous. Et Hauriou : « Il nous faut situer la loi morale hors de la société et hors de l'individu » [2].

Le juriste ne peut oublier que le droit doit s'appliquer à une société humaine fondée sur la morale chrétienne. Cette morale, par sa conception particulière des fins de l'homme en ce monde, impose une série de règles qui ne tendent pas seulement à assurer le respect du prochain, mais aussi à perfectionner l'âme. C'est un code très précis des devoirs de l'homme envers Dieu, envers les autres et envers lui-même. L'observation de ces règles morales ne triomphe qu'avec peine, tant elles heurtent les intérêts privés et l'égoïsme naturel de l'homme. La civilisation augmente dans la mesure où elles triomphent. Comment le droit pourrait-il se désintéresser de règles qui, comme les règles juridiques, gouvernent les rapports des hommes [3] ?

(1) Gény, *Science et technique*, II, n° 162, p. 354. Comp. t. III, n° 219, p. 84.

(2) Hauriou, *Le droit naturel et l'Allemagne* (*Le Correspondant*, 1918, pp. 913 et suiv.).

(3) Comp. les conclusions très voisines de Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, 1929 et de Cuche, *Conférences de philosophie du droit*, 1928 ; — Mais voyez la critique de Gény, *La laïcité du droit naturel, Archives de philosophie du droit*, 1933, nos 3 et 5.

Il ne saurait être question bien entendu d'imposer la règle juridique au nom de la morale religieuse ; ce serait une position inadmissible dans une société moderne qui tient à la liberté de pensée. Mais il y a des règles juridiques pour lesquelles il n'est d'autre justification que la règle morale qui leur sert de base, et cette règle morale elle-même ne se justifie que par une certaine conception religieuse du monde. Cela ne dispense pas de donner des raisons. Saint-Thomas cherche toujours à défendre l'application de la règle par des considérations rationnelles et historiques. Ces raisons peuvent entraîner des convictions, elles ne sont jamais absolument convaincantes par elles-mêmes. Qui décidera, par exemple, d'après les enseignements de l'histoire et des lumières de la raison, si le mariage doit être indissoluble ! Pour se prononcer, il faut en arriver à méditer sur la nature même du mariage et, seule, la croyance à sa nature sacramentelle peut dicter une solution décisive contre le divorce.

Quelles raisons donnera-t-on alors de la valeur de la règle du droit à ceux qui ne professent pas la morale inspiratrice de la loi, qui ne sont même pas spiritualistes ou qui maudissent avec Nietzsche la morale d'esclaves que le christianisme a fait régner dans le monde ? Nous n'avons pas à les convaincre tous. Si dure qu'elle soit, la loi est la loi pour qui veut vivre en société. Pour imposer la loi, il suffit d'être les plus forts. Que l'on n'entende pas ce mot dans le sens brutal de l'exercice arbitraire de la force politique. Etre les plus forts c'est savoir convaincre les sujets de droit que les règles imposées par une certaine conception religieuse ou morale du monde sont les meilleures qui puissent leur être données.

18. — Vainement les juristes inquiets des querelles philosophiques prétendraient rester neutres. S'ils étaient vraiment neutres, ils ne seraient que les admirateurs de

l'ordre juridique établi qu'ils considéreraient comme l'expression même de la justice [1].

Quelques-uns pensent ainsi et se bornent à expliquer les lois et les arrêts. Ils abdiquent. Un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi ; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral, et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances.

Il s'en faut de beaucoup que tous les préceptes de la morale chrétienne aient pu réussir à devenir règles juridiques. Il en est qui arrivent à peine à la vie juridique, tel celui qui défend de considérer le travail du prochain comme une marchandise ; il en est qui n'y sont pas arrivés encore, tel celui de l'assistance fraternelle ; il en est qui après avoir triomphé ont disparu, l'indissolubilité du mariage par exemple.

Dans la société actuelle, la lutte est ardente pour le triomphe de certaines idées. Dans cette lutte, beaucoup qui sont des croyants, soumis à d'autres forces qui pèsent sur eux, ne sont pas des défenseurs de la morale chrétienne. D'autres, chrétiens sans la foi, combattent pour le triomphe d'une morale dont ils comprennent la valeur tout en refusant l'adhésion entière aux dogmes qui l'imposent. C'est ainsi que la société moderne s'est christianisée sans tenir toujours le progrès des mœurs de ceux qui sont les plus ardents dans la croyance. Quand le droit fortifie le devoir de secours entre les conjoints, autorise la recherche de la paternité naturelle, organise la protection de l'enfance, interdit le contrat immoral, refrène la spéculation, augmente la responsabilité, ne tolère pas l'enrichissement injuste, défend l'abus des droits, protège

(1) Comp. RENARD, *Le droit, la justice et la volonté*, 1924, p. 64.

l'ouvrier contre l'exploitation du patron, assure le repos hebdomadaire, lutte contre la licence des mœurs, essaie d'assurer la justice dans la répartition de l'impôt, il réalise les fins de la morale chrétienne.

On a pu croire un instant, certains croient encore que la science juridique se suffit à elle-même. La sociologie devait lui fournir les données nécessaires à l'élaboration technique des règles de droit. La sociologie n'a pas réussi à dégager une seule loi générale qui puisse s'imposer à un législateur ! Comment aurait-elle pu le faire puisqu'elle prétend baser le droit sur des faits ?

IV

19. Conception dite scientifique et sociologique de l'obligation. — **20.** Valeur de la morale chrétienne dans la conception de l'obligation : transformation de la théorie sous l'influence de cette morale. — **21.** Influence de l'idée morale dans la législation, la jurisprudence et la doctrine.

19. — Si nous revenons maintenant à la théorie de l'obligation, nous y rencontrerons la facile application des idées précédentes.

Terre d'élection pour la technique juridique ! Les juristes pensent pouvoir créer, transformer, détruire les rapports de droit sans faire appel aux idées morales, à moins toutefois qu'on ne tienne pour telles celles qui découlent de l'observation des faits. Ils semblent ne pas se douter qu'ils se privent ainsi de toute direction et que la théorie de l'obligation se forme et se déforme au caprice des imaginations.

Si l'on veut avoir une idée de cette méthode juridique, on n'a qu'à lire le grand traité des obligations publié récemment par M. Demogue [1]. Ce traité, si remarquable

(1) Demogue, *Traité des obligations en général*, 7 vol. parus, 1912-1933. Comp. du même auteur, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911.

par l'abondance des questions étudiées et la finesse de l'analyse, n'arrive pas à juger les institutions juridiques d'après une conception ferme. Quand il s'agit de montrer la place que peuvent tenir les préceptes moraux dans la théorie des obligations, M. Demogue parle en termes vagues des « efforts répétés des grands courants sociaux et des limites imposées par la raison ». Tantôt il ramène l'obligation morale au désir de sécurité, tantôt il admet que l'ordre moral est au-dessus de la volonté. Il identifie cet ordre « à l'harmonique développement des forces sociales ». Il se fie pour approuver ou condamner les actes à la moyenne des lois et des mœurs. Il fonde la répétition de l'enrichissement sans cause sur le désir d'assurer la sécurité et de donner au patrimoine plus de stabilité. Il cherche à doser en matière de responsabilité civile les considérations de sécurité, de solidarité, de réaction sociale, de garantie [1]. Mais, comme on le pense bien, des idées aussi vagues ne peuvent donner une position bien sûre. Aussi sa critique est-elle timide, et le plus souvent, s'inclinant devant les faits, il tient pour assurées les règles qui sont données par les décisions judiciaires.

Ces mêmes considérations sociologiques se rencontrent dans nombre d'études parues depuis une vingtaine d'années sur la théorie des obligations et que nous citerons. Par sa prétention d'être la seule scientifique, cette méthode a attiré tous ceux qui accueillent sans examen suffisant toute idée qui paraît moderne, toute doctrine qui prétend ne rien devoir qu'à la société. Dans l'étude de la responsabilité civile nous marquerons particulièrement cette influence des idées scientifiques.

(1) DEMOGUE, *op. cit.*, I, n° 1, p. 2 ; I, n° 15, p. 33 ; I, n° 28, p. 84 ; I, n° 394, p. 613 et n° 395, p. 614 ; II, n° 774, p. 598 ; III, n° 76, p. 122 ; III, n° 222, 280, 291.

20. — Si on veut éclairer la théorie de l'obligation, il faut commencer par l'appuyer sur les principes de la morale. Il ne peut se nouer des rapports entre les hommes que la morale ne contrôlerait point. Les droits personnels se créent dans la lutte la plus implacable des intérêts privés. Le législateur est obligé de tenir compte de ces intérêts, seuls véritables stimulants de la production et de l'épargne. « Il n'est point besoin pour régler ces rapports, disait Bigot-Préameneu, en présentant le titre du Code civil sur les obligations, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la conscience que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra immortelle leur législation. » Il suffit, ajoutait-il, « de dissiper la plupart des nuages dont l'équité se trouve enveloppée » et de rassembler « tout ce que la morale et la philosophie ont de plus sublime et de plus sacré. » Et Jaubert, au nom du Tribunat : « Le droit n'est que l'analyse de ce qui est équitable et bon ».

Cherchez dans la nature ces lois d'équité ! L'homme contracte, travaille, agit sans nul souci des autres hommes ; il est prêt à briser les activités concurrentes et à étouffer les intérêts rivaux ; s'il acquiert un droit, il en profite pour écraser le prochain ; s'il acquiert un bien, il tâche que ce soit au moindre prix. Il a fallu que la morale chrétienne vînt discipliner ces instincts égoïstes, apprendre à cet homme que ses fins ne sont pas en ce monde et lui dire que son prochain est, comme lui, fait à l'image de Dieu. Il serait absurde sans doute de prétendre qu'il n'y eût pas avant le christianisme, qu'il ne peut y avoir en dehors de lui de morale capable de régir les rapports de l'homme avec ses semblables ou d'améliorer son âme. Mais il faut bien constater que les sociétés occidentales étant des sociétés chrétiennes, le droit ne peut se désintéresser d'une morale qui, si elle était respectée, le rendrait

inutile et qu'il ne peut dès lors prétendre qu'à fortifier [1].

Puisque cette morale a triomphé dans le monde, il est impossible qu'elle n'ait pas modifié profondément le droit des obligations que les Romains avaient déjà mené à un si haut point de perfection. Sans doute, la technique juridique a utilisé la méthode et la langue que les Romains avaient établies ; sans doute aussi ces cerveaux romains avaient déjà une idée de la justice qu'ils avaient empruntée à la Grèce [2] et qui, sur beaucoup de points, annonçait la conception chrétienne [3]. Mais il ne faudrait tout de même pas que, trompés par la forme, nous effacions la différence fondamentale qui existe entre leur morale et la nôtre. Ils ne connaissaient ni la force obligatoire de la parole donnée, ni le juste équilibre des prestations promises, ni la protection du contractant le plus faible, ni la sécurité vis-à-vis de celui qui abuse de son droit, ni la réparation du préjudice causé à autrui, ni le devoir d'assistance, pour ne citer que des exemples.

Peut-être même si l'on faisait un compte exact de ce que nous devons sur ce point au droit romain, faudrait-il, tout en reconnaissant les services que nous a rendus sa savante technique, lui imputer une conception trop rigide de la théorie de l'obligation. Il est possible que la renaissance romaine ait arrêté les canonistes dans l'élaboration d'une conception plus souple du contrat et de la responsabilité civile. De nos jours encore le joug du romantisme

(1) Taine, *Les origines de la France contemporaine. Le régime moderne.* « On peut évaluer l'apport du christianisme dans la société moderne à ce qu'il y a introduit de pudeur, de douceur et d'humanité, à ce qu'il y a maintenu d'honnêteté, de bonne foi et de justice... Aucun Code, aucun gouvernement ne suffit à le suppléer dans ce service » (tit. II, liv. V, chap. 3).

(2) Voy. Gernet, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale de la Grèce*, thèse lettres, Paris, 1917.

(3) Ch. Appleton (*Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts*, Mélanges Cornil, 1926) prétend que les romanistes modernes ont beaucoup exagéré la séparation du droit et de la morale professée par les jurisconsultes romains.

pèse sur les esprits et, s'il leur impose sur certains points une discipline salutaire, il empêche peut-être un certain épanouissement des idées morales.

21. — Je me propose de rechercher la force de ces idées dans la lutte qu'elles livrent contre la puissance économique, l'autonomie de la volonté, le désir de la liberté, et aussi la force de la tradition et les habitudes de la technique.

Cette influence des idées morales est plus curieuse à observer dans la jurisprudence que dans la législation. Il y a sans doute un mouvement législatif intéressant qui fait passer dans le droit positif certaines règles de conduite morale. Mais ces lois sont rares. Le législateur n'aime pas à s'ériger en moraliste ; il lui est d'ailleurs difficile de le faire, car le caractère abstrait, général et permanent de la loi ne permet que difficilement de tenir compte de l'infinie variété des devoirs moraux. Au contraire, le juge, placé au milieu des intérêts opposés et des passions rivales, devient l'arbitre et il doit tenir compte de la valeur morale des plaideurs. Or ce juge, choisi parmi les meilleurs de la nation, habitué à respecter les règles de la morale traditionnelle alors même qu'il ne les approuve pas, tenu d'ailleurs par la discipline du corps et la hiérarchie des juridictions, porte sur les actions des hommes le jugement que lui dicte la règle morale. Cette règle ainsi consacrée par le juge devient règle de droit. On peut la connaître par l'étude de la jurisprudence ; on ne la comprend pleinement et on ne la juge que si on a conscience de ce qu'elle doit à la morale.

Pour avoir étudié ces lois et cette jurisprudence sans aucune direction morale, beaucoup d'études intéressantes publiées depuis une trentaine d'années sur la théorie de l'obligation ne laissent pas à l'esprit une satisfaction complète. Un emploi intelligent de la technique masque l'ab-

sence d'idées fondamentales ; mais quand, écartant de brillantes apparences, on cherche la doctrine, on ne trouve que la répétition inconsciente d'idées traditionnelles ou la proposition inconsidérée de principes hasardés. Il faudra essayer de voir quels sont les grands courants d'idées qui ont inspiré ces œuvres.

Je n'ai nullement la prétention de donner une théorie générale de l'obligation considérée au point de vue moral. Cette œuvre est peut-être possible ; elle dépasserait de beaucoup mes forces. Je me suis simplement proposé de montrer par quelques exemples à quel point la théorie de l'obligation se rattache à la vie morale et combien la technique juridique devient plus sûre quand on prend conscience de ces rapports de la morale et du droit.

Il peut paraître d'une mauvaise méthode d'affirmer avant d'avoir prouvé. Mais cette introduction n'a été écrite qu'après une étude impartiale qui me paraissait suffisante pour la justifier.

CHAPITRE I

LA MORALE ET LE CONTRAT

22. Le principe de l'autonomie de la volonté.

22. — Pour affirmer la toute puissance de la volonté humaine, créatrice d'obligations, le Code civil emploie dans l'article **1134** l'expression la plus énergique qui se puisse trouver : « les conventions légalement formées tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites. » A qui se souvient du culte de la loi pendant la période révolutionnaire, la formule paraît singulièrement forte. Pour en arriver à cette conception de la volonté souveraine, créant elle-même et par sa seule force des droits et des obligations, il a fallu que, dans l'œuvre lente des siècles, la philosophie spiritualisât le droit pour dégager la volonté pure des formes matérielles par lesquelles elle se donnait, que la religion chrétienne imposât aux hommes la foi de la parole scrupuleusement gardée [1], que la doctrine du droit naturel enseignât la supériorité du contrat en fondant la société même sur le contrat [2], que la théorie de l'individualisme libéral affirmât la concordance des intérêts privés librement débattus avec le bien

(1) Sur la maxime *pacta sunt servanda* et son origine dans le droit canonique voyez CAPITANT, *De la cause*, 3e éd., 1927 ; — CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les contrats synallagmatiques*, thèse, Paris, 1912 ; — SPIESS, *Observations sur les simples conventions en droit canonique*, thèse Nancy, 1928 ; — ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise*, thèse, Paris, 1933.

(2) La convention, « base de toute autorité parmi les hommes » (ROUSSEAU, *Contrat social*, chap. IV).

public. Alors put régner la doctrine de l'autonomie de la volonté qui est à la fois la reconnaissance et l'exagération de la toute-puissance du contrat [1].

Désormais on cherche la source de tout engagement dans une volonté expresse ou tacite et on enseigne que la volonté peut toujours créer un engagement licite. L'obligation assumée n'est qu'une manifestation du droit naturel qu'a tout homme de s'obliger et par là de manifester une liberté qu'il n'a pu aliéner. L'Ecole du droit naturel a persuadé à tous que cet engagement, parce qu'il est volontaire, est nécessairement conforme à la loi morale. « Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, dira Kant, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui-même » [2]. Fouillée ne prendra plus la peine de justifier l'autonomie de la volonté tant il est convaincu de l'exactitude de la doctrine : « Toute justice est contractuelle, écrit-il simplement ; qui dit contractuel dit juste. »

Contre une telle conception, que de raisons de protester nous donne l'étude du droit et de la jurisprudence ! La volonté souveraine faisant la loi ! Mais qui confère à l'homme cette autorité qui est l'apanage de la souveraineté ? La liberté lui est-elle donnée de se lier sur un objet ou pour un but immoral et le consentement d'un complice ou d'une victime rend-il l'immoralité plus excusable ? A supposer la convention irréprochable par son objet et par son but, les deux parties sont-elles sur le

(1) Voir sur cette doctrine l'excellente thèse de Gounot, *L'autonomie de la volonté*, Dijon, 1912. — Aj. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905 ; — Ponceau, *La volonté dans les contrats d'après le Code civil*, thèse, Lyon, 1921 ; — Morin, *La loi et le contrat et la décadence de leur souveraineté*, 1927 ; — Péritch, *La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés*, *Rev. trimestrielle*, 1929, p. 6 ; — Coumaros, *Du rôle de la volonté dans l'acte juridique*, thèse, Bordeaux, 1931 ; — Sallé de la Marnière, *L'évolution technique du contrat*, thèse, Paris, 1930.

(2) Kant, *Doctrine du droit*, trad. Barni, p. 169.

pied d'égalité et leur inégalité n'est-elle pas justement de celles que la loi doit s'efforcer de corriger parce qu'elle est mère d'injustice ? Est-il permis d'exploiter la faiblesse physique et morale du prochain, le besoin où il est de conclure, la perversion temporaire de son intelligence ou de sa volonté ? Le contrat instrument d'échange des richesses et des services peut-il servir à l'exploitation de l'homme par l'homme, consacrer l'enrichissement injuste de l'un des contractants et la lésion de l'autre ? Ne faut-il pas au contraire maintenir à la fois l'égalité des parties et l'égalité des prestations pour satisfaire un idéal de justice que nous enfermons presque toujours dans une conception d'égalité ?

Voilà une série de questions qui se posent devant le législateur et devant le juge, et le seul fait de les poser montre que l'autorité du contrat est ébranlée. Mais cet ébranlement ne nous laisse pas sans inquiétude, car il reste profondément au fond de nos esprits cette idée que le respect du contrat est un des premiers principes de la morale. Les moralistes n'ont cessé d'affirmer qu'il faut conserver la foi donnée. Qu'il s'agisse d'un traité ou d'une convention, ils ne peuvent tolérer qu'un contractant sans conscience méprise comme un chiffon de papier le titre qui constate ses obligations. La morale nous commande de ne pas traiter le contrat comme un fait social dont le juge a le droit de tirer telle ou telle conséquence et qui ne serait respectable que dans la mesure où il aurait créé une confiance qu'on ne saurait détruire [1], mais de lui

(1) On reconnaît ici la doctrine d'Em. Lévy, *Responsabilité et contrat* (*Revue critique*, 1899, p. 361) ; *L'affirmation du droit collectif* (*Revue trimestrielle*, 1903, p. 95) ; *Le droit repose sur des croyances* (*Questions pratiques de législation ouvrière*, 1909), études partiellement reproduites dans *La Vision socialiste du droit*, 1926 ; *Les fondements du droit*, 1934. — Voy. Georges Ripert, *Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy*, *Rev. critique*, 1928, p. 24 et la réponse de M. Em Lévy, *ibid.*, 1928, p. 363 ; — Gurvitch, *Le fondement et l'évolution du droit d'après Em. Lévy*. *Revue philosophique*, 1934, p. 104. — Voyez sur cette doctrine Gény, *Science et technique*, II, n° 82.

garder le caractère sacré qu'il tire de la parole donnée, du devoir de conscience imposé au débiteur, du droit légitime du créancier qui a foi dans la promesse faite.

Le problème est d'une telle difficulté que les théologiens ou les moralistes renoncent à le résoudre entièrement du seul point de vue de la morale. Quand ils étudient la mesure dans laquelle le contrat oblige le débiteur, ils disent en général, et, sauf sur la question essentielle de la lésion, que le débiteur est obligé en conscience dans les limites que la loi civile impose à ses obligations ? C'est dire que la règle morale s'avère insuffisante parce qu'elle ne peut avoir la prétention de déterminer tous les devoirs du débiteur et qu'il y a avant tout un devoir essentiel : se soumettre à la loi qui fixe les droits du créancier.

Mais il est fatal que la loi civile retrouve ce grand problème de la force du contrat soit lorsqu'elle recherche l'étendue du principe de l'autonomie de la volonté, soit lorsqu'elle se préoccupe de l'égalité qui doit régner entre les contractants, soit enfin quand elle détermine les effets de l'inégalité des prestations et envisage le problème de la lésion.

I

LES CONVENTIONS CONTRAIRES AUX BONNES MŒURS

23. Dispositions légales sur la nullité des conventions contraires aux bonnes mœurs.

23. — Quelque désir qu'aient eu les rédacteurs du Code civil de séparer le domaine du droit de celui de la morale, ils n'ont pas réussi à éliminer complètement l'appel nécessaire aux bonnes mœurs pour réfréner l'expansion des volontés individuelles. Si l'article 6 du Code civil peut être expliqué comme une simple application de la valeur

obligatoire des lois d'ordre public parce que la règle morale ne s'impose au respect qu'après sa consécration légale [1], les articles 900 et 1172 sur la condition, 1133 sur la cause, 1387 sur les conventions matrimoniales limitent expressément le pouvoir contractuel par le respect nécessaire des bonnes mœurs [2]. Par la vertu de ces textes, un droit de contrôle est confié aux tribunaux qui consiste justement à assurer l'observation de la règle morale. Le juge, constitué le gardien de la morale publique, doit censurer les manifestations abusives des volontés individuelles.

En présence de ces textes, les jurisconsultes de l'école classique ne sont pas très à l'aise. Le prolixe Demolombe, qui aurait eu là une belle occasion de déclamation, glisse sur l'article 6 ; Aubry et Rau ne consacrent pas de longs développements à la cause contraire aux mœurs ; Huc déclare l'article 6 inutile en tant qu'il vise les bonnes mœurs ; Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs décrivent complaisamment les infractions à l'ordre public pour se dispenser d'énumérer celles qui portent atteinte aux mœurs sans violer aucun texte positif [3]. A vrai dire, tout devait choquer l'école de l'exégèse dans ce texte placé en tête du Code civil, aussi bien la restriction qu'il apporte au droit naturel de contracter que l'imprécision de la formule par laquelle il entend imposer cette restriction [4].

Les textes existent pourtant et suffisent à prouver que

(1) C'est exactement l'opinion de MERLIN, *Répertoire*, v° *Lois*, § 8 et de CAPITANT, *De la cause*, n° 107, p. 222.

(2) Voir aussi les lois du 5 juillet 1844 (art. 36, § 2) sur les brevets d'invention, et du 1er juillet 1901 (art. 3) sur le contrat d'association, qui édictent la nullité du brevet et du contrat contraire aux bonnes mœurs.

(3) DEMOLOMBE, I, nos 17-19 ; — AUBRY et RAU, 5e éd., IV, § 345 ; — HUC, I, nos 193 et suiv. ; — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, I, n° 267 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, I, n° 309.

(4) M. GÉNY (*Science et technique*, III, n° 259, p. 481) reprend cette critique.

le législateur a eu conscience qu'il fallait recourir à la loi morale pour compléter les règles normatives posées par le droit. Les tribunaux font de ces textes des applications constantes. S'ils préfèrent le plus souvent l'article 1133, c'est que ce texte est plus souple, plus riche en effets, plus large dans sa formule ; mais ils visent aussi l'article 6 et quelquefois tous ces articles ensemble. Peu importe d'ailleurs le moyen technique employé. Ce qui intéresse le juge, c'est la recherche du but immoral que les parties se sont proposé. Quand il a découvert que la forme juridique honnête du contrat a été employée pour l'échange d'objets ou de services immoraux, ou a servi par l'appât d'un gain pécuniaire à la satisfaction d'un désir immoral, il n'y a pas de contrat qui, malgré l'habileté technique de sa rédaction ou l'apparence de sa régularité, résiste à son droit de censure. Dans l'exercice de ce pouvoir le juge ne se contente pas de constater les faits, il les qualifie ; il n'interprète pas les volontés, il les brise [1]. Par cette sanction civile de la nullité, la règle morale se fait consacrer ; elle arrive à la vie juridique.

§ 1. — Examen des conventions immorales.

24. Conventions relatives à la vie, au respect de la personne, à la liberté, au mariage. — 25. La morale sexuelle : concubinage, maisons de tolérance. — 26. Enrichissement immoral : jeu, loterie, corruption, effets de complaisance, recherche d'héritage, cessions de clientèles. — 27. Conventions faussant l'idéal moral par l'intérêt pécuniaire : sociétés immorales, courtage matrimonial. — 28. Conventions supprimant la responsabilité pénale ou civile. — 29. Stipulation d'une rémunération pour un acte qui devait être accompli par devoir. — 30. Liste des devoirs moraux qui ne sauraient être supprimés par le jeu des conventions.

(1) D'où le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation qui est pourtant discuté ; voyez Bartin, *Conditions illicites*, p. 247.

24. — Il suffit d'ouvrir les recueils de jurisprudence [1]. Voici les règles morales que, sans l'appui d'aucune loi, le juge fait respecter, ou plus exactement quelques-unes de ces règles, car nous ne donnons que des exemples destinés à appuyer une thèse.

La loi morale, qui connaît les devoirs de l'homme envers lui-même, enseigne tout d'abord que l'homme ne doit pas sans motif légitime disposer de sa vie, de sa personne, de sa liberté. De tels biens sont juridiquement hors du commerce, dit-on, et l'article 1128 du Code civil suffit pour annuler une telle convention. Rien de moins exact. Il y a des contrats où nous voyons le débiteur risquer sa vie (transport dangereux, remplacement militaire [2], transfusion du sang [3]), sacrifier sa liberté (louage de services domestiques), travailler pour le compte d'autrui aux plus ingrats travaux, et qui pourtant sont des contrats licites. Les droits les plus sacrés de la personnalité peuvent être objet d'obligations valables. A vrai dire, il n'est pas d'obligation qui ne rende plus ou moins le débiteur sujet du créancier, et le temps n'est pas très éloigné où le débiteur devait payer de son corps comme de ses biens.

Mais à se sacrifier ainsi et restreindre sa liberté, il faut qu'il poursuive un but louable. On ne saurait valider le contrat par lequel un homme disposerait de sa vie par simple jeu ou stupide gageure, s'engagerait à subir les

(1) Voy. une analyse de la jurisprudence dans PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique du droit civil*, VI, nos 225 et s. Voy. aussi dans DEMOGUE, *Obligations*, I, nos 773 et suiv., p. 594 et suiv. une analyse très détaillée de la jurisprudence dans laquelle les obligations immorales ne sont pas nettement distinguées des obligations illicites. Comp. SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse, Poitiers, 1916, p. 339 et suiv.

(2) La Cour de cassation avait considéré comme licites les sociétés formées pour l'organisation du remplacement militaire : Cass. Civ., 18 janvier 1841, D. 41, 1, 90, S. 41, 1, 401 ; — HÉMARD, *Nullité des sociétés*, 2e éd., no 41.

(3) LACHÈZE, *La transfusion du sang*, thèse, Toulouse, 1924.

violences d'autrui [1] ou prêterait son corps pour une démonstration dangereuse ou douloureuse sans utilité réelle [2]. N'est-ce pas même l'exagération de cette idée qui avait fait considérer autrefois comme immorale l'assurance sur la vie des hommes [3] ?

Si chaque homme peut et doit enchaîner sa liberté par la loi du travail, il n'est pas admissible qu'il tombe par le contrat sous la domination d'autrui, soit en louant ses services pour sa vie entière (art. 1780 C. civ.) [4], soit en s'engageant à respecter une certaine conduite de vie [5]. A ce titre doit être déclarée immorale l'obligation de pratiquer un certain culte ou de renoncer aux pratiques d'un culte [6], de prendre une profession déterminée ou de quitter pour toujours celle que l'on exerce ou de ne jamais exercer celle qu'on pourrait désirer [7], d'habiter toute sa

(1) Voir pourtant : Douai, 3 décembre 1912, D. 1913, 2, 198, S. 1914, 2, 217, note Roux, pour un combat de boxe à caractère sportif ; — P. Garraud, *Les sports et le droit pénal*, *Rev. int. de droit pénal*, 1924, p. 212.

(2) Lyon, 27 juin 1913, D. 1914, 2, 73, note Lalou. Comp. Cass. Turin, 26 mars 1904, *Revue trimestrielle*, 1908, p. 734. — Voy. Andrée Jack, *Des conventions relatives à la personne physique*, *Revue critique*, 1933, p. 362 ; — Josserand, *La personne humaine dans le commerce juridique*, D. H. 1932, *Chronique*, p. 1. — Sur la chirurgie esthétique et la responsabilité du médecin, voy. Paris, 22 janvier 1913, S. 1918, 2, 97 et Cass. Civ., 22 novembre 1920, *Gaz. Palais*, 1921, 1, 68.

(3) Portalis déclarait le contrat « contraire aux idées de la saine morale ». Voir Dalloz, *Jur. gén.* V° *Assurances terrestres*, n° 313 ; Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 2172. — La loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance exige le consentement de l'assuré au cas d'assurance en cas de décès contractée par un tiers (art. 57) et défend de souscrire une assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur de moins de 12 ans, d'un interdit ou d'un interné (art. 58).

(4) Lyon, 19 décembre 1867, D. 69, 2, 30 ; Cass. Civ., 22 juin 1887, D. 88, 1, 296, S. 87, 1, 380 ; Paris, 15 juin 1925, D. H. 1925, 634. Comp. Cass. Civ., 12 mars 1918, D. 1918, 1, 39, S. 1918, 1, 159 ; 6 décembre 1933, D. H. 1934, 19.

(5) Cass. civ., 6 décembre 1933, D. H. 1934, 19.

(6) Toulouse, 14 février 1895, S. 95, 2, 93 ; Dijon, 20 juin 1910, *Gaz. Tribunaux*, 1910, 2, 298.

(7) Grenoble, 11 août 1847, D. 48, 2, 113 ; Bruxelles, 10 février 1904, *Pand. françaises*, 1904, 5, 35 ; Cass. Req., 17 mai 1911, S. 1913, 1, 253. Comp. Cass. Req., 9 janvier 1923, *Gaz. Palais*, 24 mars 1924 ; Cass. Civ., 6 décembre 1933, D. H. 1934, 19.

vie dans telle ville ou dans telle maison [1] ou de détruire un bâtiment [2]. Dans le désir de domination qui s'empare de certains êtres, il n'est pas de caprice qu'ils n'imaginent et qu'ils n'essayent parfois de satisfaire en consentant un sacrifice pécuniaire. La liberté d'une personne ne doit pas être livrée à l'arbitraire domination d'autrui.

Parmi ces atteintes à la liberté d'autrui, il n'en est peut-être pas de plus fréquentes que les restrictions conventionnelles à la *liberté du mariage*. Les tribunaux ont refusé d'accorder aucune valeur civile au contrat de fiançailles et ils ont annulé toute clause de dédit stipulée au cas de rupture de mariage, afin que la liberté du consentement ne fût pas altérée par la crainte de la clause pénale [3]. Mais quand il s'est agi de la clause de ne pas se remarier ou même de la clause de ne pas se marier, ils ont montré plus d'hésitation [4]. Les premiers commentateurs du Code civil, qui se souvenaient encore de la rigueur de la législation révolutionnaire [5], déclaraient toutes ces clauses illicites [6]. Mais la jurisprudence a eu à connaître de motifs si nuancés, de raisons si sérieuses qu'elle n'a pas maintenu la sévérité d'une prohibition absolue. Après avoir validé la clause de viduité [7], la Cour de Cassation a fini par déclarer licite la condition de ne

(1) Cass. Req., 17 mars 1925, D. 1928, 1, 176, *Gaz. Palais*, 24 mars. — Comp. Cass. Req., 23 janvier 1877, S. 77, 1, 350 ; Dijon, 5 avril 1872, S. 74, 5, 130 ; Alger, 11 janvier 1876, D. 77, 2, 124.

(2) Montpellier, 28 décembre 1933, D. H. 1933, 124.

(3) Cass. Civ., 13 juillet 1885, D. 86, 1, 263 ; Cass. Req., 18 mars 1895, D. 95, 1, 346 ; Dijon, 26 janvier 1894, D. 96, 2, 11. — Voy. Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique de droit civil*, II, nos 80 et s.

(4) Planiol, Ripert et Trasbot, *Traité pratique de droit civil*, V, no 275.

(5) Lois des 5-12 septembre 1791, 5 brumaire et 17 nivose an II.

(6) Toullier, V, no 256 ; — Duranton, VIII, no 128 ; — Demolombe, XVIII, no 240 ; — Laurent, XI, no 494.

(7) Cass. Req., 8 janvier 1849, D. 49, 1, 16 ; 18 mars 1867, D. 67, 1, 332 ; Cass. Civ., 22 décembre 1896, D. 98, 1, 537, conclusions Desjardins.

pas se marier [1]. Ces clauses n'ont d'ailleurs été admises qu'au titre de conditions des libéralités. La qualité du donateur, l'intérêt bienveillant porté au donataire ont favorablement impressionné les tribunaux. Encore peut-on se demander si la jurisprudence n'a pas montré un respect exagéré pour une volonté qui, si elle n'est pas malfaisante, est en tout cas arbitraire [2].

La jurisprudence fait également une distinction, et une distinction plus aisément justifiable, dans les clauses qui interdisent à une personne d'*exercer une certaine industrie* ou un certain commerce dans une ville ou une circonscription déterminée. Le contrat est immoral si, par la sévérité de l'interdiction, il met le débiteur dans l'impossibilité de vivre ou le condamne à une inaction forcée [3]. Il peut au contraire être validé si le stipulant impose cette obligation dans un intérêt légitime et si le promettant a reçu un prix suffisant de ce désistement [4].

Dans tous ces contrats qui ont pour effet d'imposer à une personne un certain règlement de vie, il est indispensable de ne pas autoriser la sujétion sans limites à une volonté sans mesure. Le contrat ne peut engendrer l'esclavage. Il est immoral de prétendre régler la conduite de son prochain, quand on ne se propose pas des fins utiles

(1) Cass. Req., 11 novembre 1912, D. 1913, 1, 105, note Georges RIPERT, S. 1914, 1, 185, note NAQUET. Comp. Paris, 13 juillet 1911, S. 1912, 2, 56; Cass. Req., 8 avril 1913, D. 1915, 1, 29, S. 1914, 1, 191, note NAQUET.

(2) Les tribunaux continuent d'ailleurs à prononcer la nullité de la clause quand le motif qui la dicte est immoral. Voyez par exemple pour la défense faite par une mère à son fils d'épouser sa maîtresse : Paris, 8 mars 1924, *Gaz. Palais*, 13 juin. Comp. pour la condition de viduité imposée par un fils à sa mère : Montpellier, 14 juillet 1858, D. 59, 2. 207, S. 59, 2. 305.

(3) Cass Req., 17 mai 1911, D. 1913, 1, 342, S. 1913, 1, 253; Cass. Civ., 14 mars 1904, D. 1904, 1, 613, S. 1904, 1, 144; Cass. Civ., 17 mai 1911, D. 1913, 1, 342; 15 juin 1922, D. 1925, 1, 213; Paris, 12 janvier 1898, D. 98, 2, 350.

(4) Cass. Req., 1er février 1895, D. 99, 1, 30; Cass. Civ., 2 juillet 1900, D. 1901, 1, 294; Cass. Req., 8 nov. 1904, D. 1906, 1, 499. — THALLER et PERCEROU, *Traité de droit commercial*, 7e édit., n° 84; — CENDRIER, *Le fonds de commerce*, 3e éd., 1925, n° 192.

à son bonheur et il est même immoral de vouloir lui imposer un bonheur dont il ne goûtera pas le charme, parce qu'il le tiendra de la puissance d'autrui.

25. — La jurisprudence relative à la *morale des relations sexuelles* est plus curieuse encore. Tant qu'il s'agit de contrats visant l'intégrité corporelle ou la liberté individuelle, on peut à la rigueur se servir de la notion vague et commode de l'ordre public, ou invoquer les droits de l'homme pour ne point parler des bonnes mœurs. Mais les relations sexuelles hors mariage, à quel titre les condamnerait-on si la morale ne doit pas intervenir dans les relations juridiques? L'opinion publique montre une grande indulgence pour ces relations, fussent-elles adultères. La pratique du divorce a singulièrement dégradé l'institution du mariage, cependant que l'union libre acquérait une sorte de reconnaissance légale [1]. L'autorité administrative tolère les maisons de débauche, et le vice ne prend pas la peine d'offrir à la vertu l'hommage de l'hypocrisie.

Pourtant la vieille loi morale demeure qui condamne l'œuvre de la chair hors du mariage et les tribunaux ne se permettent pas de la méconnaître. Ils refusent de valider les contrats dans lesquels la prestation de l'une des parties apparaît comme le *pretium stupri* [2]. Ils condamnent les actes à titre onéreux ou les donations qui ont pour but de créer, de favoriser ou de maintenir les relations de concubinage [3]. Le caractère juridique de l'acte importe

(1) Planiol, Ripert et Rouast, *Traite pratique de droit civil*, II, 11e éd., nos 71 et suiv.

(2) Planiol, *Traité élémentaire*, III, no 2943; — Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique*, II, no 75; — Capitant, *De la cause*, p. 471.

(3) Cass. Req., 2 février 1853, D. 53, 1, 57, S. 53, 1, 248; 26 mars 1860, D. 60, 1, 255, S. 60, 1, 321; 2 juillet 1866, D. 66, 1, 378, S. 66, 1, 356; 23 juin 1887, D. 89, 1, 35; S. 87, 1, 361; 4 janvier 1897, D. 97, 1, 126, S. 98, 1, 309; Cass. Civ., 11 mars 1918, D. 1918, 1, 100; Cass. Civ., 21 mars 1898, D. 1903, 1, 403, S. 98, 1, 513, note Appert; Lyon, 30 mars 1916, D. 1918, 2, 51; Cass. Civ., 29 juin 1916. *Gaz. Palais*, 17-18 octobre; Cass. Civ., 11 mars 1918 (motifs), D. 1918, 1,

peu. On le frappe par une disposition légale différente et voilà tout. Ce qui ne peut être toléré, c'est la volonté coupable qui essaie de nouer ou de conseiller par l'appel à l'intérêt des relations que la morale réprouve. En revanche, si ces relations doivent cesser, les tribunaux deviennent indulgents. A la condition qu'il n'y ait pas récompense pour les services rendus, la jurisprudence admet les donations qui favorisent la rupture en réparant le préjudice causé et même en assurant dans l'avenir la vie d'une malheureuse qui a droit au pardon [1].

Ce ne sont pas seulement les contrats passés entre les deux concubins qui sont ainsi contrôlés par les tribunaux. Ils condamnent tout aussi bien le prêt fait à un jeune homme pour lui permettre d'entretenir une maîtresse [2], le cautionnement pour la garantie des obligations d'une femme avec laquelle vit le promettant [3]. Ils permettent au contraire à un patron qui accorde certains avantages à ses ouvriers d'exclure ceux qui vivent en état de concubinage [4], parce que, dans ce cas, la condition imposée est conforme à la loi morale.

Il faut voir la manifestation du même esprit dans la jurisprudence relative aux *maisons de tolérance*. Encore que l'objet ne soit pas hors du commerce, les tribunaux

100, S. 1918, 1, 170; 16 et 17 avril 1923, D. 1923, 1, 172, S. 1923, 1, 342; 5 mars 1925, D. H. 1925, 474; Cass. Req., 8 juillet 1925, S. 1927, 1, 294; 8 juin 1926 (motifs), D. 1927, 1, 113, note SAVATIER. Comp. pour le legs : Cass. Req., 4 mars 1914, D. 1916, 1, 27, S. 1914, 1, 430; Trib. Nancy, 8 déc. 1925, *Gaz. Tribunaux*, 4 avril 1926.

(1) Rennes, 7 mars 1904, D. 1905, 2, 305, note PLANIOL, S. 1907, 2, 241, note HÉMARD; Cass. Civ., 18 novembre 1913, D. 1917, 1, 165, S. 1914, 1, 253; Cass. Req., 4 mars 1914, D. 1916, 1, 27; Paris, 8 juillet 1926, S. 1926, 2, 91.

(2) Seine, 9 mars 1905, *Gaz. Tribunaux*, 1906, 2, 22; Cass. Req., 8 juin 1926, *La Loi*, 25 novembre.

(3) Nancy, 12 novembre 1904, D. 1905, 2, 158. Comp. Paris, 10 janvier 1905, D. 1905, 2, 158.

(4) Cass. Civ., 18 novembre 1913, D. 1917, 1, 161, S. 1914, 1, 253; Caen, 29 juillet 1874, S. 75, 2, 298; Paris, 20 décembre 1877, D. 79, 5, 213; Colmar, 23 mars 1863, D. 63, 2, 113; Rouen, 30 novembre 1893, S. 94, 2, 75; Amiens, 1er avril 1912, *Gaz. Palais*, 1912, 2, 136

déclarent nuls comme ayant un objet ou une cause contraire aux bonnes mœurs, la vente du fonds ou le contrat passé pour son exploitation [1], la vente ou la location d'un immeuble pour l'installation de cette singulière industrie [2], le prêt fait en vue de l'achat ou de l'exploitation [3], la fourniture de meubles ou de boissons au tenancier [4], le louage de services d'un domestique [5]. Ils ne consentent à reconnaître que les contrats relatifs à l'immeuble qui tendent à l'utilité du bâtiment même, sans aucune considération pour le genre d'exploitation, par exemple l'assurance de la maison contre l'incendie [6] ou le contrat conclu pour les réparations du bâtiment. On ne saurait marquer plus nettement le désir de ne pas accorder d'effets juridiques à des conventions qui doivent permettre des actes réprouvés par les bonnes mœurs [7].

Certains auteurs pourtant s'irritent de ces décisions et

(1) Cass. Civ., 15 décembre 1873, D. 74, 1, 222, S. 74, 1, 241, note DUBOIS; Cass. Req., 1er avril 1896, S. 1896, 1, 289, note APPERT; Cass. Req., 17 juillet 1905, D. 1906, 1, 72, S. 1909, 1, 188; Lyon, 11 juillet 1862, S. 63, 2, 165; Caen, 29 juillet 1874, D. 75, 2, 127, S. 75, 2, 298; 13 juin 1889, D. 89, 5, 329.

(2) Paris, 11 novembre 1839, S. 40, 2, 121; Lyon, 11 juillet 1862, S. 63, 2, 165; Alger, 15 novembre 1893, D. 94, 2, 528, S. 94, 2, 211, et 9 mai 1894, D. 95, 2, 21, S. 94, 2, 302; Paris, 26 décembre 1899, *Gaz. Palais*, 1900, 1, 132; Aix, 28 février 1923, *Gaz. Palais*, 1923, 1, 759; Paris, 22 mars 1923, D. 1923, 2, 118; Toulouse, 11 janvier 1926, S. 1926, 2, 21; 18 mars 1927, *Gaz. Palais*, 1927, 1, 756. Comp. Marseille, 25 nov. 1925, *Gaz. Palais*, 24 décembre.

(3) Cass. Req., 1er avril 1895, D. 96, 1, 329, S 96, 1, 289, note APPERT; Cass., 17 juillet 1905, D. 1906, 1, 72, S. 1907, 1, 188; Paris, 14 janvier 1881, S. 81, 2, 251; Toulouse, 11 janvier 1926, S. 1926, 2, 21. Comp. Paris, 13 juin 1877, S. 77, 2, 223; Reichsgericht allemand, 21 janvier 1903, S. 1905, 4, 15; Poitiers, 8 février 1922, D. 1922, 2, 33, note SAVATIER, S. 1922, 2, 116.

(4) Seine, 1er mai 1888, *Gaz. Palais*, 1888, 1, 797; Liège, 14 novembre 1896, *Pasicrisie belge*, 1897, 3, 75; Marseille, 7 novembre 1913, S. 1914, 5, 18; Trib. Seine, 16 juin 1928, D. 1928, 2, 187, note MINVIELLE.

(5) Cass. Req., 11 novembre 1890, D. 91, 1, 484, S. 91, 1, 319. Aj. Limoges, 30 avril 1888, D. 89, 2, 38.

(6) Cass. Req., 4 mai 1903, S. 1904, 1, 509.

(7) Bien entendu le caractère immoral de l'exploitation ne saurait être invoqué pour échapper à la perception des impôts sur les bénéfices réalisés : C. d'Etat, 3 novembre 1926, *Gaz. Palais*, 30 novembre.

voient dans la méconnaissance du contrat une cause d'injustice, mal plus grand à leurs yeux que la consécration officielle de l'acte immoral. Ils oublient que mettre des contrats hors le droit, c'est les rendre sinon impossibles du moins difficiles, que la nullité a un rôle préventif et qu'il convient de laisser au-dessous du droit, dans l'ombre des transactions ignorées, ces troubles négociations dans lesquelles les contractants spéculent sur les vices de l'humanité.

26. — L'application de la règle morale qui défend l'*enrichissement injuste* est infiniment plus délicate. Nous ne parlons pour le moment que de l'enrichissement obtenu à l'aide d'un contrat d'où est absente toute pensée de libéralité. Encore faut-il mettre à part l'idée de lésion. La lésion suppose des prestations réciproques, mais inégales. Il y a des contrats où l'une des parties donne sans recevoir et s'expose à perdre sa mise ou à l'augmenter sans travail. Ce qu'il y a d'immoral dans un pareil contrat, ce n'est pas son caractère aléatoire, car tout contrat aléatoire n'est pas condamnable, c'est son inutilité sociale et la démoralisation qu'il entraîne par l'attribution imméritée du don de fortune.

A ce titre le *jeu* est condamnable parce que le joueur attend du hasard seul un enrichissement que rien ne justifie. L'ordre public tolère, autorise ou interdit les jeux suivant qu'il y a intérêt social à utiliser ou à canaliser une passion humaine, mais la tolérance administrative ne peut justifier un contrat qui reste immoral par lui-même. Le Code civil (art. 1965 et 1967) refuse l'action civile. La jurisprudence annule les contrats qui ont pour objet l'exploitation du jeu [1] ou la vente de matériel de

(1) Pau, 31 janvier 1889, D. 90, 2, 228, S. 89, 2, 52 ; Seine, 15 mars 1894, *Gaz. Palais*, 1894, 2, 147 ; Paris, 9 avril 1897, D. 99, 2, 244 ; Paris, 5 juin 1901, D. 1903, 2, 13, S. 1902, 2, 275 ; Pau, 28 juin 1906, D. 1907, 5, 5, S. 1907, 2, 61 ; Nice, 18 novembre 1909, *Gaz. Trib.*, 1910, 1, 119.

jeu [1], l'association conclue en vue du jeu [2], le prêt fait à un joueur pour lui permettre de continuer à jouer [3], ou par ce que le prêteur tire un bénéfice de l'existence du jeu [4], et même, d'après un arrêt, tout prêt destiné à alimenter le jeu [5].

Il faut condamner de même le contrat par lequel un parieur essaye de se procurer un bénéfice immoral [6], la loterie non autorisée qui distribue aveuglément les dons de fortune [7], l'assurance qui, perdant son caractère indemnitaire, créerait un enrichissement au profit de l'assuré et lui donnerait peut-être la tentation d'amener la réalisation du risque [8].

Immoral également le contrat par lequel une personne vend son influence, alors même qu'il n'y aurait pas délit de corruption, mais simplement parce qu'on ne doit pas monnayer une puissance politique ou intellectuelle [9].

(1) Pau, 28 juin 1906, précité.

(2) Cass. civ., 26 février 1845, D. 45, 1, 101 ; 15 novembre 1864, S. 65, 1, 77, 3 mars 1875, D. 75, 1, 277. — Hémard, *Nullité des sociétés*, 2e éd., n° 44, p. 55

(3) Cass, 15 novembre 1864, S. 65, 1, 77 ; Cass Req., 4 juillet 1892, D. 92, 1, 500, S. 92, 1, 513, rapport du conseiller Lepelletier ; Seine, 17 novembre 1905, *Gaz. Palais*, 21 mars 1906 ; Cass. crim., 22 janvier 1927, *Gaz. Palais*, 1927, 1, 316 ; 18 avril 1929, D. H. 1929, 285 ; 19 juillet 1929, D. H. 1929, 492.

(4) Limoges, 19 avril 1891, S. 92, 1, 513 ; Paris, 16 janvier 1894, S. 95, 2, 42 ; Seine, 17 novembre 1905, D. 1906, 5, 60 ; Paris, 1er avril 1895. *Gaz. Palais*, 1895, 2, 158 : Bordeaux, 13 mars 1906, S. 1911, 2, 522 ; Seine, 17 novembre 1905, *Gaz. Palais*, 26 mars 1906.

(5) Paris, 8 février 1917, *Gaz. Tribunaux*, 1918, 2, 372. Mais la jurisprudence était jusqu'ici en sens contraire : Paris, 6 juillet 1882, D. 84, 2, 95 ; Lyon, 21 février 1908, D. 1908, 5, 36 ; Alger, 25 janvier 1909, D. 1909, 2, 346, S. 1909, 2, 76 ; Paris, 13 mai 1909, S. 1910, 2, 270.

(6) Seine, 16 juin 1885, *La Loi*, 18 juillet 1885 ; 4 janvier 1893, D. 97, 2, 114.

(7) Paris, 29 décembre 1868, S. 69, 2, 53 ; Paris, 13 février 1883, S. 85, 2, 179 ; Cass. Req., 18 décembre 1899, S. 1903, 1, 133 ; Paris, 30 juillet 1913, D. 1914, 2, 119.

(8) Georges Ripert, *Droit maritime*, 3e édit., t. III, n° 2364 ; — Weens, *L'assurance de choses contrat d'indemnité*, thèse, Paris, 1927.

(9) Cass. Req., 2 avril 1872, D. 73, 1, 65 ; 5 février 1902, D. 1902, 1, 158, S. 1902, 1, 389 ; 15 mars 1911, D. 1911, 1, 183 ; Cass. Civ., 3 avril 1912, D. 1915, 1, 71, S. 1912, 1, 382 ; Paris, 31 décembre 1903, S. 1905, 1, 206 ; Carpentras, 19 mars 1924, *Gaz. Palais*, 13 juin 1924.

Immoral aussi le contrat par lequel on cherche un bénéfice dans une opération de contrebande à l'étranger, qui n'est pas un délit pénal, mais reste un acte de ruse ou de force [1], dans la préparation d'une révolution à l'étranger [2], dans la vente d'un produit destiné à la falsification de denrées, bien que ce produit ne soit pas hors du commerce [3]. Immoral le contrat, dit *boule de neige*, qui suppose le placement à l'infini d'un produit dans une clientèle limitée et enrichit un spéculateur par la naïve confiance du public [4].

Nous dénoncerons le même oubli du devoir moral dans la création des *effets de complaisance* par lesquels un commerçant, qui devrait avoir le courage de déposer son bilan, essaie de prolonger une situation désespérée en se créant un crédit imaginaire, et fabrique, a-t-on dit, de la fausse monnaie. Il cherche dans l'emploi d'un mécanisme juridique connu un moyen illégitime de se procurer des ressources. Cela suffit pour que la jurisprudence déclare nulles les traites ainsi créées [5].

(1) Paris, 2 juillet 1886, *J. Clunet*, 1887, p. 57 ; Bruxelles, 17 février 1886 ; *ibid.*, 1887, p. 214 ; Douai, 11 novembre 1907, D. 1908, 2, 15, S. 1907, 2, 308 ; Alger, 20 février 1925, *J. Clunet*, 1926, p. 702. — Hémard, *Nullité des sociétés*, 2e éd., 1926, n° 42, p. 53. — Cette nullité n'a pourtant pas été soulevée pour des contrats d'assurance relatifs à des marchandises à introduire aux Etats-Unis en fraude des lois sur la prohibition des boissons alcooliques ; voyez Aix, 2 février 1926, S. 1926, 2, 105, note Pillet, *Revue de droit maritime comparé*, Suppl. t. 4, p. 161 ; Rouen, 30 juin 1926, *ibid*, t. 4, p. 632 ; Cass. req., 28 mars 1928, D. H. 1928, 287, S. 1928, 1, 305, note Niboyet. Comp. sur la jurisprudence allemande *Clunet*, 1930, p. 428.

(2) Trib. Seine, 2 juillet 1932, D. H. 1932, 502.

(3) Cass. Civ., 23 juin 1879, D. 79, 1, 367 ; 2 décembre 1901, S. 1902, 1, 333 ; Rouen, 31 décembre 1879, S. 80, 2, 212.

(4) Seine, 19 novembre 1901 et Lille, 15 janvier 1900, S. 1904, 2, 49. — Mais il y a des décisions en faveur de la validité et certains auteurs déclarent le contrat valable : Wahl, note au *Sirey*, 1904, 2, 49 ; — Demogue, *Rev. trimestrielle*, 1904, p. 413. — D'autres ont essayé de trouver une cause de nullité dans l'analyse du contrat et l'impossibilité de l'obligation : Acher, *Revue générale de droit*, 1905, p. 126 ; — Sraffa, *Revue trimestrielle*, 1906.

(5) La nullité des effets de complaisance, le fondement juridique et les conséquences de cette nullité, tout est discuté. Nous ne pouvons ici qu'indiquer la question. Voyez Thaller et Percerou, *Traité de*

Parfois la jurisprudence hésite. Elle se demande par exemple s'il est permis de vendre un secret, et elle se décide à valider le contrat passé entre un héritier et un *généalogiste*, en considération des frais et du travail exposés par ce chercheur pour se procurer les renseignements qu'il livre sur l'existence de l'héritage [1]. Elle se demande aussi s'il est possible de *vendre une clientèle*, lorsque cette clientèle tient à la valeur personnelle du médecin ou de l'avocat et que par conséquent le cédant se procure un bénéfice par l'illusion née chez l'acquéreur du profit possible de la cession [2], et elle se montre parfois d'une sévérité qu'on peut trouver exagérée [3].

27. — Nous nous rapprochons ainsi d'autres contrats que la jurisprudence condamne au nom des bonnes mœurs, parce qu'ils faussent des actes qui ne devraient être inspirés que par des pensées morales en introduisant dans ces actes la considération des intérêts pécuniaires.

droit commercial, 7e éd., nos 1430 et suiv. et la bibliographie citée no 1440 ; — Lacour et Bouteron, *Droit commercial*, 3e éd., II, nos 1392 et s.

(1) Cass. Civ., 17 mai 1866, D. 66, 1, 267, S. 66, 1, 276, note Boulanger ; Paris, 12 août 1880, S. 81, 2, 17 ; Paris, 12 mars 1894, D. 94, 2, 484 ; Lyon, 1er mars 1911, D. 1912, 2, 243 ; Cass. belge, 12 juillet 1894, D. 96, 1, 4 ; Bruxelles, 31 janvier 1931, S. 1931, 4, 27. — Mais il y aurait nullité si aucun secret n'était révélé : Paris, 28 juillet 1879, S. 80, 2, 262 ; Dijon, 21 juillet 1880, D. 82, 2, 115. — Voy. Laurent, *Le contrat de révélation de succession. Revue critique*, 1931, p. 397.

(2) La jurisprudence déclare nulle la cession de la clientèle d'un médecin (Paris, 25 juin 1884, D. 86, 2, 175 ; Riom, 13 mars 1894, S. 95, 2, 43 ; Paris, 15 mai 1922, D. 1922, 2, 78), mais elle admet la validité de la convention par laquelle un médecin s'engage à quitter la localité (Angers, 28 décembre 1848, D. 50, 2, 193, S. 49, 2, 105 ; Paris, 6 mars 1851, D. 51, 2, 185, S. 51, 2, 278 ; Cass. Req., 13 mai 1861, D. 61, 1, 326, S. 61, 1, 638) ou cède à un confrère les locaux où il exerçait (Paris, 3 août 1894, S. 96, 2, 158). La jurisprudence déclare valables les cessions de clientèle, lorsque la profession a un caractère commercial. Voir pourtant en sens contraire, Marseille, 24 octobre 1923, *Gaz. Palais*, 1924, 1, 166, pour une clientèle de vétérinaire. — Savatier, *La transmission de clientèle des professions libérales. Rép. pratique du notariat*, 1933, p. 521.

(3) Vienot, *Les sociétés entre médecins, J. Sociétés*, 1924, p. 321 ; — Gaillard, *Les sociétés de médecins et de pharmaciens*, thèse Montpellier, 1925 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique du droit civil*, VI, no 239.

C'est l'avilissement des actions humaines par l'argent que le juge poursuit ici.

A ce titre sont annulées les conventions passées entre les personnes qui cherchent à tirer un bénéfice des relations que la vie sociale ou l'exercice de leurs fonctions établit normalement entre elles, et qui ne devraient pas dépendre du profit qu'elles peuvent y trouver [1], ainsi les contrats entre avoué et huissier [2], entre greffier et imprimeur [3], entre notaire et acquéreur d'immeuble [4], entre avocat et client [5], entre médecins [6], ou entre médecin et pharmacien [7]. Il est inadmissible que par la pratique de la *dichotomie* qui tend à se répandre, un médecin-traitant partage avec un chirurgien le bénéfice d'une opération qu'il a conseillée [8]. Il est inadmissible aussi que les relations de collaboration entre conjoints qui dérivent du devoir moral d'assistance soient faussées par la conclusion d'un contrat de travail qui ferait de l'un d'eux le salarié de l'autre : le louage de services n'est donc pas valable, et la jurisprudence annulant les sociétés entre époux n'admet même pas que les conjoints puissent sur un pied d'égalité remplacer leur assistance mutuelle par la recherche en commun des bénéfices pécuniaires répartis par le pacte social [9].

(1) Sur ces sociétés, voyez HÉMARD, *Nullité des sociétés et sociétés de fait*, 2e éd., no 55 et suiv., pp. 68 et suiv.

(2) Cass. Req., 29 décembre 1845, D. 46, 1, 57; Aix, 2 décembre 1854, S. 61, 2, 438.

(3) Cass. Civ., 2 février 1886, S. 87, 1, 25, note CHAVEGRIN.

(4) Cass. Civ., 14 mai 1888, D. 88, 1, 487, S. 89, 1, 12 et sur renvoi, Besançon, 9 janvier 1889, D. 90, 2, 19; Comp. Cass. Req., 10 janvier 1865, D. 65, 1, 290, S. 65, 1, 110.

(5) Cass. Civ., 22 avril 1898, D. 98, 1, 145, S. 1902, 1, 343; Paris, 27 mai 1862, D. 62, 2, 105, S. 62, 2, 381.

(6) Paris, 15 mai 1922, S. 1926, 2, 57, note E.-H. PERREAU; Cass. Civ., 4 décembre 1929, S. 1931, 1, 49, note ESMEIN; Paris, 18 mai 1933, *Gaz. Palais*, 4 sept.

(7) Paris, 31 mai 1866, S. 67, 2, 49; — HÉMARD, *Nullité des sociétés*, 2e éd., no 58, et les références citées.

(8) LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *Déontologie et jurisprudence médicale*, 1920, p. 323.

(9) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., t. II, no 1927; — Ambroise

L'application la plus intéressante de cette idée a été faite par les tribunaux en matière de courtage. Ils annulaient autrefois le courtage dans les opérations de *remplacement militaire* déclarant que le service militaire ne devait pas être objet de spéculation [1]. Ils annulent aujourd'hui les opérations de *courtage matrimonial* [2]. Les motifs que la Cour de Cassation a donnés par son arrêt du 1er mai 1855 pour condamner ce contrat n'ont rien perdu de leur force : « aux relations destinées à préparer l'indissoluble société dans laquelle chacun des époux apporte avec ses biens, sa personne même et sa vie tout entière, un pacte de cette nature mêlerait l'intervention et l'intérêt d'un agent dominé par des idées de spéculation et de trafic » [3]. La plupart des auteurs modernes combattent cette jurisprudence [4]. Ils ne comprennent pas que l'immoralité du contrat provient non de l'acte de l'agent qui peut être un parfait honnête homme, mais de l'avilissement du mariage transformé en

COLIN et CAPITANT, 7e éd., t. III, no 36 et note ; — THALLER et PERCEROU, *Traité de droit commercial*, 7e éd., nos 346 et suiv. ; — THALLER et PIC, *Sociétés*, t. I, no 407 ; — HÉMARD, *Nullité des sociétés*, 2e éd., nos 80 et suiv., p. 101 et suiv.

(1) Cass., 12 décembre 1810, *Rec. Denevers*, 1811, 1, 33.

(2) PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *Traité pratique de droit civil*, II, nos 88 et suiv. ; — A. COLIN et CAPITANT, 7e éd , t. II, no 58.

(3) Cass. Civ., 1er mai 1855, D. 55, 1, 147, S. 55, 1, 337 et le rapport LABORIE ; Cass., 20 avril 1904, D. 1904, 1, 420, S. 1905, 1, 281 ; Paris, 3 février 1859, D. 59, 2, 112, S. 59, 2, 295 ; Paris, 27 octobre 1892, D. 93, 2. 271, S. 93, 2. 24; Besançon, 6 mars 1895, D. 95, 2, 223, S. 95, 2, 196 ; Toulouse, 5 novembre 1900, D. 104, 1, 420, S. 1905, 1, 15; Paris, 9 août 1904, D. 1908, 2, 81, note PLANIOL ; Agen, 12 décembre 1909, D. 1912, 2, 104 ; Nice, 22 décembre 1909, S. 1910, 2, 293; Saint-Etienne, 8 janvier 1893, S. 1914. 2, 102 ; Cass. belge, 16 mars 1905, S. 1908, 4, 22. — Mais voir en sens contraire, Cass. Naples, 10 octobre 1903, S. 1905, 4, 5 ; Cass. Roumanie, 19 janvier 1899, S. 1901, 4, 37.

(4) WAHL, *Le courtage matrimonial* (*Revue trimestrielle*, 1904, p. 471) ; — PLANIOL, note au *Dalloz*, 1908, 2, 81 ; — DEMOGUE, *Revue trimestrielle*, 1904, p. 853 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, t. I, no 311 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Louage*, t. II, no 4149 ; — DEMOGUE, *Obligations*, t. I, p. 802 ; — Comp. SAVATIER, *Effets et sanctions du devoir moral*, thèse Poitiers, 1916, p. 346, note 1 ; — PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *Traité pratique de droit civil*, t. I, nos 88 et suiv.; — RUBY, thèse, Grenoble, 1925.

une affaire dans laquelle un tiers est intéressé. L'indulgence qu'ils montrent pour le courtage matrimonial prouve tout simplement que la laïcisation du mariage a singulièrement dégradé la valeur morale de l'institution [1].

Les tribunaux qui voient de plus près certains courtiers montrent plus de sévérité. Ils maintiennent la nullité toutes les fois que le courtier a pesé sur le consentement des candidats au mariage et plus encore quand la rémunération fixée dépend du chiffre de la dot ou qu'elle est disproportionnée au service rendu [2]. Ils semblent considérer avec plus d'indulgence les contrats par lesquels moyennant une rémunération modérée le courtier s'engage simplement à rapprocher les futurs époux [3].

Les tribunaux ont été tout aussi désagréablement surpris par des contrats qui avaient pour objet l'organisation d'une *claque* destinée à tromper le public sur la valeur d'une pièce ou d'un artiste. Ils ont jugé qu'il était immoral de payer pour obtenir une admiration qui doit être spontanément accordée [4]. Puis certains ont cédé et, plus habitués aux procédés modernes de réclame, déclaré le contrat valable [5]. La sévérité valait peut-être mieux.

28. — Voici maintenant des contrats qui ont pour objet de supprimer la responsabilité pénale ou civile d'une per-

(1) Nîmes, 22 juin 1868, D. 69, 2. 58, S. 68, 2, 270 ; Caen, 23 février 1904, S. 1905, 2, 263 ; Pau, 9 août 1904, D. 1908, 2, 81.

(2) Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique*, II, n° 90.

(3) C'est une autre question de savoir si le courtier n'a pas une action extracontractuelle en restitution de ses frais. Elle est trop souvent confondue avec la question de la validité du contrat. Voyez Cass. Civ., 20 avril 1904 ; Agen, 12 décembre 1909, précités ; Seine, 3 juin 1912, D. 1913, 5, 21 ; Lyon, 15 octobre 1913, *Gaz. Palais*, 1914, 1, 110 ; Dijon (Trib. de paix), 27 juillet 1932, D. H. 1932, 582.

(4) Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique*, II, n° 88.

(5) Cass. Req., 17 mai 1841, S. 41, 1, 623 ; Paris, 3 juin 1839, D. Jur. Gén. V° *Obligations*, n° 463 ; Paris, 23 juillet et 8 août 1853, D. 53, 5, 450, S. 53, 2, 499 ; Paris, février 1854, S. 54. 2, 148 ; Lyon, 25 mars 1873, D. 73, 2, 68, S. 73, 2, 119 ; Trib. paix Dijon, 27 juillet 1932, D. H. 1932, 582.

(6) Paris, 5 avril 1900, D. 1903, 2, 279, S. 1900, 2, 244.

sonne. Ils sont contraires aux bonnes mœurs parce qu'ils permettraient d'enfreindre la règle morale sans encourir la sanction légale attachée à cette infraction.

Pour la *responsabilité pénale*, la solution ne peut être douteuse. L'impunité ne saurait être acquise à prix d'argent. Une personne ne peut s'engager à l'avance à supporter les conséquences d'une infraction pénale commise par autrui [1]. La victime d'un délit ne peut renoncer à son droit de poursuite moyennant le versement d'une indemnité [2]. Que la convention soit antérieure ou postérieure à l'infraction, elle est également nulle.

La question de la *responsabilité civile* est beaucoup plus délicate. Si l'on admet que cette responsabilité peut être engagée en dehors de toute faute commise, il doit être permis de se garantir à l'avance contre les conséquences de son action. D'autre part, comme la règle légale engendre seulement l'obligation d'indemniser la victime, on peut admettre un forfait conventionnel d'indemnité. Nous retrouverons cette question (n° 132). Indiquons dès maintenant la solution. La clause de non responsabilité ou de limitation de responsabilité ne peut, à notre avis, avoir pour résultat de permettre à l'auteur du dommage la violation de la règle morale en permettant d'acheter à prix d'argent le droit de nuire à autrui [3]. La jurisprudence déclare nulles les clauses par lesquelles on s'exonérerait des conséquences de son dol ou de la faute lourde équivalant au dol. C'est bien le respect de la règle morale qu'elle assure. La liberté contractuelle s'arrête quand on

(1) Dinan, 2 février 1876, *Pasicrisie belge*, 1876, 3, 114.

(2) Bordeaux, 20 février 1839, S. 39, 2, 462 ; Pau, 31 octobre 1901, *La Loi*, 12 novembre 1901 ; Paris, 15 mars 1925, D. H. 1925, 502 ; Comp. Cass. Req , 4 mars 1914, D. 1916, 1, 27, S. 1914, 1, 430.

(3) Comp. Stéfani, *De l'assurance des fautes*, thèse, Paris, 1923 ; — P. Esmein, *Les clauses de non responsabilité* (*Revue trimestrielle*, 1926, p. 313) ; — Paul Durand, *Des conventions sur la responsabilité*, thèse Paris, 1931 ; — H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., 1934.

essaie d'échapper à l'observation du devoir de ne pas nuire à autrui.

Il faut rapprocher de ces conventions celles par lesquelles, sous couleur de transaction, une personne couvre l'infidélité ou la lourde incapacité de sa gestion, par exemple la clause par laquelle le pupille ou le mandant renoncerait à la reddition des comptes du tuteur ou du mandataire [1]. Peut-être même l'interdiction des clauses d'insaisissabilité n'a-t-elle pas d'autre sens : il ne faut pas permettre de créer à une personne une situation telle que sa responsabilité serait illusoire [2].

On peut rapprocher aussi de ces conventions la clause de la police d'assurance défendant à l'assuré de reconnaître sa reponsabilité. Cette clause a été déclarée nulle dans la mesure où elle ne permet pas à l'assuré de dire la vérité [3]. Elle est interdite par loi du 13 juillet 1930 (art. 52).

29. — Nous allons voir mieux encore : des décisions annulant des contrats contenant promesse d'accomplir un fait licite ou honorable, parce que le débiteur de la promesse avait le devoir d'accomplir cet acte et ne devait pas se faire payer pour remplir son devoir. L'idéal moral

(1) Cass. Req., 21 décembre 1869, D. 70, 1, 308. S. 70, 1, 130; 12 novembre 1867, S. 69, 1, 528; Pau, 3 mars 1869, S. 69, 2, 209. — Voy. aussi la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité : Bouzat, *Rev. critique*, 1934, p. 350.

(2) Cass. Req., 23 juillet 1863, D. 64, 1, 494; Cass. Civ., 2 décembre 1864, D. 65, 1, 24; 22 juillet 1896, D. 98, 1, 27, note Planiol. Mais très certainement ici il y a également une considération de crédit public.

(3) Paris, 22 février 1929, *Gaz. Palais*, 1920, 1, 474; Seine, 18 juillet 1929, D. H. 1929, 564; Paris, 8 novembre 1929, D. H. 1930, 25, S. 1930, 2, 82; Amiens, 22 novembre 1929, D. H. 1930, 122; Besançon, 11 février 1930, D. H. 1930, 185; Cass. Req, 12 juillet 1932, *Gaz. Palais*, 1932, 2, 637. — Voy. Léon Mazeaud, *Chronique*, D. H. 1929, p. 54; — Chauveau, *Rec. des arrêts de Rennes*, 1930, p. 425; — H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité*, II, nos 2679 et s.; — Planiol, Ripert et Lepargneur, *Traité pratique de droit civil*, XI, no 1342.

s'affine, puisqu'il s'agit maintenant de poursuivre le perfectionnement de l'individu en lui imposant le désintéressement.

On a toujours considéré comme nulle *la promesse de ne pas commettre un délit*, encore que l'utilité sociale de cette promesse ne fasse aucun doute, et parce que la stricte observation des lois pénales ne doit pas être assurée par le sacrifice d'un tiers [1]. Doit être de même annulé le contrat par lequel un journaliste se fait subventionner pour ne pas attaquer une œuvre ou une personne [2], celui par lequel un fonctionnaire se fait rétribuer pour le zèle particulier apporté dans l'exercice de ses fonctions [3], la promesse de taire un scandale [4], la promesse faite à une concubine pour qu'elle n'apporte pas d'entraves à un projet de mariage [5]. Pour toutes ces personnes l'action ou l'abstention suivant les cas constitue un devoir. Elles ne peuvent avoir la prétention d'exiger une rémunération pour accomplir leur devoir. Pour la même raison on déclare nulle la convention qui accorde à une débiteur une rémunération pour qu'il accomplisse l'obligation légale ou contractuelle à sa charge, par exemple la restitution de la chose empruntée ou reçue en gage.

De tels contrats qui tendent à assurer le respect de la loi ont une utilité sociale ; ils sont conclus suivant l'ordre positif, mais ils violent la loi morale en faisant de l'intérêt le mobile d'actions qui devraient être accomplies par devoir et par suite en abaissant la valeur de l'acte humain.

30. — Arrêtons là cette liste de contrats annulés pour immoralité. Elle n'a pas la prétention d'être complète.

(1) Mais le retrait d'une plainte n'a pas une cause illicite. : Cass. Req., 31 mars 1931, D. H. 1931, 250, S. 1931, 1, 233.
(2) Rome, 30 janvier 1901, *Pasicrisie*, 1902, 4, 26.
(3) Cass. Civ., 5 décembre 1911, D. 1913, 1, 120, S. 1913, 1, 467, note Demogue.
(4) Lodève, 19 juillet 1911, *Gaz. Palais*, 1911, 2, 318.
(5) Aix, 23 janvier 1883, D. 83, 2, 237 ; Seine, 23 décembre 1910, *Gaz. Tribunaux*, 1911, 2, 244.

Tout au plus offre-t-elle un essai de classification à la place du beau désordre de la plupart des énumérations habituelles. Ce qui importe, ce n'est pas de recueillir toutes les décisions ou de dresser la liste des devoirs qu'il n'est pas permis de méconnaître ou d'altérer, mais simplement de marquer la reconnaissance expresse par la jurisprudence du devoir moral, loi de la société civile. Car, ce que nous voyons, il ne faut pas s'y méprendre, c'est la sanction civile de la nullité du contrat ou de la clause ; ce que suppose cette nullité, c'est qu'il y a des préceptes obligatoires ; la loi civile les fait respecter, même si la loi pénale n'a pas jugé leur transgression punissable.

En parcourant les décisions des tribunaux, voici les préceptes que l'on peut glaner et mettre sous la forme impérative : tu ne disposeras pas de la vie, du corps, de la liberté de ton prochain pour des fins inutiles ; toi-même, tu respecteras ta vie et ton corps ; tu ne chercheras pas à tirer profit de ta débauche ou de celle d'autrui ; tu ne t'enrichiras pas injustement par le jeu ou le hasard, par l'acte de ruse ou de force, ou par la tromperie alors même qu'elle ne serait pas punissable ; tu ne feras pas par intérêt ce que tu devrais faire par devoir ; tu ne stipuleras pas de rémunération pour des actes qui ne doivent pas être payés ; tu n'acquerras pas à prix d'argent une impunité coupable.

Parfois la rigueur du précepte s'atténue. Pour certaines personnes et dans certains milieux, on montre plus d'indulgence, car l'immoralité de l'acte est d'autant plus grande que la connaissance du devoir est plus complète. Parfois au contraire dans des circonstances exceptionnelles des devoirs nouveaux surgissent ; en temps de guerre, par exemple, le contrat avec l'ennemi devient immoral avant même que d'être illicite, et peut-être, après une guerre et quand les intérêts de la patrie sont encore menacés, peut-

on considérer comme contraire au devoir moral le contrat dans lequel deux Français compromettent le crédit de leur pays en répudiant l'emploi de la monnaie nationale [1].

Ainsi tombe la barrière illusoire que certains auteurs voudraient élever entre la règle morale et la loi civile pour défendre au juge de veiller sur l'observation de la loi morale. La réponse est vraiment trop facile. Elle est inscrite dans les recueils de jurisprudence. Tous les jours les tribunaux interviennent pour faire respecter la règle morale en annulant les actes qui en seraient la violation.

§ 2. — Les moyens techniques d'annulation.

31. Théorie de la cause illicite et immorale. — **32.** Hostilité de la doctrine classique contre la recherche des motifs. — **33.** Distinction proposée par M. Capitant entre la cause et le motif : discussion de cette théorie. — **34.** La cause n'est que le motif déterminant ; la question de la preuve. — **35.** Importance du caractère immoral du motif déterminant. — **36.** Valeur de la jurisprudence sur la cause immorale.

(1) Dans la première édition de cet ouvrage, en signalant cet aspect particulier de la question si discutée de la clause paiement en valeur or ou en monnaie étrangère, je ne prétendais nullement me prononcer contre la validité de conventions que je persiste à croire pleinement licites, mais je voulais seulement expliquer comment les tribunaux avaient pu hésiter à les valider et pourquoi la jurisprudence avait pu être amenée à faire une distinction entre les contrats passés entre Français et les contrats dans lesquels les étrangers sont intéressés (Voy. Cass. Req., 7 juin 1920, D. 1920, 1, 137, note Dupuich, S. 1920, 1, 193, note Lyon-Caen). Cette explication de la nullité de la clause pour cause illicite a été discutée et justement condamnée par MM. Méstre et James (*La clause or en droit français*, 1926). Pour que l'argumentation puisse valoir, il faudrait en effet démontrer que les parties en contractant en valeur or ou en monnaie étrangère étaient poussées par le désir de spéculer contre la monnaie nationale. Or, comme le plus souvent les parties cherchaient simplement à défendre des intérêts privés respectables, il est difficile de leur reprocher l'immoralité de leur convention. La question de savoir si en elle-même cette convention n'est pas contraire à l'ordre public est différente et ne peut être examinée ici. Voyez Gény, *La validité juridique de la clause payable en or, Revue trimestrielle*, 1926, p. 558, et la bibliographie citée, p. 559 ; — Planiol, Ripert et Radouant, *Traité pratique de droit civil*, VII, nos 1166 et s.

31. — Pour briser les conventions immorales il a fallu créer le moyen technique nécessaire qui les atteindrait toutes. Quelquefois l'obligation a un objet illicite et l'article 1128 suffit. Le plus souvent l'immoralité ne s'étale pas, la convention est en apparence irréprochable, seul le but soigneusement caché se révèle immoral lorsqu'il est connu. Peut-être aurait-il suffi de l'article 6 largement entendu [1]. Mais cet article, dans son sens littéral, ne vise le respect des mœurs que si un texte de loi impératif impose la règle de conduite et la jurisprudence l'a interprété ainsi. Elle n'en avait en réalité pas besoin, car elle avait su trouver dans l'article 1133 l'arme qui lui était nécessaire.

« La cause est illicite... quand elle est contraire aux bonnes mœurs ». Il suffira de dégager dans le contrat conclu cette cause immorale pour annuler le contrat par application de l'article 1131. « Ce sont, dit M. Capitant, deux articles fondamentaux véritables gardiens de l'intérêt général et de la moralité publique » [2]. Grâce à ces textes, les tribunaux ont pu atteindre des actes extérieurement irréprochables, une vente d'immeuble, un prêt d'argent, simplement parce que ces contrats réalisaient un dessein immoral. Quand on étudie dans le détail cette jurisprudence, il n'y a pas une solution qui choque. Toujours la tractation condamnée était coupable. S'il n'y avait pas eu dans la technique juridique un moyen de l'annuler, c'eût été grand dommage pour la société qui l'aurait tolérée.

32. — Ce n'est pas ici le lieu de rappeler les discussions juridiques sur la théorie de la cause. M. Capitant, dans un livre récent, a fait cette analyse de telle façon

(1) Louis Lucas, *Volonté et cause*, thèse, Dijon, 1918, p. 161
(2) Capitant, *De la cause*, n° 112, p. 232.

qu'on ne saurait la reprendre après lui [1]. Ce qu'il faut seulement marquer, c'est le désir qu'ont eu certains jurisconsultes de ne pas autoriser une appréciation de la validité du contrat sur un élément extérieur à la matière contractuelle même.

Quand Demolombe déclare que, dans un contrat synallagmatique, l'obligation de chaque partie a pour cause l'obligation de l'autre ou que, dans un contrat unilatéral, la cause est la remise de la chose, il s'enferme très étroitement dans le cercle contractuel, afin que les motifs du contrat ne puissent y pénétrer, et il arrive à conclure que la cause se confond avec l'objet [2], ce qui ne l'empêche pas d'ailleurs de faire une assez large place à la cause illicite [3].

Si Demolombe a l'esprit assez souple pour ne pas s'en tenir aux conséquences logiques d'un principe, Huc, plus austère, et qui est un anticausaliste déterminé, soutient que « les motifs d'une convention doivent demeurer juridiquement indifférents » [4]. Il s'effraye de voir apparaître le moraliste dans le juge et peut-être la religion sous prétexte de morale. « Un pareil envahissement de la conscience, dit-il, est inadmissible dans une société laïque » [5]. Cette conscience des acquéreurs de maisons de

(1) Capitant, *De la cause des obligations*, 1923, 3e éd., 1927. — Voir aussi Louis Lucas, *Volonté et cause*, thèse, Dijon, 1918 ; — Dabin, *La théorie de la cause*, 1919 ; — Maury, *La notion d'équivalence*, 2 vol., thèse, Toulouse, 1920 ; — Hamel, *La cause dans les libéralités*, thèse, Paris, 1920 ; — Ionasco, *La cause dans les actes à titre onéreux*, thèse, Paris, 1923 ; — Rouast, *Revue trimestrielle*, 1923, p. 299 ; — Cassin, *Annales du droit commercial*, 1923, n° 4 ; — Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, 1928 ; — Dabin, *Les récentes destinées de la théorie de la cause*, *Belgique judiciaire*, 1929 ; — Ionasco, même titre, *Rev. trimestrielle*, 1931, p. 29 ; — Révérand, *La cause et le motif dans les contrats et les libéralités*, thèse, Paris, 1930 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique*, VI, nos 249 et s.

(2) Demolombe, XXIV, nos 346 et 347.

(3) Demolombe, XXIV, nos 374 et suiv.

(4) Huc, VII, n° 81, p. 118.

(5) Huc, VI, n° 39, p. 64.

tolérance, exploitants de tripots, agents d'affaires véreux, joueurs et agioteurs de tout genre, est vraiment une admirable trouvaille !

Quand on cherche la cause dans l'idée économique d'équivalence des prestations données et reçues, on devrait également par la force de la logique éliminer toute considération tirée des motifs du contrat. Il y aurait là une conception matérialiste du contrat qui aurait sa valeur. Mais ceux qui, par une analyse ingénieuse et fort intéressante, ont essayé de donner une telle définition de la cause, ont eux-mêmes reculé devant la conséquence du principe posé, et pour l'éviter, mêlé les considérations psychologiques aux économiques, distingué la satisfaction de l'individu et la satisfaction de la société, tous raisonnements intéressants en eux-mêmes, mais qui, au fond des choses, sont l'aveu qu'on ne saurait se passer d'une recherche des motifs [1].

33. — Il ne servirait d'ailleurs de rien de protester contre une jurisprudence bien établie dans son principe, sinon dans les applications qu'elle en fait, et les auteurs modernes, désireux de justifier cette jurisprudence, se sont efforcés de montrer qu'elle était conforme à la théorie traditionnelle de la cause. Mais traditionnellement aussi il est affirmé que la cause ne doit pas être confondue avec les motifs. Comment faire cette distinction ?

M. Capitant, dès les premières pages de son étude sur la cause, a rencontré cette difficulté et il a affirmé que la distinction était aisée. La cause, c'est, d'après lui, le but du contrat qui « fait partie intégrante de la manifestation de volonté créatrice de l'obligation » ; le motif, c'est « la raison contingente, subjective et par là même variable avec l'individu » [2]. Et ailleurs : « Il est aisé de voir

(1) Voir à ce sujet la thèse de M. Maury, *précitée*, t. I, et particulièrement p. 256 ; comp. la thèse de M. Louis Lucas, *précitée*.

(2) Capitant, *De la cause*, n° 4, p. 11.

combien est peu justifié le reproche que fait la doctrine à la jurisprudence de confondre la cause et les motifs de l'obligation. Autre chose est le motif, autre chose la fin poursuivie. Le motif est antérieur à l'accord des volontés, il reste dans le for intérieur de l'individu. Tout au contraire la fin visée est dans l'avenir, le contrat est fait pour y conduire » [1]. La distinction est habile, le raisonnement pressant. Si on l'analyse de plus près on s'aperçoit que pour distinguer le but et le motif M. Capitant est obligé de faire appel à plusieurs idées, et cette multiplicité même n'est pas le signe de l'excellence de la thèse.

En situant le but dans l'avenir et la cause dans le passé [2], M. Capitant ne veut pas établir une distinction basée sur la chronologie des événements ; il combat d'ailleurs la distinction faite par certains auteurs entre la *causa proxima* et la *causa remota ;* ce qu'il désire, c'est couper le contrat des éléments qui le précèdent tout en intégrant dans ce contrat le but poursuivi par les parties. Mais, en réalité, la fin poursuivie par les parties, existant dans leur pensée avant l'acte conclu, est le motif déterminant de cet acte. Si on peut détacher ce motif de l'ensemble des autres pour accuser sa persistance dans l'acte de volition, on ne peut intervertir l'ordre de la création pour placer la cause dans l'avenir [3].

Ce serait donc dans cet acte de volition qu'il faudrait chercher la cause. Elle ferait partie intégrante de l'acte, tandis que les motifs resteraient extérieurs, contingents, propres à chaque personne. « Ce motif psychologique qui détermine chacun à s'obliger ne fait pas partie de leur accord de volontés » [4], dit encore M. Capitant. Mais alors c'est un retour pur et simple à la théorie de Huc. La

(1) Capitant, *De la cause*, nº 112, p. 233.
(2) Capitant, *De la cause*, p. 12, note 1.
(3) Comp. Ihering, *L'évolution du droit*, trad. de Meulenaere, p. 3.
(4) Capitant, *De la cause*, nº 4, p. 12.

volonté se suffit à elle-même et nous n'avons pas à savoir pourquoi le débiteur s'oblige. Comment peut-on enfermer un motif de vouloir dans l'acte de volonté et ne pas les enfermer tous ?

Il n'y a qu'un seul moyen de donner une solution pratique de cette difficulté, et M. Capitant se résigne à l'employer, mais sans oser le marquer en traits bien nets, c'est d'exiger que la fin poursuivie soit commune aux deux parties. « Les parties contractantes, dit-il, peuvent introduire dans le cercle de leur accord telle ou telle considération qui en devient alors un élément constitutif » [1]. Et ailleurs : « Le motif, à la différence du but, ne fait pas partie de l'acte de volition du débiteur ; peu importe même que le créancier l'ait connu en fait, cela ne suffit pas pour l'intégrer dans le contrat. Il n'en serait autrement que si les parties en avaient fait un élément de celui-ci, c'est-à-dire s'il avait été *pour les deux parties* la raison déterminante de leur accord » [2].

L'idée est ici très nette, mais, si elle était exacte, elle aboutirait à des conséquences déplorables. Ce que l'on exige en somme, c'est l'accord de volontés sur un certain motif qui devient alors la cause du contrat. Il y aura cause illicite si les deux parties se proposaient une coopération à un dessein illicite. Mais si l'une d'entre elles agissait pour un motif illicite que l'autre ignorait, ou même qu'elle connaissait mais auquel elle ne voulait pas coopérer, le contrat serait pleinement valable ! Une personne achète un immeuble pour le transformer en maison de tolérance et si le vendeur ignore ce dessein, la vente est valable ! Si l'innocence de l'une des parties suffisait à valider le contrat, il faudrait en conclure que tous les contrats seraient valables dans lesquels une seule des parties commettrait un acte immoral et que seraient valables

(1) Capitant, *De la cause*, nº 111, p. 232.
(2) Capitant, *De la cause*, nº 4, p. 12.

aussi tous ceux dans lesquels un des contractants aurait eu l'habileté de laisser ignorer à l'autre l'immoralité de son dessein !

En réalité, les motifs restent rigoureusement personnels, et, même quand on prétend les faire rentrer dans la volonté commune, on s'aperçoit bien vite qu'ils ne peuvent être communs aux deux parties. Il y a connaissance réciproque des motifs, mais non acte de volition portant sur le même objet et se proposant la même fin. Celui qui prête de l'argent à un joueur pour lui permettre de jouer est mû par un motif coupable ; le joueur qui l'emprunte est également mû par un motif coupable ; mais ces deux motifs restent individuels et ne sont pas semblables ; ce n'est pas la même fin qui est envisagée par les parties. A plus forte raison en est-il ainsi dans tous les contrats où la fin poursuivie n'est pas immorale en elle-même, par exemple le contrat par lequel on promet de s'abstenir de commettre un délit et qui pourtant est dicté par un motif immoral : exiger de l'argent pour tenir une conduite correcte que l'on devrait avoir par devoir.

Ainsi on s'épuise en vain dans cette analyse de la volonté. Malgré l'intérêt de la construction qu'il a faite pour expliquer la jurisprudence, M. Capitant est resté dominé par cette idée qu'il a trouvée chez les jurisconsultes classiques : le contrat se suffit à lui-même ; c'est attenter à la liberté que vouloir saisir la pensée et rechercher les motifs d'un acte.

34. — En réalité la jurisprudence ne fait pas autre chose. Qu'il s'agisse d'une donation ou d'un acte à titre onéreux, les arrêts qui prononcent la nullité disent toujours qu'une pensée immorale a été le motif déterminant de l'acte juridique. Ce motif déterminant se confond avec le but poursuivi par les parties. Si on veut juger le contrat par lui-même et faire rentrer la cause soit dans l'acte

de volition, soit dans la notion d'équivalence, on donne des armes aux anticausalistes, car il suffit d'analyser les notions de volonté ou d'objet pour se passer de la cause.

Quelle est en réalité l'origine de la théorie de la cause ? J'en appelle au témoignage de M. Capitant. Il enlève à Domat l'honneur de cette création ; bien avant Domat les jurisconsultes avaient dégagé l'idée. « On peut dire que la théorie de la cause est surtout l'œuvre des canonistes... Fortifiant et couronnant la conception nouvelle du pacte, elle justifie et assure le principe de la liberté des conventions [1]. » Les canonistes reconnaissaient la valeur du pacte nu, puisqu'ils transformaient en obligation juridique le devoir de garder la parole donnée, mais ils n'auraient jamais admis la valeur de la parole donnée, quand cette parole n'était qu'un témoignage d'immoralité.

Ainsi font encore les tribunaux ; ils sondent les cœurs des contractants et, si le contrat révèle la pensée immorale qui les anime, ils refusent de reconnaître cette volonté mue par de coupables motifs [2].

Il ne faut pas essayer de dissimuler la valeur des objections qui peuvent être faites à cette prise en considération des motifs du contrat. Et tout d'abord celle-ci : le juge a-t-il le droit de rechercher les motifs qui commandent l'acte de volonté ? N'est-ce pas une intrusion inadmissible dans le for intérieur ? A une époque où il s'agissait encore d'une opposition d'idées entre deux régimes, cette considération avait fait hésiter la Cour de Cassation : lorsqu'elle a eu à juger du rétablissement conventionnel des rentes féodales, elle a décidé que l'acte lui-même devrait faire la preuve du motif qui l'avait ins-

(1) Capitant, *De la cause*, nos 57 et suiv., p. 114 et suiv. — Comp. Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause dans l'obligation*, 1925.

(2) Comp. Dubreuil, *Des mobiles dans les contrats*, thèse, Lyon, 1919 ; — Ionasco, *La cause dans les actes à titre onéreux*, thèse, Paris, 1923 ; — Ponceau, *La volonté dans le contrat suivant le Code civil*, thèse, Lyon, 1921.

piré [1]. Plus longtemps, elle a admis qu'une libéralité ne pouvait être annulée pour cause immorale que s'il y avait une *preuve intrinsèque* de cette cause [2]. Il y a eu sans doute dans cette jurisprudence relative aux libéralités une influence des règles de preuve en matière de filiation, mais on ne peut s'empêcher d'y voir aussi une hésitation manifestée par la jurisprudence dans l'appréciation des motifs. Elle a craint de s'aventurer dans la recherche des motifs et cette recherche ne lui a paru assurée que si le motif s'avérait déterminant par son incorporation à l'acte lui-même. Mais, dans les actes à titre onéreux, cette théorie de la preuve intrinsèque, qui n'est qu'une prime à la dissimulation habile, n'a jamais pu s'affirmer [3], et, en ce qui concerne les libéralités, elle a été condamnée par la Cour de Cassation dans l'arrêt du 2 janvier 1907 [4].

Ce n'est pas à dire que la question de preuve soit indifférente. Bien au contraire. Souvent le motif immoral poursuivi par l'auteur de l'acte échappera aux tribunaux qui ne pourront affirmer la réalisation de la pensée coupable. Il faut que l'acte juridique accompli incarne cette pensée. Ainsi le prêt fait à une personne peut avoir été consenti avec la pensée que l'emprunteur consacrera peut-être cette somme au jeu, et l'emprunteur peut avoir lui aussi la pensée qu'ayant des capitaux disponibles il pourra se livrer un jour ou l'autre à sa passion ; mais comment pourra-t-on établir ces intentions si l'acte n'en porte pas le reflet, n'a pas été fait par exemple pendant le jeu ? La distinction entre le but du contrat et le motif

(1) Cass., 25 octobre 1808 et 3 juillet 1811, S. 1811, 1, 325.
(2) Cass. Req., 26 mars 1860, D. 60, 1, 255, S. 60, 1, 321 ; Orléans, 27 mai 1875, S. 75, 2, 319.
(3) Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, p. 112.
(4) Cass. Civ., 2 janvier 1907, D. 1907, 1, 137, note Ambroise Colin, S. 1911, 1, 589, note Wahl. — Voyez Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, no 2509 *bis*.

déterminant n'est au fond qu'une question de preuve. En repoussant la théorie de la preuve intrinsèque on supprime la barrière qui s'opposait aux recherches d'intention. Quand on parvient à établir le motif déterminant, on dit qu'il est révélé par le but du contrat, par le résultat économique acquis ou cherché.

35. — On objecte que les motifs sont multiples, qu'il est impossible de les découvrir tous, qu'il en est d'infiniments lointains. Il est vrai, et le problème qui se présente ici est un problème de causalité, semblable à celui que l'on rencontre dans la détermination de la responsabilité civile et qui est, nous le verrons, insoluble. Entre plusieurs motifs qui poussent un homme à contracter, il est impossible d'affirmer la prépondérance de tel motif, pas plus que dans les faits qui précèdent un dommage, il n'est possible de trouver celui qui est la cause efficiente de ce dommage. Mais qu'importe : il suffit de trouver un seul motif pour que l'acte ait une cause, et il suffit que parmi ces motifs il y en ait un de coupable pour que l'acte soit illicite.

Quand on examine la nullité pour absence de cause, on se réfère à la notion de cause, contrepartie de l'obligation [1]. Au point de vue des motifs il est presque inutile de s'occuper de l'absence de cause, car tout acte est motivé par quelque considération, sauf s'il est l'œuvre d'un fou, et il est au contraire important d'examiner si la cause n'est pas illicite. Dans le prêt fait à un joueur pour lui permettre de continuer à jouer, la pensée qu'il jouera de nouveau grâce à ce prêt est très certainement dans l'esprit du prêteur, mais il y en a d'autres : désir d'obliger, sentiment de reconnaissance, crainte ou pitié, respect humain ou charité. Parmi ces motifs il en est

(1) Voyez sur cette dualité de la notion de cause, PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique*, t. VI, nos 252 et s.

d'honorables, mais parmi eux s'est glissé le motif coupable, faciliter le jeu d'autrui ; cela suffit pour rendre le contrat immoral.

On objecte encore que ce motif peut être inconnu de l'autre partie et que, dans ce cas, il serait injuste de briser le contrat [1]. Mais ne serait-il pas plus injuste encore de le maintenir parce que l'une des parties a réussi à dissimuler le motif qui la faisait agir ? Que le vendeur connaisse ou non au moment du contrat la destination honteuse que l'acquéreur se propose de donner à l'immeuble qu'il acquiert, l'acte d'acquisition n'en est pas moins inspiré par un motif immoral, et il serait singulier que le vendeur fût moins protégé à cause de sa bonne foi.

En réalité, il s'agit ici d'une toute autre question et que nous retrouverons à propos de l'exercice de l'action en nullité. Dans l'hypothèse précédente, ce qui fait croire à la validité du contrat, c'est que l'on suppose un vendeur ne voulant pas faire annuler la vente et une nullité qui serait demandée par l'acheteur. Or, il faut repousser l'action en nullité de l'acquéreur par application de la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Les tribunaux dans leur horreur du contrat immoral refusent tout aussi bien l'action en exécution que l'action en répétition de la prestation fournie. Ce refus d'action peut aboutir à maintenir en fait les effets du contrat et faire croire à la validité de la convention. En réalité, il procède du refus absolu opposé par le juge à la reconnaissance de toute conséquence du contrat (n[os] **104** et s.).

36. — Concluons donc que la jurisprudence en appliquant l'article **1133** du Code civil d'une façon si large a poursuivi son œuvre de moralisation du contrat. Elle n'a fait que reprendre et compléter l'œuvre des canonistes

(1) CAPITANT, *De la cause*, n° **4**, p. 12.

qui avait déjà marqué dans le droit « un progrès de l'esprit de moralité » [1]. Elle n'a pas accueilli le contrat comme un acte abstrait qui tirerait sa force de la volonté alors même que cette volonté porterait sur un objet illicite ou serait inspirée par un dessein immoral, mais bien au contraire, demandant compte aux parties de leurs motifs, scrutant leurs intentions, rattachant le contrat au but qui l'a déterminé, elle a refusé de consacrer la réalisation d'une pensée coupable.

Arbitraire ? Si on veut. Le moyen de l'éviter quand les juges doivent apprécier des faits. Violation de la liberté de conscience ? Mais, je ne sache pas que cette liberté implique le droit de concrétiser la pensée immorale dans un acte qui doit lui donner satisfaction. Disons tout simplement : intervention nécessaire du juge pour assurer le respect d'un principe dont le législateur ne pouvait préciser l'application.

§ 3. — L'appréciation des bonnes mœurs.

37. Embarras des auteurs classiques dans la définition des bonnes mœurs ; influence du droit naturel. — 38. La conception sociologique des bonnes mœurs et son insuffisance. — 39. Nécessité d'un idéal moral pour la solution de cette difficulté.

37. — En présence d'une jurisprudence aussi ferme, qu'ils l'approuvent complètement ou fassent des réserves, les juristes sont bien obligés de reconnaître la place que tient dans la vie juridique le respect des bonnes mœurs ? Il faut alors, et parce que ce respect est érigé en règle juridique, donner une définition des bonnes mœurs et chercher la liste des préceptes moraux dont l'observation est obligatoire.

(1) CAPITANT, *De la cause*, n° 66, p. 131. — Comp. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques*, nos 151 et s.

Quel embarras dans le monde des juristes ! Huc, craignant l'influence dans la cité du prêtre éducateur ou censeur, ne veut pas de règles morales autres que celles qui sont reconnues par les lois positives [1]. C'est une position insoutenable, puisque les tribunaux placent la cause immorale à côté de la cause illicite. Un auteur déclare que « sur le chapitre des mœurs les tribunaux se montrent ombrageux » [2], sans que l'on sache s'il y a là un reproche ou une constatation !

La plupart des auteurs classiques passent rapidement sur une question dont ils sont incapables de fournir la solution. Aubry et Rau paraissent admettre que la notion de bonnes mœurs ne prête pas à discussion [3]. Demolombe s'en tire par quelques exemples [4]. Laurent a recours à un empirisme facile : « Il y a à chaque époque de la vie de l'humanité une doctrine sur la morale que la conscience générale accepte sauf les dissidences individuelles qui ne comptent pas ; en ce sens on peut dire qu'il y a toujours une morale publique [5] ». Une morale de suffrage universel, tout au plus, pourrait-on répondre.

Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade constatent avec mélancolie que l'ordre public et les bonnes mœurs sont « des notions variables dans le temps et dans l'espace » [6]. Planiol n'est pas très rassuré sur la portée de l'article 6 : « Le pouvoir que les tribunaux tiennent ainsi de l'article 6 d'annuler les contrats et autres actes des particuliers comme immoraux est un des plus redoutables qu'ils aient reçus de la loi. Supposez-le exercé par

(1) Huc, I, n° 197.
(2) E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 1923, t. II, p. 18.
(3) Aubry et Rau, 5e édit., IV, § 344.
(4) Demolombe, XXIV, nos 374 et suiv., pp. 353 et suiv. ; Comp. I, n° 19.
(5) Laurent, I, n° 56.
(6) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n° 268.

des hommes passionnés, par des moralistes trop rigides ou par des esprits sectaires, la liberté civile pourrait y sombrer. Le seul contrepoids possible est ici l'opinion publique ; le courant général des idées qui règle le niveau normal d'un peuple et qui crée une sorte de tolérance nécessaire » [1]. Quant à MM. Ambroise Colin et Capitant, s'il leur paraît difficile de définir l'ordre public, la définition des bonnes mœurs ne les arrête pas : « le sens ne peut prêter à aucune incertitude ... les bonnes mœurs, c'est la morale » [2].

Il y a sans doute dans ces affirmations sur l'évidence de la règle morale la preuve que pour beaucoup d'esprits les préceptes de la morale s'imposent sans discussion et que le juge n'aura aucune difficulté à en reconnaître la violation. Mais, si on presse un peu ces affirmations, on s'aperçoit qu'elles sont tout imprégnées encore de la doctrine du droit naturel, et qu'elles tirent de la raison universelle la preuve de l'existence de la règle et la définition de sa portée d'application.

38. — L'influence de la sociologie vient donner corps à une autre conception des bonnes mœurs. C'est de l'étude des faits sociaux que l'on proposera de tirer la notion de bonnes mœurs ; ces mœurs ne seront bonnes que parce qu'elles seront normales. Cette influence est très visible dans le traité des obligations de M. Demogue. Il déclare que « les bonnes mœurs ne se déterminent pas d'après un idéal religieux ou philosophique, mais d'après les faits et l'opinion commune » [3]. Il en déduit que cette opinion est elle-même créatrice de règles morales et il va jusqu'à dire qu'un acte est valable quand l'opinion publique ne le condamne pas, alors même qu'il serait en lui-même à désapprouver !

(1) Planiol, *Traité élémentaire*, 12e édit., I, no 294.
(2) A. Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, 7e édit., t. I, p. 62-63.
(3) Demogue, *Obligations*, II, no 773 *bis*, p. 598.

Il y a là une manifestation de la doctrine qui fait du droit une création psychologique de la société : « Il n'y a en droit que des pratiques auxquelles les principes ne sont que des étiquettes plus ou moins exactes », écrit M. Emmanuel Lévy [1]. La sociologie étudie les faits moraux et prétend dégager scientifiquement la loi de l'étude des faits [2].

L'influence de cette doctrine a été telle que l'on retrouve chez beaucoup d'auteurs modernes cette conception sociologique des bonnes mœurs [3]. Ils hésitent à donner une définition ; ils s'en rapportent à l'opinion dominante ; ils admettent la nature variable et contingente de la règle ; ils estompent son caractère ferme et obligatoire pour la rendre plus acceptable.

39. — Loin de jouer leur rôle de directeurs, ces juristes s'efforcent d'entraîner la jurisprudence à plus de molle complaisance dans le contrôle des rapports contractuels. Ils l'invitent à sanctionner les habitudes, alors même qu'elles ne s'affirment que dans les défaillances de la conduite. Ils enlèvent toute fermeté à la règle morale pour en faire la simple formule de pratiques inspirées par le jeu des passions humaines. Ils la dépouillent de son caractère transcendant pour la pousser dans le monde juridique affublée d'un vêtement sociologique, qui doit lui donner un caractère scientifique !

Les bonnes mœurs ne se déterminent pas d'après un

(1) Em. Lévy, *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1909, t. X, p. 296. Comp. *La Vision socialiste du droit*, 1926, notamment p. 131.

(2) Sur l'école sociologique, voyez l'analyse de M. Gény, *Science et technique*, II, pp. 80 et suiv.

(3) Voir par exemple : Savatier, *Effets et sanctions du devoir moral*, thèse, Poitiers, 1916. p. 348 : « La morale sera ce que la conscience moyenne de la nation considère comme tel ». — Planck, sur l'article 138 du Code civil allemand, dit de même qu'il faut se régler « sur la conscience populaire collective ». — Comp. Marmion, *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, thèse, Paris, 1924.

idéal, dit M. Demogue. Mais qu'est-ce donc que la règle morale sinon la règle de conduite dictée par la considération d'un idéal divin ou humain? La répétition de l'acte immoral ne le rend pas licite parce que l'immoralité devient coutumière. L'assentiment général n'est souvent que l'accoutumance au vice. La pitoyable consécration d'une pratique par une opinion égarée ne la légitime pas.

Le recours à une conception sociologique des bonnes mœurs témoigne simplement de la grande peur des juristes de voir la règle morale s'imposer dans le monde juridique, et se révéler supérieure à la loi civile puisqu'elle jouerait un rôle normatif et briserait des contrats qui remplissent toutes les conditions posées par la loi civile. Ne s'attardent-ils pas ainsi à une conception philosophique vieillie qui voudrait opposer la morale à la science, comme si l'existence de la loi morale n'était pas un fait tout aussi scientifique que l'existence de la loi civile [1].

Les tribunaux résistent à ces pitoyables suggestions. Ils savent qu'ils sont les censeurs des passions humaines et non leurs serviteurs. Ils ne croient pas que la mode fasse la justice. Et c'est un grand émerveillement de voir dans une société où la débauche, le jeu, la corruption, la spéculation, l'enrichissement injuste sont regardés avec indulgence par l'opinion publique, les tribunaux ne pas tolérer que de pareils mobiles puissent inspirer des conventions valables.

Qu'il y ait dans l'idéal moral des incertitudes, cause d'hésitation ou de faiblesse en présence de certains contrats, c'est chose évidente. Il faut alors chercher à dégager une règle obscure ou imprécise. Si le juge peut se renseigner par l'étude des pratiques usuelles, il reste pourtant au-dessus de l'opinion; il doit la diriger et non la

(1) Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, 1911.

subir, et quand l'idéal moral s'obscurcit, il élève sa fonction en exerçant le pouvoir de censure qu'il tient de la loi. C'est bien ainsi que les tribunaux ont compris leur rôle. Leurs décisions ont paru souvent trop sévères. Ceux qui les ont blâmés ont-ils toujours manifesté un respect suffisant de l'idéal moral [1] ? Les tribunaux qui se trouvaient en présence des faits, et devant qui défilaient des êtres mus par des motifs lamentablement vils, avaient le devoir de maintenir la règle que de longs siècles de morale chrétienne ont imposée à la société et qu'ils sont chargés de défendre.

II

LA PROTECTION DES CONTRACTANTS

40 L'égalité des contractants et la loyauté du contrat.

40. — A la condition de respecter les lois et les bonnes mœurs, les contractants ont le droit de débattre leurs intérêts. C'est alors la lutte des volontés égoïstes, chacun s'efforçant d'obtenir le plus grand avantage moyennant le plus faible sacrifice. Lutte féconde, car elle est productrice d'énergies et conservatrice de richesses, lutte en tout cas fatale, car l'intérêt est le principal mobile des actions humaines, tout au moins, lorsqu'il s'agit de l'échange des produits et des services.

Rêvera-t-on d'une égalité absolue dans cette discussion contractuelle ? Mais cette égalité ne se rencontre jamais et, lors même qu'elle serait apparente, elle ne peut exister entre deux êtres qui ont une pensée, une volonté,

(1) Voyez par exemple les discussions sur la valeur du courtage matrimonial et opposez aux motifs donnés par les tribunaux sur le caractère sacré du mariage l'opinion de M. Wahl : « Le mariage n'est jamais un lien basé exclusivement sur l'affection ». (*Revue trimestrielle*, 1904, p. 483).

un but différents. Tant que la supériorité tient à la formation intellectuelle et morale de la personne humaine, à la modération de ses désirs, à la compréhension de ses intérêts, à la prévision des événements, la morale approuve qu'elle s'affirme par l'avantage contractuel, serait-il acquis aux dépens d'autrui. C'est une fausse conception de l'égalité dans les contrats qui inspire cette déclamation trop souvent entendue contre la supériorité de l'un des contractants. L'inégalité est fatale et il est juste que les qualités manifestées dans le commerce juridique soient source d'avantages.

Mais, si chacun se présente avec ses qualités naturelles ou acquises, il ne faut pas que la lutte contractuelle soit déloyale et elle le devient dès que l'un des contractants abuse de sa supériorité. Consacrer la liberté de contracter sous le prétexte que ni l'objet, ni la cause de l'obligation ne sont illicites, ce serait en réalité permettre l'exploitation de l'homme que la morale réprouve.

Pour l'empêcher, la loi civile s'est efforcée d'assurer par différents moyens la loyauté du contrat. Il y a des règles du jeu. La protection des contractants est garantie par l'exclusion de ceux qu'un état permanent physique ou moral révèle hors d'état de lutter utilement et par l'assistance qui leur est prêtée. Elle est assurée aussi par l'analyse subtile faite de la valeur du consentement qui vient protéger une volonté mal assurée. Il ne peut être question ici de rappeler ces règles que nous supposons connues. Il s'agit simplement de montrer par quels points les règles établies par la loi ou dégagées par la jurisprudence répondent au désir de moraliser le contrat.

§ 1. — Le caractère moral de la théorie des vices du consentement.

41. La théorie des vices du consentement ne peut s'expliquer uniquement par l'analyse de la volonté. — 42. Extension par la jurisprudence de la nullité pour cause d'erreur. — 43. L'idée de lésion dans la nullité pour erreur. — 44. L'erreur doit-elle être commune aux deux parties? — 45. Du caractère illégitime de l'acte de violence. — 46. Violence résultant du cas fortuit ou de l'état de nécessité. — 47. Caractère de la nullité pour cause de dol. — 48. Nullité pour réticence. — 49. Conclusion sur les tendances de la jurisprudence en cette matière.

41. — La théorie des vices du consentement se trouve aujourd'hui bâtie sur le plan de la doctrine dite de l'autonomie de la volonté. Il s'agit, d'après les jurisconsultes classiques, d'analyser le degré de la volonté. Entre celle qui existe dans le cœur des contractants et celle qui ne s'affirme que sur leurs lèvres, le consentement interne faisant totalement défaut, il y a une volonté de qualité inférieure, viciée dans son élément de liberté par la violence, dans son élément de conscience par l'erreur et le dol. Elle est suffisante pour donner la vie au contrat, parce que mal vouloir c'est encore vouloir et que, violentée ou trompée, la volonté est toujours une volonté, mais elle ne saurait pourtant avoir, à raison de ses défauts, la même valeur qu'une volonté saine. Une analyse du consentement permet d'en connaître les vices. La nullité du contrat est la conséquence logique de l'insuffisance de la volonté exigée par la loi.

Il me paraît extrêmement douteux que la théorie des vices du consentement puisse être justifiée et appliquée en se basant sur cette seule analyse psychologique. Alors même que sa subtilité ne déconcerterait pas, cette analyse ne permet guère de comprendre le fonctionnement des règles légales. L'origine même de la théorie, sortie des

délits prétoriens, l'influence certaine que le droit canonique a dû avoir dans cette analyse portant sur la valeur de la parole donnée [1], le caractère légal de la nullité résultant des vices établie comme nullité relative au profit de la seule personne lésée, l'application faite par la jurisprudence de cette action en nullité dans toutes les hypothèses où la suppression du contrat lui paraît être la meilleure réparation, tout cela donne à penser que la théorie des vices du consentement ne peut s'expliquer entièrement par l'analyse psychologique de la volonté créatrice du droit. Elle a été admise pour permettre la protection d'un contractant qui lutte dans le contrat avec des armes inférieures et pour empêcher que l'autre partie ne tire un avantage de cette infériorité connue d'elle et quelquefois créée par elle [2]. Le contrat serait bien valable d'après toutes les règles du droit civil, car il y a volonté malgré le vice, mais le contractant victime de ce vice peut se prévaloir d'une nullité de protection et échapper à l'application du contrat, cependant que l'autre partie reste tenue par la loi qu'elle s'est elle-même donnée.

Quelques remarques particulières sur l'application de la théorie des vices du consentement dans notre jurisprudence suffiront à marquer cet aspect moral de la théorie.

42. — C'est tout d'abord l'extension considérable donnée par la jurisprudence à la nullité pour *erreur*. L'article 1110 du Code civil ne vise que l'erreur sur la substance de la chose, objet du contrat, et les juristes qui sont imbus de la doctrine de l'autonomie disent qu'il n'y a véritablement vice de la volonté que si on peut relever

(1) Meynial, *Notes sur l'histoire du dol et de la violence dans les contrats dans le très ancien droit français*, 1929 (Mélanges Fournier, p. 185).

(2) Comp. de Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, 1856, III, p. 101; Demogue, *Obligations*, I, n° 217 *bis*.

cette défaillance du consentement dans le cercle contractuel, c'est-à-dire à propos de l'objet du contrat [1]. Mais la jurisprudence donne une interprétation autrement large de l'erreur sur la substance et décide que l'erreur doit être prise en considération « lorsqu'elle est de nature telle que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté » [2].

Les applications sont constantes. Les tribunaux admettent que l'acquéreur peut demander la nullité de la vente d'un tableau ou d'un objet d'art s'il s'est trompé sur la personnalité de l'auteur ou le caractère d'ancienneté de l'œuvre acquise, alors qu'il tenait avant tout à tel auteur et à telle époque [3]. Ils admettent également la nullité au cas d'erreur sur le caractère artistique d'un ouvrage de librairie [4], sur la contenance d'un terrain insuffisant pour une construction [5]; ils admettent la nullité du bail au cas d'erreur sur la personne du locataire ou du fermier [6], la nullité de l'assurance si on s'est assuré à une mutuelle, croyant s'assurer à une compagnie à primes fixes [7].

Je pourrais d'ailleurs donner des propositions inverses

(1) Demolombe, XXIV, n° 88; — Aubry et Rau, 5e éd., IV, p. 490; — Huc, VII, nos 2 et suiv.; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, I, n° 54.

(2) Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique de droit civil*, VI, nos 174 et s.; — Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, nos 30 et s.

(3) Décisions extrêmement nombreuses. Voyez notamment pour le nom du peintre : Paris, 29 mars 1856, D. 56, 2, 175; Paris, 18 juin 1875, D. 76, 2, 62; Paris, 19 janvier 1898, sous Cass., 25 juillet 1900, D. 1904, 1, 611; — pour des meubles achetés comme anciens alors qu'ils sont modernes : Paris, 1er décembre 1875, S. 77, 2, 325; Paris, 14 décembre 1882, S. 83, 2, 69; Agen, 30 avril 1884, sous Cass., 26 octobre 1886, S. 87, 1, 153; Paris, 5 mars 1890, S. 90, 2, 133; Bordeaux, 13 novembre 1905, S. 1908, 2, 387; Seine, 14 mars 1914, *Gaz. Tribunaux*, 1915, 1, 386.

(4) Riom, 12 mai 1884, S. 85, 2, 13; Aix, 21 décembre 1894, *Gaz. Palais*, 1895, 1, 276.

(5) Orléans, 18 janvier 1895, D. 95, 2, 417.

(6) Nantes, 10 juillet 1894, *Gaz. Palais*, 1894, 2, 176.

(7) Cass. Req., 6 mai 1878, D. 80, 1, 12, S. 80, 2, 125; Cass. Civ., 14 janvier 1902, *Gaz. Tribunaux*, 1902, 1, 206; Cass. Req., 9 décembre 1913, *Gaz. Palais*, 1914, 1, 229.

et les appuyer par des citations de jurisprudence ; en pareille matière tout a été soutenu et tout a été jugé [1]. Mais, si tout a pu être soutenu, c'est que l'on a abandonné la conception du vice de la volonté dans le contrat pour faire de la théorie de l'erreur un procédé technique de protection du contractant venu au contrat avec l'illusion qu'il en retirerait un certain avantage et s'apercevant après coup qu'il a été lésé. Il y a un rapprochement certain entre cette théorie et celle de la garantie dans la vente ; on voit parfois les tribunaux hésiter entre l'un et l'autre moyen.

Comme il fallait expliquer cette extension de la théorie de l'erreur, on a imaginé de dire que la substance de la chose est une notion qui doit s'entendre *subjectivement* et qu'une qualité devient substantielle quand elle est envisagée comme telle. On restait ainsi dans le domaine de la volonté [2]. Mais l'explication ne vaut que pour les qualités de l'objet et il y a d'autres erreurs.

On a dit alors : l'erreur qui doit être relevée est celle qui porte sur le *motif déterminant* de l'obligation, sur le but du contrat ; cette erreur c'est en réalité, *l'erreur sur la cause*, donc sur un élément essentiel du contrat [3]. Explication ingénieuse, mais qui ne s'appuie que sur une distinction laborieuse de la cause et des motifs. Elle ne trouve, quoi qu'on en ait dit, aucun appui dans les textes du Code civil [4], et surtout elle ne rend pas compte du

(1) Voir Demogue, *Obligations*, I, nos 222 et suiv., p. 365 et suiv. ; — Celice, *De l'erreur*, thèse, Paris, 1922 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique*, V, no 177.

(2) Fubbini, *Contribution à la théorie de l'erreur sur la substance*, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 308.

(3) Capitant, *De la cause*, nos 102 et suiv., pp. 208 et suiv. — Comp. dans le même sens : Celice, *L'erreur*, thèse précitée ; — Delachenal, *De l'influence exercée par l'article 1110 sur la détermination de la cause*, *Revue critique*, 1904, p. 596.

(4) M. Capitant (*op. cit.*, no 103, p. 212) invoque le texte de l'article 1110-2o qui suppose que la considération de la personne a été la *cause* principale de l'obligation. Il semble difficile d'admettre que le mot cause ait été ici employé dans le sens qu'il lui donne.

caractère relatif d'une nullité qui tirerait son principe d'une fausse cause [1].

La jurisprudence décide simplement qu'il y a nullité toutes les fois que le contractant s'est gravement trompé. Elle se contente parfaitement de l'erreur sur le motif du contrat et vérifie simplement si ce motif est bien celui qui a déterminé la victime de l'erreur à contracter. En un mot, elle se préoccupe d'une seule chose : la protection de la personne lésée dans un contrat qui se révèle inutile pour elle.

43. — Ce que l'on n'a pas assez remarqué c'est le constant appel fait à l'idée de *lésion* par les décisions qui prononcent la nullité et la constatation de l'absence de préjudice subi dans les décisions qui maintiennent le contrat [2].

Ainsi quand un vendeur se trompe sur la signature d'un tableau ou l'ancienneté de l'œuvre, l'erreur importe peu, puisqu'il cède la toile et en obtient le prix ; il ne faudrait annuler la vente que si son erreur l'avait conduit à céder le tableau à vil prix [3]. L'acheteur qui se trompe au contraire est lésé toutes les fois qu'il découvre que l'œuvre ne porte pas la signature qu'il croyait y trouver ou n'a pas le caractère d'ancienneté qui avait été annoncé. Plus visible encore est la considération de la lésion lorsqu'on annule la vente d'un ouvrage d'art qui n'a pas le caractère artistique promis, la vente d'une automobile dont le châs-

(1) M. Celice (*thèse citée*, p. 186) a été réduit à admettre qu'il pourrait y avoir nullité absolue, et cette conclusion le gêne visiblement.

(2) Voyez notamment une espèce curieuse d'erreur dans l'établissement d'une canalisation d'électricité : Cass. Req., 19 janvier 1925, D. H. 1925, 97.

(3) Encore faudrait-il que la qualité de l'œuvre fût évidente, sans quoi le vendeur ne serait pas lésé, l'augmentation de valeur provenant de la découverte personnelle faite par l'acquéreur de la signature ou de l'époque. Comp. Saint-Brieuc, 26 février 1908, D. 1909, 2, 223 et sur ce jugement les appréciations différentes de M. Maury (*thèse citée*, t. I, p. 111) et de M. Celice (*thèse citée*, p. 78, note 1).

sis n'est pas de l'année indiquée [1], la vente de terrains qui se révèlent impropres à la culture [2] ou à la construction [3], la vente de titres de bourse que l'on croit d'une société française et cotés à la bourse de Paris alors qu'ils sont d'une société anglaise sans consistance et non cotés [4]. De même quand il s'agit de contrats d'assurances passés avec une mutuelle qu'on croit être une société à primes fixes, la considération qui fait annuler le contrat ce n'est pas l'erreur sur la forme juridique de la société et la nature du contrat, c'est le fait que l'assuré a contracté sans le savoir des obligations d'assureur et qu'il « n'aurait jamais signé la police s'il avait su d'une façon quelconque que loin de pouvoir en cas de faillite toucher une indemnité, il serait exposé à payer sa part du passif » [5].

Dans les ventes de fonds de commerce les tribunaux admettent la nullité lorsque l'acheteur n'a pas été renseigné sur les comptes du cédant et ils en arrivent presque à présumer l'erreur [6]. Dans les cessions d'offices ministériels ils recherchent si l'acquéreur n'a pas par erreur payé un prix trop élevé [7].

On objectera que l'erreur sur la valeur de la chose n'est pas considérée comme une cause de nullité du contrat, encore que l'une des parties soit lésée par cette erreur [8]. La raison en est que la loi ne doit protéger les parties que dans la mesure où elles n'ont pas le devoir de se protéger

(1) Trib. Seine, 8 juillet 1907, D. 1908, 5, 15; Rouen, 8 décembre 1911, *Gaz. Palais*, 1912, 1, 536.
(2) Bourges, 10 mars 1838, D. *Jur. Gén.* V° *Vices rédhibitoires*, n° 71.
(3) Orléans, 18 janvier 1895, D. 95, 2, 417.
(4) Seine, 9 avril 1909, D. 1910, 5, 8; Paris, 4 mars 1924, D. H. 1924, 209.
(5) Paris, 11 décembre 1924, D. H. 1925, 124. Cass. Req., 11 janvier 1910, D. 1910, 1, 88, S. 1912, 1, 398.
(6) Cass. Civ., 15 février 1898, D. 98, 1, 192, S. 98, 1, 445; Paris, 9 novembre 1889, D. 1900, 2, 210, S. 1900, 2, 296.
(7) Cass. Req., 13 juin 1910, S. 1913, 1, 347.
(8) Voy. Paris, 11 décembre 1924, D. H. 1925, 124.

elles-mêmes. Or, dans un contrat à titre onéreux, la valeur de la chose doit être l'objet de la préoccupation constante des parties. L'erreur n'est pas ici excusable, à moins qu'elle ne provienne du dol, et, si les deux prestations ne sont pas d'égale valeur, ce n'est plus une question d'erreur qui se pose, mais la grave question de la lésion que nous retrouverons (nos 61 et suiv.).

44. — Si cet élargissement de la nullité pour erreur augmente ainsi la protection d'un contractant, ne va-t-elle pas en revanche aboutir à une grave injustice en enlevant à une partie le bénéfice du contrat conclu, uniquement parce que l'autre partie n'a pas obtenu la réalisation du but qu'elle se proposait en contractant? Il y aurait là certainement une injustice — et elle serait d'autant plus grande que l'on admettrait toute erreur sur les motifs comme cause de nullité, — si la jurisprudence n'y avait porté remède en exigeant que *l'erreur soit commune* aux deux contractants. Elle entend par là que tous deux connaissent le motif déterminant qui guide chacun d'eux.

En construisant la théorie de l'erreur sur l'analyse de la volonté, on doit logiquement se contenter d'une erreur unilatérale [1]. Cette solution choque tellement l'équité que les tribunaux ne l'ont presque jamais admise [2]. Ainsi dans les ventes de tableaux ou d'objets d'art, il n'y aurait nullité du contrat pour erreur sur le caractère d'ancienneté de l'objet que si le vendeur et l'acheteur croyaient que l'objet était ancien. L'acheteur ne pourrait prétendre qu'il s'est trompé alors que le vendeur n'a jamais eu l'intention de vendre un objet ancien. Pour expliquer cette solution, certains auteurs font remaquer

(1) Aubry et Rau, 5e éd., IV, p. 496 ; — A. Colin et Capitant, II, p. 296. — *Contrà :* Josserand, *Les mobiles,* no 65 : — Celice, *op. cit.*, p. 196. — Comp. Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique de droit civil,* VI, no 177.

(2) Voy. par ex. Seine, 9 mars 1925, D. H. 1925, 263.

que la qualité de l'objet ne peut être considérée comme substantielle que si elle est connue des deux parties. D'autres disent tout simplement qu'il y a responsabilité de la part de la partie trompée à l'égard de l'autre contractant pour l'avoir poussé à contracter et que cette responsabilité se traduit par le maintien du contrat [1].

Toutes ces explications traduisent l'embarras des juristes pour expliquer les solutions admises en matière d'erreur. Ce vice du consentement, qui tenait autrefois une si petite place dans le droit romain, joue aujourd'hui un rôle considérable dans la pratique. Le plus souvent il y a erreur de l'un des contractants sans que l'autre partage cette erreur, mais ce dernier la connaissait et n'a rien fait pour le détromper [2]. Il n'y a pas dol dans cette simple abstention; il n'y a pas réticence coupable puisque l'on n'est pas tenu de détromper celui qui erre, mais il y a tout de même exploitation de l'erreur d'autrui. Il est des erreurs excusables. La moralisation du contrat exige qu'une personne ne soit pas engagée parce qu'elle est trompée. L'extension de la nullité pour cause d'erreur est l'un des moyens employés par la jurisprudence pour faire tomber des contrats qui ne lui paraissent pas loyalement conclus.

45. — Combien plus encore allons-nous voir la protection légale s'exercer au profit du contractant qui n'entre dans le contrat que courbé devant l'acte de *violence* de l'autre partie ou d'un tiers. Ici encore on a voulu bâtir la théorie sur l'analyse de volonté et distinguer la violence qui détruit le consentement de celle qui le vicie. Mais,

(1) M. Demogue (*Obligations*, I, n° 245) cite l'opinion de M. Giorgi (*Obligazioni*, IV, n° 67) d'après lequel il n'y a pas de nullité si l'erreur est inexcusable et laisse au juge le soin de prononcer ou non la nullité « suivant les nécessités pratiques », ce qui est tout de même un peu vague.

(2) Comp. Rennes, 11 janvier 1923, *Gaz. Palais*, 14 juin 1923; Trib. Seine, 21 juillet 1925, D. H. 1925, 696.

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 [1].

C'est d'ailleurs là la vieille tradition de notre droit. Le délit de *metus* est celui qui est le plus à craindre aux époques troublées où sombre l'autorité publique. L'Eglise a employé toute sa force à imposer la restitution au profit de celui qui a été spolié et, dans les anciens auteurs, par exemple dans Beaumanoir, l'acte de violence, c'est toujours l'abus de force du seigneur qui emprisonne ou met aux fers celui dont il désire la chose ou la promesse. Aujourd'hui la violence est plus rare, elle est surtout moins brutale, la menace devient intimidation ou chantage.

Supposons que l'acte d'où naisse la crainte soit un acte légitime, le consentement de celui qui s'oblige n'en est pas moins altéré, le contrat n'est pourtant pas frappé de nullité. On ne peut mieux démontrer que la nullité n'est prononcée que dans les hypothèses où l'annulation du contrat est imposée par une considération de justice. Le Code civil en donne un exemple en décidant que la crainte révérentielle ne peut être assimilée à la violence (art. 1114). Sans doute cette crainte est de nature à altérer profondément le consentement, mais celui qui l'inspire ne fait rien d'illicite. La jurisprudence applique ce principe d'une façon constante. Toutes les fois que l'acte qui, par la crainte d'un mal considérable et présent, trouble la volonté du débiteur est un acte régulier et légitime

(1) Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique*, t. VI, nos 191 et s.; — Demogue, *La violence. Revue trimestrielle*, 1914, p. 435; — Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, no 71; — André Breton, *La notion de violence en tant que vice du consentement*, thèse, Caen, 1925; Note au *Sirey*, 1926, 1, 121. — Comp. Abdullah el Araby, *La contrainte économique et le délit civil de violence*, thèse, Lyon, 1925.

pour celui qui l'exerce, il ne peut être appelé acte de violence. Ainsi le débiteur qui, terrifié par les menaces de poursuites de son créancier, signe un engagement, ne peut en demander la nullité, aurait-il signé contraint et forcé [1]. Ainsi encore l'auteur d'un délit qui promet d'en réparer les conséquences sous l'empire de la crainte que lui cause la découverte du délit et la menace de la victime, est valablement obligé [2]. On peut faire la contre-démonstration : si l'engagement est excessif, c'est-à-dire hors de proportion avec la réparation du dommage, il est nul [3]. Il n'y a donc que la violence injuste qui soit une cause de nullité [4].

46. — L'article 1109 du Code civil déclare qu'il n'y a pas de consentement « s'il a été extorqué par la violence ». On voit nettement par cette expression légale que dans la pensée du législateur, il faut une extorsion. Or il y a des contractants qui se trouvent par *cas fortuit*, dans la nécessité de contracter, et cette situation singulière a attiré depuis longtemps l'attention des jurisconsultes. On se souvient de l'exemple donné par Pothier : un voyageur arrêté par des brigands promet sous l'empire de la peur une somme considérable à un tiers qui le tirera d'affaire. Le contrat est-il nul pour vice de violence ? Les jurisconsultes romains posaient déjà la question et répondaient négativement, mais ils n'avaient pas pour la personne du contractant la pensée de protection du droit moderne. Pothier maintient le contrat, mais décide qu'il

(1) Cass. Req., 19 février 1879, D. 79, 1, 445, S. 80, 1, 62 ; 10 novembre 1908, D. 1909, 1, 16, S. 1909, 1, 76. Comp. Cass. Civ., 19 avril 1913, D. 1917, 1, 103.

(2) Caen, 9 avril 1853, D. 54, 2, 189, S. 54, 2, 30 ; Cass. Req., 17 novembre 1925, S. 1926, 1, 121, note Breton.

(3) Cass. Req , 10 novembre 1908 précité ; Cass. Req., 17 août 1865, S. 65, 1, 399.

(4) A. Colin et Capitant, 7e éd., II, n° 44 ; — Demogue, *Obligations*, I, n° 301 ; — Breton, thèse citée et note au S. 1926, 1, 221 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique*, V, n° 196.

peut y avoir réduction de la somme promise si elle est excessive [1].

Dans la jurisprudence, la question s'est posée pour le contrat d'assistance passé entre le capitaine d'un navire en péril et celui d'un navire sauveteur. Les tribunaux tout en maintenant le contrat conclu se reconnaissaient le droit de réduire la rémunération stipulée, et c'est la solution qui a été consacrée par la loi du 29 avril 1916 (art. 7) [2]. Dans cette loi, comme d'ailleurs dans la jurisprudence antérieure, on retrouve cette idée, qu'il faut considérer non la liberté du consentement, mais le caractère équitable du contrat. La loi de 1916 dit que la convention peut « être annulée ou modifiée par le tribunal s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables », ou, ce qui revient au même, « lorsque la rémunération est de façon excessive dans un sens ou dans l'autre hors de proportion avec le service rendu ».

Ainsi, par lui-même, l'état de nécessité n'est pas une cause de nullité de contrat [3]. Il altère pourtant la volonté tout comme la contrainte, mais cette altération ne provient pas d'une extorsion et, à vrai dire, tout homme se trouve plus ou moins dans la société en état de nécessité de contracter, car il ne peut vivre sans contracter. L'injustice ne commence que lorsqu'une autre personne, connaissant cet état, l'exploite immoralement. Nous retombons alors dans le problème de la lésion ; ce n'est plus l'affaiblissement de la volonté que l'on prend en considération, mais l'injustice qui naît de l'inégalité des prestations [4].

(1) POTHIER, *Obligations*, n° 24.
(2) Georges RIPERT, *Droit maritime*, 3e éd., III, nos 2169 et suiv.
(3) LALLEMENT, *L'état de nécessité en matière civile*, thèse, Paris, 1922, notamment nos 4, 45 et suiv. — Contra : DEMOGUE, *Obligations*, I, n° 320. — Comp. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique*, VI, n° 195.
(4) Comp. ABDULLAH EL ARABY, *La contrainte économique*, thèse, Lyon, 1924.

47. — C'est surtout dans la théorie du *dol* qu'éclate le caractère moral de la théorie des vices du consentement. Ici, et par définition même, l'examen du juge porte beaucoup moins sur le consentement de celui qui a été trompé que sur l'acte de celui qui a trompé. De tout temps le dol a été défini l'acte coupable qui peut revêtir les formes les plus diverses, « toute mauvaise voie pour tromper quelqu'un », dit Domat. Si, dans les exemples donnés par les anciens auteurs, les cas de « tricherie » sont toujours les mêmes, dans le monde moderne habile à la ruse, les cas de dol sont innombrables. Ils vont de l'escroquerie délictuelle à la simple allégation mensongère.

Pour conserver au dol son caractère, on a fait état de la distinction entre le dol, cause déterminante du contrat, et le dol incident. C'est obscurcir la théorie et proposer aux juges une distinction impossible en fait et injuste dans ses résultats [1]. La jurisprudence n'en tient aucun compte. Elle admet la nullité pour dol dans des hypothèses où le dol n'a pas déterminé le contrat, mais en a modifié les conditions et où il devrait être qualifié incident [2], et elle ne rejette la nullité pour ce motif que dans les hypothèses où le dol n'est pas antérieur ou concomittant au contrat.

Le caractère pénal de l'action en nullité pour dol apparaît d'ailleurs clairement dans l'organisation technique de l'action. Le dol n'est une cause de nullité que s'il émane du contractant. S'il s'agissait uniquement de l'altération du consentement de la victime, peu importerait la personnalité de l'auteur du dol. Bien au contraire l'article 1116 n'admet la nullité que lorsque le dol « résulte des manœuvres pratiquées par l'une des parties ». Si le

(1) Ambroise Colin et Capitant, 7e éd., II, n° 44 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique*, VI, n° 207 ; — Perrin, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, thèse, Paris, 1931.

(2) Voir les exemples donnés par Demogue, *Obligations*, I, n° 360.

dol émane d'un tiers, on ne peut faire supporter au contractant la conséquence de cette tromperie à laquelle il ne s'est pas associé ; il y aurait une véritable injustice à le priver du bénéfice du contrat. C'est la seule raison valable et elle explique pourquoi le dol émané d'un tiers est pris en considération dans la donation, le donataire n'éprouvant aucune perte de l'annulation de la donation [1].

La règle est différente pour le vice de violence et certains auteurs jugent peu logique cette différence. Mais le législateur se laisse uniquement guider par la préoccupation de protéger le contractant contre l'acte de violence ; la protection personnelle est impossible et la défense doit être assurée d'où que vienne l'attaque. Contre la tromperie au contraire, un homme doit être en défense dans le monde moderne. Le dol est susceptible de degrés infinis, il peut être deviné ou écarté ; il y a toujours de la part de la victime quelque naïveté coupable. La loi n'a pas la prétention d'assurer dans le contrat l'égalité des forces intellectuelles.

Si le dol émane du contractant, il ne s'agit plus alors seulement de protéger, mais aussi de punir. L'immoralité de l'un des contractants lui donne contre l'autre une arme déloyale. La loi frappe le contrat de nullité. Aussi la jurisprudence applique-t-elle la nullité dès que l'un des contractants a été complice du dol commis par un tiers, et elle entend très largement cette complicité [2], si bien que le seul fait de connaître le dol d'un tiers et d'en profiter pourrait être considéré comme une complicité [3].

48. — Pour apprécier si une obligation mensongère constitue un dol, il faut tenir compte de la nature du

(1) Planiol, *Traité élémentaire*, 12e éd., II, n° 2885 et la jurisprudence citée.
(2) Cass. Req., 20 mars 1883, S. 84. 1, 417.
(3) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, I, n° 209 ; — Demogue, *Obligations*, I, n° 366.

contrat, des relations des parties et de la confiance réciproque qu'elles s'accordent. En partant de cette idée on peut arriver à trouver une cause de nullité dans la simple *réticence*, c'est-à-dire dans le silence gardé par l'une des parties sur un fait que l'autre partie ignore et qui, si elle le connaissait, modifierait profondément ses intentions. On dit en général que la réticence ne constitue pas un dol. On ne peut poser un principe aussi immoral. Ce qui est vrai, c'est que, dans la plupart des contrats, il y a opposition d'intérêts entre les contractants. Chacun est le gardien de ses propres intérêts et doit par conséquent se renseigner lui-même. Il n'y a donc rien de coupable à ne pas donner à l'autre partie des indications qu'elle aurait pu se procurer elle-même. Mais la solution change et la réticence devient coupable, si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre. Les tribunaux ont annulé pour dol par réticence des contrats dans lesquels une des parties était seule en mesure de connaître un fait ignoré de l'autre et devait par devoir d'honnêteté révéler ce fait [1].

Quand le contrat suppose une confiance réciproque entre les parties, l'obligation de renseigner exactement le cocontractant devient une obligation juridique et la réticence une cause légale de nullité du contrat. L'article 348 C. com. annule le contrat d'assurance maritime pour réticence et fausse déclaration de l'assuré [2]. La jurisprudence avait étendu ce texte à toutes les assurances [3]. La loi du 13 juillet 1930 (art. 21) donne le principe en

(1) Cass. Req., 5 décembre 1838, S. 38, 1, 951 ; Cass. Civ., 17 février 1874, D. 74, 1, 193, S. 74, 1, 249 ; Grenoble, 19 avril 1894, *Gaz. Palais*, 1894, 2, 103 ; Abbeville, 7 mai 1913, *Gaz. Palais*, 1913, 1, 663. — Voyez Ivanus, *De la réticence dans les contrats*, thèse, Paris, 1925 ; — Cohin, *L'abstention fautive*, thèse, Paris, 1929 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique*, VI, n° 201.

(2) Georges Ripert, *Droit maritime*, 3e éd., III, nos 2414 et suiv.

(3) Cass. Civ., 22 novembre 1921, S. 1923, 1, 81, note Hugueney ; Paris, 17 février 1881, S. 83, 2, 25, note Labbé.

en adoucissant un peu l'application [1]. Pour expliquer cette disposition, on dit quelquefois que le contrat d'assurance est un contrat de bonne foi ; mais l'expression est certainement vicieuse, car tous les contrats sont dans notre législation des contrats de bonne foi. L'idée est pourtant exacte. On veut indiquer que dans un pareil contrat les parties ne sont pas en état de défiance respective et que l'assuré doit s'adresser à l'assureur en toute franchise et loyauté et le mettre en mesure de connaître exactement le risque qu'il court. Aussi la jurisprudence n'accuse-t-elle pas l'assuré de réticence lorsqu'il est de bonne foi [2], ou encore lorsque l'assureur a commis une faute en ne se renseignant pas sur des faits faciles à connaître [3]. La loi du 13 juillet 1930 a également tenu compte de la bonne foi de l'assuré.

La loi du 29 avril 1916 sur l'assistance maritime admet également une nullité du contrat pour réticence sous l'inspiration de cette idée que dans des opérations d'assistance les deux parties doivent agir en toute confiance.

On pourrait étendre l'application de ce principe à tous les contrats dont le but est d'établir une collaboration des parties et notamment au contrat de société. La nullité pour réticence permettrait d'atteindre des sociétés qui se sont constituées sur des réticences coupables. La jurisprudence, faute de texte, n'a pu le faire. Elle a simplement étendu autant que possible l'idée de dol pour atteindre le silence coupable de l'un des contractants.

49. — Ainsi dans cette importante jurisprudence relative aux vices du consentement, apparaît la pensée con-

(1) Voy. PLANIOL, RIPERT et LEPARGNEUR, *Traité pratique*, XI, nos 1299 et s. ; — MONTCHARMONT, *La déclaration du risque dans les assurances terrestres d'après la loi du 13 juillet 1930*, thèse, Paris, 1932.

(2) Marseille, 4 juillet 1892, 3 août 1894 et 21 mars 1902, *Revue int. du droit maritime*, VIII, 139, X, 456 et XXVII, 602.

(3) Georges RIPERT, *Droit maritime*, 3e éd., III, no 2421.

stante de la moralisation du contrat. Les tribunaux ne pèsent pas la force de la volonté déclarée. Cette idée est celle de la doctrine. C'est elle qui a inventé l'erreur-obstacle [1] et l'erreur-vice, les qualités substantielles et accidentelles, le dol principal et le dol incident. Plus tard, inspirée par les travaux germaniques qui raffinent sur les subtilités de la technique, elle s'est lancée dans la distinction de la volonté interne et de la volonté déclarée. Alors le problème est devenu tout à fait insoluble car on commençait par séparer la déclaration de la volonté qui l'avait inspirée et il fallait distinguer l'erreur dans la déclaration et l'erreur dans la volonté !

Les tribunaux ont simplement deux hommes à juger. L'un a besoin de protection parce qu'il s'est trompé ou qu'il a été trompé ou violenté. On est tout prêt à lui accorder cette protection. Mais il faut juger si le mal dont il se plaint n'est pas la conséquence ou de l'autorité légitime d'autrui ou de sa propre faute. Et même, lorsqu'il en est autrement, il ne faut pas que la protection qu'on lui accorde lui soit donnée aux dépens d'autrui.

Non seulement la jurisprudence arrive à ce résultat par les conditions qu'elle met à l'exercice de l'action en nullité, mais encore elle introduit ici la responsabilité délictuelle pour nullité du contrat et, grâce à l'application de l'article 1382, elle peut indemniser le contractant irréprochable du préjudice qui lui est causé par la protection nécessaire de l'autre partie. Cette application nuance encore la théorie des vices du consentement et elle est inspirée par la même idée morale.

Ces considérations morales éclairent mieux toute cette théorie que les analyses psychologiques sur l'intensité de la volonté viciée. Le juge ne mesure pas scientifiquement la force de la volonté. Il ne s'agit pas ici d'un problème de physique, mais du respect de la morale.

(1) GAUDEFROY, *L'erreur-obstacle*, thèse Paris, 1924.

§ 2. — L'équité dans le fonctionnement des incapacités.

50. Caractère technique de l'organisation des incapacités. — 51. La réduction des obligations excessives. — 52. Nécessité de la lésion pour la nullité des actes du mineur. — 53. Dol et fraude des incapables dans les contrats. — 54. Opposition de l'idée morale et de la forme technique.

50. — Dans le cas où l'infériorité de l'un des contractants provient d'un état permanent de faiblesse intellectuelle, le législateur établit une règle fixe d'incapacité juridique. L'incapable sera représenté, assisté ou autorisé par une personne capable. Pour organiser cette incapacité et cette protection, il faut un jeu assez complexe de règles. Elles s'efforcent d'assurer le mieux possible la protection de l'incapable et en même temps de donner toute garantie aux tiers qui traitent avec lui. Elles visent par conséquent les actes juridiques d'après leur nature et leur importance. Il y a une technique de l'incapacité qui doit d'ailleurs beaucoup à la tradition. Il semble par suite qu'il n'y ait qu'à laisser jouer ces règles techniques. La question de la moralité du contrat paraît ne pas pouvoir se poser ou tout au moins ne pas se poser d'une façon différente que pour la personne capable.

Si la remarque est vraie d'une façon générale, il faut tout de même noter une influence de l'idée morale dans l'organisation des incapacités. La règle légale, parce qu'elle est générale, tombe quelquefois à faux. Elle protège mal ou trop. L'incapable reste dans certains cas sans défense ; dans d'autres cas, il se sert injustement de la protection légale. Le juge est obligé d'intervenir pour mettre un peu d'équité dans le jeu des incapacités.

A cette idée se rattachent des théories trop connues pour qu'il soit besoin de les exposer longuement ; je me contente de les rappeler pour marquer leur place.

51. — Il faut signaler tout d'abord la règle très souple de l'article 484 § 2 du Code civil sur la *réduction des obligations excessives* contractées par le mineur émancipé. Les tribunaux ont à apprécier le caractère excessif de l'obligation ; pour le déterminer, ils ne tiennent pas compte seulement de la fortune du mineur et de l'utilité de la dépense ; ils doivent aussi prendre en considération « la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui », porte ouverte à l'examen de la moralité du contrat [1].

La règle répond si bien aux préoccupations des tribunaux qu'ils lui ont donné la plus large extension. Ils l'appliquent aux actes qui dépassent la pure administration [2] et aux actes passés par le représentant légal, protégeant ainsi l'incapable contre la mauvaise administration du représentant [3]. Ils ont même admis que la réduction pouvait être totale, créant ainsi une nullité sous un autre nom [4].

Mieux encore, une jurisprudence constante, oubliant volontairement que l'incapacité du prodigue est une incapacité spéciale, admet la réduction des obligations excessives [5], et autorise le conseil judiciaire à protéger le prodigue en intentant l'action, jurisprudence singulièrement hardie, inspirée tout entière par une pensée d'équité et dont on a depuis longtemps marqué le caractère prétorien [5].

(1) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *Traité pratique*, I, nos 291 et 644.
(2) Cass. Req., 10 février 1890, D. 91, 1, 292, S. 93, 1463 ; 21 août 1882, D. 83, 1, 339, S. 83, 1, 113. — Mais cette application n'est pas toujours en faveur du mineur. V. PLANIOL, *Traité élémentaire*, 12e éd., t. I, no 2005, p. 638, note 1.
(3) Cass. Req., 24 avril 1861, D. 61, 1, 256, S. 61, 1, 625 (motifs). Comp. Paris, 27 juin 1889, D. 90, 2, 206, S. 89, 2, 159 ; A. COLIN et CAPITANT, 6e éd., I, p. 565.
(4) Cass. Req., 10 avril 1890, D. 91, 1, 292, S. 93, 1463.
(5) Cass. Req., 3 avril 1855, D. 55, 1, 229, S. 55, 1, 641 ; Cass. Civ., 8 août 1860, D. 60, 1, 316, S. 60, 1, 925 ; Cass. Req., 7 juillet 1902, D. 1902, 1, 432, S. 1902, 1, 504 ; Trib. Seine, 4 mai 1922, S. 1922, 2, 104.

52. — Ne nous attardons pas davantage à cette description de l'extension des incapacités. Si l'idée morale de justice n'est pas étrangère à cette extension, elle n'apparaît guère qu'à l'arrière-plan, car l'institution civile de l'incapacité est fondée sur plus d'un motif.

Bien plus intéressante au point de vue qui nous occupe est l'*atténuation de l'incapacité* quand la règle juridique apparaît comme une protection exagérée de l'incapable. On ne veut pas que l'incapable transforme en un moyen déloyal de lutte une arme qui lui a été donnée pour secourir sa faiblesse. Le Code civil donne lui-même la règle puisque l'article 1305 ne permet au mineur de réclamer la nullité des actes qu'il a passés personnellement et que son tuteur aurait dû passer, que s'il établit l'existence de la lésion. On cite souvent cette règle légale comme une mesure de protection pour le mineur. Pourtant, et en faisant abstraction de l'origine historique de la règle, il est certain qu'aujourd'hui elle atténue l'incapacité juridique du mineur puisque cette incapacité est générale. Le mineur qui, en fait, peut donner un consentement suffisamment éclairé, ne doit se servir de la règle de protection que s'il a été lésé par le contrat. Or, la jurisprudence applique cette règle d'une façon libérale, soit qu'elle refuse d'annuler un contrat qui n'est lésionnaire qu'à raison de son caractère aléatoire [2], soit qu'elle distingue entre les clauses du contrat pour n'annuler que les clauses lésionnaires [3].

D'autre part, malgré la forme négative de la proposition qu'il contient, l'article 1312 du Code civil impose très nettement à l'incapable l'obligation, après l'annulation du contrat, de restituer ce dont il s'est enrichi. Si

(1) Planiol, Ripert et Savatier, *Traité pratique de droit civil*, I, nos 291 et 761.
(2) Cass. Civ., 18 juin 1844, S. 44, 1, 497.
(3) Paris, 8 juillet 1882, D. 83, 2, 93, S. 85, 2, 106.

cette restitution ne comprend normalement que l'enrichissement conservé intact jusqu'au jour de l'exercice de l'action [1], l'incapable qui a reçu le paiement de mauvaise foi doit restituer tout ce qu'il a reçu quand bien même l'enrichissement aurait disparu [2]. Il perd ici, au fond, l'avantage de la protection légale et il le perd à cause de sa mauvaise foi. L'exercice de l'action extracontractuelle pour répétition de l'indû vient corriger l'effet rigoureux de l'incapacité, l'incapable étant indigne de protection.

53. — Ce n'est d'ailleurs là que l'un des aspects de la pénétration de la responsabilité délictuelle dans les nullités pour incapacité et il en est d'autres plus curieux. La jurisprudence, poursuivant le *dol commis par l'incapable* dans la conclusion du contrat, arrive à supprimer l'incapacité contractuelle en considérant que le maintien du contrat est la compensation légitime due à la victime du dol [3].

Le Code civil paraît bien peu favorable à cette idée puisque l'article 1307 ne reproche pas au mineur une déclaration mensongère de capacité. Mais, en se servant de l'article 1311, en relevant habilement que l'article 1307 ne vise que « la simple déclaration », les tribunaux sont arrivés à réprimer les manœuvres dolosives du mineur [4] et ils ont donné la même solution pour le prodigue [5].

(1) Cass., 23 février 1891, D. 92, 1, 29. Voyez pour le bénéfice d'un fonds de commerce : Paris, 20 janvier 1904, D. 1906, 2. 25.

(2) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 12e éd., II, n° 858 ; — DESCHAMPS, *Dol et faute des incapables dans les contrats*, *Revue critique*, 1890, p. 271.

(3) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *Traité pratique*, I, n° 296 ; — AGASTEIN, *Le dol des incapables à l'occasion des contrats*, thèse Paris, 1927 ; — BERGER-VACHON, *Le dol des incapables dans l'exécution des contrats*, *Revue critique*, 1931, p. 267.

(4) Cass. Req., 15 novembre 1898, D. 99, 1, 439, S. 99, 1, 225 ; 21 mars 1899, D. 99, 1, 192, S. 99, 1, 225. Comp. Cass. Civ., 7 mars 1922, *Gaz. Palais*, 1922, 1, 615 et sur renvoi, Dijon, 20 janvier 1923, *Gaz. Palais*, 27 avril 1923 ; Cass. Req., 19 mars 1924, *ibid.*, 11 mai 1924.

(5) Cass. Req., 29 janvier 1866, S. 66, 1, 105 ; Cass. Civ., 13 mars 1900, D. 1900, 1, 588, S. 1903, 1, 26.

Ils ont, bien entendu, appliqué la même règle à la femme mariée, ne lui permettant pas quand elle a employé des manœuvres dolosives de se prévaloir de son incapacité de femme mariée ou de son incapacité dotale [1]. Certaines décisions vont plus loin : constatant que l'article 1307 est spécial au mineur, que la femme mariée peut, plus facilement que le mineur, tromper les tiers, qu'elle ne peut se prétendre veuve ou divorcée que par un mensonge caractérisé, elles disent que la simple déclaration mensongère de capacité faite par la femme est un délit, et, l'obligeant à réparation, elles lui enlèvent à titre de compensation le droit de demander la nullité du contrat qu'elle a passé [2]. Ainsi est puni son manque de bonne foi. Ce n'est que dans le cas où les tiers qui traitent avec la femme, ou plaident contre elle, ont personnellement une faute à se reprocher pour ne pas avoir vérifié sa capacité, que les tribunaux rendent à la femme le droit d'agir en nullité [3].

54. — Toutes ces règles sont trop connues pour qu'il soit intéressant de les exposer de nouveau en détail. Il fallait les mettre à cette place pour marquer les efforts qui ont été faits en vue de la moralisation du contrat. La règle abstraite de l'incapacité est tantôt insuffisante, tantôt trop rigoureuse. C'est surtout quand elle va au delà du but qu'il est curieux d'observer les moyens employés pour en refréner l'application. Il y a des hypothèses où la règle légale de protection destinée à secourir la fai-

(1) Cass. Civ., 28 mars 1888, D. 88, 1, 361, S. 91, 1, 294 ; Cass. Req., 7 mai 1889, D. 90, 1, 119, S. 92, 1, 396 ; 8 novembre 1905, D. 1906, 1, 14, S. 1907, 1, 145, note Hémard ; et pour l'incapacité dotale : Cass. Req., 5 février 1894, D. 94, 1, 416, S. 95, 1, 21 ; Cass. Req., 14 avril 1904, D. 1905, 1, 181 ; Cass. Req., 14 juin 1904, D. 1905, 1, 185 ; Cass. Civ., 28 mars 1888, précité.

(2) Cass. Civ., 3 juin 1902, D. 1902, 1, 452, S. 1902, 1, 485. Comp. Besançon, 5 avril 1879, D. 80, 2, 6, S. 80, 2, 101.

(3) Cass. Civ., 6 avril 1898, D. 98, 1, 305, S. 1902, 1, 460. Voy. Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique de droit civil*, II, nº 422.

blesse de l'une des parties se révèle inutile [1], parce que cet incapable a su par une heureuse fortune enrichir son patrimoine. Il y a d'autres hypothèses où la règle se révèle mauvaise, parce que l'incapable a manifesté dans le contrat une force active et délictuelle. Il a par des manœuvres dolosives poussé l'autre partie à traiter avec lui. Cette force nocive ne saurait rester sans répression. La victime n'est plus l'incapable, c'est le contractant induit à contracter par ces manœuvres. En ne permettant pas à l'incapable de rompre ce contrat, on le prend à son propre piège et on le punit de sa fraude.

De telles considérations morales ne jouent d'ailleurs en matière d'incapacité qu'un rôle de second plan parce qu'ici l'organisation technique de l'institution occupe le premier. Il est nécessaire dans l'intérêt du crédit public de fixer le statut de l'incapable mêlé à la vie économique, et il est également nécessaire de prévenir les tiers de ce statut en assurant la publicité des incapacités. Or, toutes les fois que l'on cède à des considérations économiques de crédit, on sacrifie tout au moins partiellement les considérations morales.

§ 3. — Les contrats d'adhésion.

55. Des contrats appelés contrats d'adhésion. — **56.** Analyse dans ces contrats de la notion de volonté. — **57.** De l'idée d'égalité dans ces contrats. — **58.** Critique de la conception classique du contrat d'adhésion. — **59.** Abus de la puissance économique dissimulés par ce contrat. — **60.** Orientation de la législation et de la jurisprudence.

55. — Le Code civil n'avait trouvé d'autre remède à la faiblesse des contractants que la théorie un peu brutale des incapacités ou le remède hasardeux des vices du con-

(1) Voy. par exemple pour un contrat de louage de services passé par un interdit et qui a pourtant été déclaré valable : Cass. Civ., 4 janvier 1934, D. H. 1934. 97.

sentement. Il lui apparaissait sans doute que tout contractant conscient et capable saurait bien se défendre lui-même. Mais n'y a-t-il pas des gradations infinies entre le consentement volontaire et conscient, le consentement vicié et l'absence de consentement ? Ne doit-on pas dans l'analyse de la volonté faire preuve de plus de subtilité que les rédacteurs du Code civil n'en ont montré et établir entre les contrats une distinction basée sur la force de la volonté ? Dans certains contrats la position des parties est telle que l'un des contractants est obligé de traiter aux conditions qui lui sont par l'autre à la fois offertes et imposées. On a donné à ces contrats le nom de *contrats d'adhésion.*

Le mot a fait fortune, sans d'ailleurs que le sens en ait été jamais nettement établi, peut-être parce qu'il ne l'a pas été. Saleilles est, je le crois bien, l'auteur de l'expression et ce génial inventeur d'idées juridiques n'arrivait pas toujours à préciser sa pensée [1]. Ceux qui s'y sont essayés après lui ont dressé des catégories de contrats d'adhésion sans dégager nettement l'élément essentiel qui donnerait à ces contrats une nature propre.

Ce n'est pas l'antériorité de l'offre à l'adhésion qui peut servir à les caractériser, ni la manière dont l'adhésion est donnée, car dans beaucoup de contrats l'une des parties apporte une adhésion pure et simple à la volonté impérieuse de l'autre partie. Il faut trouver autre chose. Tantôt on insiste sur le caractère de généralité et de per-

(1) Saleilles, *Déclaration de volonté*, 1901, p. 229, n° 89. — Aj. Demogue, *Obligations*, II, nos 616 et suiv. ; — Dereux, *Revue trimestrielle*, 1910, p. 503 ; — Morin, *La loi et le contrat*, p. 36 et s. ; — Missol, *L'assurance contrat d'adhésion*, thèse Paris, 1934 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique*, VI, nos 122 et s. et les thèses de MM. Dollat, Paris, 1905 ; — Fortier, Dijon, 1909 ; — Pichon, Lyon, 1913 ; — et aussi Dereux, *Nature juridique des tarifs des chemins de fer*, Paris, 1906 ; — Scelle, *De l'influence des considérations d'utilité publique sur le contrat*. Paris, 1906 ; — de Saint-Rémy, *De la revision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion*, Paris, 1928.

manence de ces contrats offerts à tous et pour un certain temps ; tantôt on fait remarquer leur caractère rigide et semi-formaliste, les clauses du contrat étant présentées en bloc à l'adhésion ; tantôt enfin on montre le service public caché derrière le contrat et on déclare qu'il y a service public d'intérêt privé, encore qu'il y ait là quelque contradiction dans les termes et une confusion certaine entre la situation du concessionnaire et les contrats qu'il passe avec le public.

Ce ne peut être qu'une idée bien vague celle qui s'applique à la fois à l'assurance et au contrat du travail, au transport et aux fournitures d'eau, de gaz ou d'électricité, qui prétend expliquer à la fois les contrats passés par les concessionnaires de services publics, les assureurs associés, les armateurs coalisés, les patrons tout puissants dans une région ou dans une ville. Et, si l'idée est vague, comment les conséquences juridiques ne seraient-elles pas extrêmement troubles ? N'y a-t-il pas là une tendance bien plus qu'une conception juridique [1] ?

56. — On a voulu pourtant édifier une théorie du contrat d'adhésion sur l'analyse de la volonté. Adhésion ne vaut pas consentement. Consentir à un contrat c'est en débattre les clauses avec l'autre partie après une lutte plus ou moins âpre dont la convention traduira les alternatives. Adhérer, c'est se soumettre au contrat établi et plier sa volonté en protestant dans son cœur contre la dure loi imposée. Dans un tel contrat il y a en quelque sorte vice permanent du consentement, révélé par la nature même du contrat. Qu'y a-t-il de contractuel dans cet acte juridique ? C'est en réalité l'expression d'une autorité privée. Le seul acte de volonté de l'adhérent consiste à se placer dans une situation telle que la loi de l'autre partie s'appliquera. L'adhérent entre dans ce cer-

(1) Comp. Morin, *La révolte des faits contre le Code civil*, p. 22.

cle étroit où la volonté de l'autre partie règne en souveraine. Mais, quand il fait cet acte de volonté, l'adhérent est courbé devant l'impérieuse nécessité de contracter. C'est une mauvaise plaisanterie de lui dire : tu a voulu. A moins de ne jamais voyager, de ne jamais s'assurer, de ne pas user d'eau, de gaz ou d'électricité, de ne pas monter dans une voiture publique, de ne pas travailler au service d'autrui, il lui est impossible de ne pas contracter. Volonté si l'on veut, mais volonté faible ; c'est assez d'après le droit civil pour qu'elle soit viciée.

A vrai dire, personne n'a jamais osé pousser ce raisonnement jusqu'à sa conclusion dernière et déclarer que la seule nature du contrat fait présumer le vice du consentement. Ce serait annuler trop de contrats et des plus utiles. Du moins voudrait-on profiter de ce caractère spécial du consentement pour élargir le pouvoir d'interprétation du juge. La jurisprudence déclare que les clauses du contrat sont opposables au débiteur qui les a connues ou a pu les connaître en contractant. Mais, par une interprétation ingénieuse du contrat, on pourrait arriver à dispenser le débiteur de l'observation des clauses qu'il n'aurait pas acceptées s'il les avait connues ou avait pu les connaître. On corrigerait ainsi certains effets du contrat.

57. — Placée sur cette analyse de la volonté, la théorie des contrats d'adhésion était vouée à l'échec. Jamais la jurisprudence française n'a consenti à dire que dans une catégorie particulière de contrats, l'adhésion ne vaut pas consentement, et les auteurs les plus récents se montrent bien peu favorables à cette idée. Ils acceptent l'expression parce qu'elle est pittoresque et font comprendre le jeu de l'échange des consentements dans certains contrats ; ils ne lui attachent aucune valeur juridique particulière [1].

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 972.

Les rédacteurs du Code civil n'ignoraient pas que dans certains contrats l'une des parties est toute-puissante, et, suivant une ancienne expression passée dans la langue courante, « fait la loi ». Lorsqu'ils ont jugé dangereuse cette influence prépondérante d'une volonté, ils ont tout simplement interdit le contrat, en créant des incapacités relatives : vente ou donation irrévocable entre époux, achat par le tuteur des biens du pupille par exemple. Ces interdictions sont des exceptions à la règle de la liberté de contracter. Partout ailleurs on ne tient aucun compte de la nécessité de contracter qui a pu faire accepter le contrat imposé. Peu importe que la volonté soit sujette si elle est consciente et libre. Sans doute concessionnaires privilégiés, transporteurs, assureurs, patrons, tous ceux qui jouissent d'un monopole de droit ou de fait, fixent à l'avance sous une forme rigide leur immuable volonté. Mais, juridiquement, les usagers, voyageurs, chargeurs, assurés, ouvriers, donnent un consentement qui a une valeur égale. Pour la formation du contrat la loi exige deux consentements ; elle ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés.

La théorie du contrat d'adhésion semble bien avoir été inspirée par ce grand sentiment d'égalité qui, depuis un siècle, et même bien avant la Révolution, a agi avec une si grande force dans nos institutions civiles. On a posé comme règle que le contrat est la discussion entre égaux. Pendant longtemps on s'est contenté de l'égalité théorique et abstraite, révélée par l'échange des consentements. Puis l'idée égalitaire s'est plus fortement réalisée et, sous l'égalité juridique, on a vu l'inégalité de fait. Le principe de l'égalité civile et politique n'a pas empêché la lutte des classes ; le principe de l'égalité contractuelle ne suffit pas à éviter les réclamations des volontés faibles. Le plus faible élève son appel au législateur et au juge.

58. — Ce n'est pas parce que la volonté est faible qu'elle doit être protégée. On sacrifice à une pensée de basse démocratie quand on soutient les faibles à cause de leur faiblesse même. Nous ne répéterons certes pas les paroles atroces que Spencer a jadis prononcées contre « la pauvreté des incapables, la détresse des imprudents, le dénûment des paresseux », qui seraient « les décrets d'une bienfaisance immense et prévoyante ». Mais nous ne voulons pas non plus que dans un contrat le juge soit appelé à se prononcer toujours et nécessairement en faveur de celui qui a été le plus faible.

D'abord que pourrait-il faire ? Statuer *ex æquo et bono* pour dire quelles sont les clauses applicables et celles qui ne le sont pas, détruisant ainsi l'équilibre du contrat, troublant les relations économiques par un pouvoir arbitraire ? Ce remède serait la pire des choses et les juges prudents n'ont jamais réclamé un tel droit.

En admettant même que ce pouvoir fût conféré au juge, à quel titre l'exercerait-il ? L'inégalité des contractants ne saurait être par elle-même suspecte, parce que cette inégalité est fatale et qu'elle existe dans tous les contrats.

A tout prendre même, et sans paradoxe, le contrat d'adhésion apparaît comme plus respectable que tout autre. Rappelons-nous ses traits distinctifs. Il a un caractère de généralité et de permanence ; cela ne suffit-il pas à prouver que l'offrant expose largement à tous les conditions auxquelles il entend contracter et que par suite les chances d'erreur ou de dol diminuent ? Il est rigide dans sa teneur ; mais cela ne vaut-il pas mieux que les clauses tortueuses dans lesquelles chaque partie déguise ses intentions ? Il correspond à l'exploitation d'un service public ; mais, ce service, serait-il d'intérêt privé, comme le dit M. Demogue, donne un singulier relief à l'utilité du contrat ; ce n'est donc plus le jeu pur et simple des intérêts privés et des caprices individuels qui dicte la convention,

c'est une nécessité première d'organisation d'un service.

Examinons le contrat de plus près : la volonté de l'offrant est tout aussi sujette et liée que celle de l'adhérent. Est-il libre d'établir à sa guise les conditions de son contrat ? En aucune façon. Lui aussi subit la force des lois économiques qui l'obligent à traiter dans certaines conditions. Alors même qu'il ne serait pas bridé par l'administration, il est obligé de contracter pour faire vivre son entreprise. Il est lié à des intérêts concurrents, il fait partie d'un groupement qui lui impose sa conduite, les conditions de son contrat, le prix de ses produits ou de ses services. Parfois même la situation est renversée. C'est l'adhérent qui, groupé à d'autres adhérents et, faisant une force de ces faiblesses unies, arrache le contrat à un transporteur ou à un patron dont la puissance est balancée ou abattue. En vérité, dans ces prétendus contrats d'adhésion, ce n'est pas toujours l'adhérent qui est vaincu d'avance.

59. — Mais il peut l'être, il l'est souvent, et c'est ce qui doit attirer l'attention du juriste. Sans doute, la faiblesse est coupable de vouloir faire commerce avec la force. Si le pot de terre est brisé, on ne saurait en accuser le pot de fer. Encore faut-il que le commerce ne soit pas obligatoire. Ce n'est pas l'inégalité des contractants qui par elle seule rend le contrat suspect, c'est l'abus possible qui sortira de cette inégalité.

Il ne saurait plus alors être question d'une défaveur jetée en bloc sur tous les contrats d'adhésion ; bien au contraire, la généralité, la permanence, la rigidité que l'on découvre dans ces contrats sont les plus sûrs garants de leur utilité et on ajoute encore à leur valeur en disant qu'il y a institution formée ou en voie de formation [1] ou

(1) HAURIOU, *Principes de droit public*, 2e éd., 1916, pp. 206 et suiv.

demi-service public [1]. La volonté qui s'affirme et attire à elle d'autres volontés représente une puissance économique indispensable à la vie d'un pays.

Ce sont les abus de cette puissance économique qu'il faut empêcher [2]. La liberté contractuelle n'est reconnue que parce que l'échange des produits et des services nous apparaît comme la plus juste et la plus facile organisation des rapports sociaux. Si, dans certains cas, cette liberté aboutit à l'exploitation injuste des faibles par les forts, il faut la briser. Ce n'est pas parce qu'il n'est pas de nature contractuelle que le contrat d'adhésion est suspect, c'est au contraire parce qu'il est contrat.

Dès lors il serait vain de chercher la solution de ce problème dans l'interprétation plus ou moins large ou stricte des clauses du contrat par le juge chargé de l'appliquer [3]. On ne peut aller bien loin dans cette voie sous peine d'établir un redoutable arbitraire. C'est au législateur, puissance politique, qu'il appartient d'empêcher les abus de la puissance économique. Il n'y a pas manqué et, par exemple, toute la réglementation légale du travail est sortie de cette idée que le travail humain ne peut être laissé à la liberté contractuelle. L'interdiction des clauses de non responsabilité dans le transport terrestre a été motivée par le monopole des compagnies de chemin de fer. La loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance a été déclarée par le législateur loi d'ordre public pour que les assureurs ne puissent abuser de la supériorité que leur donne leur organisation [4]. Ailleurs la réglementation

(1) Demogue, *Obligations*, II, nos 618 et 631.
(2) Comp. Louis Lucas, *Volonté et cause*, thèse, Dijon, 1918, p. 257.
(3) Comp. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse, Dijon, 1912; — Fortier, *Les pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, thèse, Dijon, 1909; — Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, et *Revue critique*, 1901, p. 521.
(4) Missol, *L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré*, thèse, Paris, 1934.

administrative suffit ; ailleurs il vaut mieux avoir recours à la convention internationale, par exemple dans les transports maritimes ou aériens. Ce sont formes variées de l'intervention ; le motif reste le même.

60. — On le voit, ici encore on a fait fausse route parce qu'on est parti du principe de l'autonomie de la volonté. Le contrat paraissait tellement respectable que pour toucher à un acte on voulait commencer par démontrer que ce n'était pas un contrat. D'où ces études et ces thèses sur les contrats d'adhésion qui tendent à effacer le caractère volontaire de l'adhésion et à montrer la volonté sujette, le consentement perpétuellement vicié.

Cette analyse a eu certainement des conséquences fâcheuses. A force de déclarer ces contrats suspects, on est arrivé à une réglementation uniquement inspirée par le désir de secourir une faiblesse qui s'ignorait. Il n'est pas dit, par exemple, que la loi du 17 mars 1905 qui interdit les clauses de non responsabilité dans le transport terrestre, sous le prétexte que l'expéditeur est obligé de les accepter, soit une loi heureuse au point de vue économique [1]. Il n'est pas dit non plus que la réglementation excessive du travail, sous le prétexte que l'ouvrier est parfois obligé de subir la loi du patron, n'ait pas tourné parfois aux dépens de l'ouvrier lui-même. Peut-être s'apercevra-t-on du caractère trop rigide de la loi du 13 juillet 1930 que l'on n'a pas osé d'ailleurs appliquer à l'assurance maritime. La doctrine a sa part de responsabilité dans de telles lois puisqu'elle a commencé à poser en principe qu'il n'y a pas dans ces contrats de volonté réelle.

Ce qu'il faut uniquement empêcher, c'est l'exploitation de la misère et de la faiblesse par le contrat. La clause de

(1) JOSSERAND, *Les transports*, 2e éd., nos 635 et suiv.

non responsabilité dans le transport n'est pas par elle-même abusive, elle l'est seulement si le transporteur qui l'impose ne consent pas des conditions particulières. La stipulation du règlement d'atelier qui permet à un patron d'imposer à un ouvrier des heures supplémentaires de travail n'est léonine que si ce patron ne paie pas ce supplément de travail. Et nous sommes ainsi toujours et fatalement ramenés à cette question qui domine toute la théorie de la liberté contractuelle, la question de la lésion.

III

LA LÉSION

61. Gravité du problème de la lésion. Son caractère moral.

61. — Le problème le plus grave que soulèvent les rapports du droit et de la morale dans le contrat est assurément celui de la lésion ; c'est aussi le plus connu et peut-être le plus insoluble [1]. Il paraît simple au premier examen, puis tout se trouble, et l'idée de justice que l'on voudrait voir triompher, et la possibilité même de donner satisfaction à la justice. Il semble qu'il y ait là une éternelle revendication de l'équité blessée et que les législations positives souffrent d'entendre cette plainte sans pouvoir réparer l'injustice contractuelle. Et puis, ici encore, il ne faut pas confondre la cause de la faiblesse avec celle de la justice et prêter l'oreille à toutes les plaintes sans en mesurer la valeur.

Cette injustice du contrat, il y a longtemps qu'elle est

(1) Demontès, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, 1924 ; — P. Louis Lucas, *Lésion et contrat*, 1926 ; — Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, n° 91 ; — Maury, *L'idée d'équivalence*, thèse, Toulouse, 1930 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique*, VI, nos 210 et s.

dénoncée avec une fureur légitime contre l'exploitation et l'usure. Contre « ce vice dévorant », l'Eglise n'a cessé de porter une condamnation impitoyable. Aux époques de prospérité commerciale, la protestation s'apaise ; il semble que l'abondance des richesses ne permette pas à ceux qui les détiennent d'en faire sentir tout le poids. Aux époques de crise ou de détresse, la plainte se fait plus violente ou plus triste et on essaie de l'apaiser par des mesures toujours insuffisantes. Il y a des siècles que dure cette sorte de divergence entre la règle légale et la règle morale, les législateurs redoutant de sanctionner une règle imposée par une morale trop stricte ou essayant vainement de donner une loi qui puisse répondre à la souple fermeté de la règle morale.

On voit là nettement la quasi-impossibilité de faire pénétrer complètement dans la science juridique l'appréciation de la valeur morale des actes et peut-être faut-il savoir se contenter des satisfactions partielles que l'on peut accorder à la règle idéale.

Le problème n'est pas difficile à poser. Chaque contractant peut-il légitimement puiser dans le contrat tous les avantages qu'il peut conquérir sur un contractant qui défend mal ses intérêts par faiblesse, ignorance ou nécessité ? Ne faut-il pas au contraire qu'il y ait entre les deux prestations, quelle que soit leur nature, une certaine équivalence, et l'injustice du contrat ne résulte-t-elle pas de la seule disproportion des avantages acquis ? Si la lésion est une cause de nullité du contrat ou de réduction des obligations, elle se révélera par la seule analyse du contrat, par la pesée symbolique des sacrifices, et, pour reprendre une vieille expression qui fut souvent employée, le dol sera prouvé *ex re ipsa*.

Il semble bien que ce problème de la lésion ait été posé pour la première fois par la morale chrétienne. Peut-être la célèbre constitution de Dioclétien sur la vente a-t-elle

été elle-même inspirée par les préceptes de la religion nouvelle ? [1] En tout cas la grande affaire des canonistes dans l'étude du contrat est d'empêcher l'injustice usuraire [2]. Et jamais la thèse n'a varié. S'il a fallu céder dans la pratique aux exigences du commerce juridique, la doctrine chrétienne a toujours maintenu sa condamnation de principe contre l'usure, en donnant à ce mot son sens le plus extensif [3].

D'autres qui, sans souci de la morale chrétienne, rêvent d'une société où le contrat ne réglerait pas librement l'échange des produits et des services, dénoncent à leur tour « l'exploitation de l'homme par l'homme », demandent la taxation des denrées indispensables ou des loyers des immeubles, réclament un salaire minimum, et secouent sans respect ce vieux droit contractuel d'où l'injustice sort tout armée.

Ainsi de deux côtés opposés monte la protestation contre la liberté des conventions lésionnaires et, dans les périodes de vie économique troublées comme l'actuelle, où l'âpreté du gain, le désir de la spéculation, la commercialisation des services emportent les intérêts dans une lutte terrible, la protestation se fait plus ardente et le problème juridique de la lésion demande une solution.

(1) L'attribution à Dioclétien est d'ailleurs discutée et la réforme est peut-être postérieure (Girard, *Manuel de droit romain*, 7e éd., p. 569 et note 6).

(2) Duthoit, *Liberté de contrat et tradition chrétienne*, 1914 ; — De Tarde, *L'idée de juste prix*, thèse, Paris, 1906 ; — Coulazou, *L'injustice usuraire devant le droit canonique et le droit séculier*, thèse, Montpellier, 1920.

(3) Saint Bonaventure donne de l'usure une définition bien connue : « Usura est sub specie negociationis alienæ rei domino sciente contrectatio ».

§ 1. — Les solutions légales.

62. La lésion dans le Code civil. La vente. — **63.** Critique de la lésion par les civilistes. — **64.** Dispositions légales postérieures au Code. — **65.** Jurisprudence sur la lésion. — **66.** Le mouvement des idées sur cette question depuis la guerre.

62. — Le Code civil ignore ce problème. Il rompt avec la tradition pour traduire les conceptions philosophiques et économiques du siècle. Il n'y avait qu'à ouvrir le traité des obligations de Pothier. On y lisait cette belle déclaration : « L'équité doit régner dans les conventions, d'où il suit que dans les contrats intéressés dans lesquels l'un des contractants donne ou fait quelque chose pour recevoir quelque autre chose comme le prix de ce qu'il donne ou de ce qu'il fait, la lésion que souffre l'un des contractants, quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est seule suffisante par elle-même pour rendre des contrats vicieux. Car l'équité en fait de commerce consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée et que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux parce qu'il pèche contre l'équité qui y doit régner » [1].

Mais les économistes n'avaient-ils pas enseigné que toute restriction à la liberté contractuelle a des effets néfastes pour le commerce ! Locke et Bentham, les physiocrates et Turgot, tous sont d'accord sur ce point et la Révolution française ne croira pas détruire l'égalité civile en supprimant toutes les règles anciennes sur la limitation du taux de l'intérêt ou la rescision dans le contrat de

(1) Pothier, *Obligations*, n° 33. — Il est vrai que Domat, dans les *Lois civiles*, ne parle de la rescision pour lésion qu'à propos de la vente et en faveur du vendeur (liv. I, tit. II, sect. IX). — Voyez sur la lésion dans l'ancien droit : Meynial, *Mélanges Girard*, t. II, p. 201 et suiv.; — Brissaud, *Histoire du droit privé français*, t. II, p. 1424 et suiv.; — Masson, *L'usure au Moyen âge*, 1923.

vente [1]. Les rédacteurs du Code civil devaient donc rejeter la vieille doctrine économique pour faire triompher le principe de l'autonomie de la volonté. En vain Portalis fit-il un plaidoyer chaleureux pour l'admission de la lésion. L'article 1118 refuse de la reconnaître comme cause de nullité des conventions par cela seul qu'il en limite très strictement les cas d'application.

La règle, on le sait, ne comporte qu'une seule exception : la rescision possible de la vente d'immeubles au profit du vendeur ; je ne parle pas du partage qui est un acte juridique d'une nature spéciale et ne fait pas à proprement parler partie du commerce juridique. Encore fallut-il pour admettre la lésion dans les ventes d'immeubles l'autorité de Dioclétien et celle du Premier Consul [2], la faveur particulière témoignée à la propriété immobilière, la conviction que les prix allaient être stabilisés après la tourmente des assignats. D'ailleurs, malgré toutes ces bonnes raisons, la rescision pour lésion sortait de ce débat mutilée, admise seulement au profit du vendeur et tarifée à cette bizarre fraction de sept douzièmes !

63. — Ce n'est pourtant pas l'abandon de la règle donnée par Pothier qui va susciter les critiques des jurisconsultes classiques. S'ils se permettent de blâmer les rédacteurs du Code civil, c'est bien au contraire d'avoir admis la lésion dans la vente d'immeubles. Alfred Jourdan, qui représente assez bien l'école libérale du milieu du

(1) Décret des 3-12 octobre 1789 ; loi du 14 fructidor, an III. La crise monétaire a évidemment motivé cette dernière loi. Voir lois du 3 germinal an V, 19 floréal an VI et 2 prairial an VII. Toutes ces lois dans SIREY, *Lois annotées*, 1re série.

(2) FENET, XIV, p. 71. — LOCRÉ, XIV, pp. 89 et suiv. — Voyez l'étude des travaux préparatoires dans l'ouvrage précité de M. Louis LUCAS. Il est probable que la Constitution de Dioclétien a été motivée par une circonstance semblable : protéger les petits propriétaires fonciers du Bas-Empire à une époque de détresse économique.

XIXe siècle, s'indigne de cette exception et déclare que « l'article 1674 est une tache dans notre Code » [1]. On ne peut essayer de le justifier qu'en faisant rentrer la rescision pour lésion dans la doctrine de l'autonomie de la volonté. La lésion est présentée comme la manifestation d'un vice du consentement. L'énormité du sacrifice révèle la faiblesse d'esprit du vendeur, la violence qui lui est faite et le dol dont il est victime. Déjà d'ailleurs l'idée se trouvait dans Pothier [2] et elle avait été exposée dans les travaux préparatoires du Code civil [3]. Il suffisait de la reprendre pour expliquer une disposition en apparence exceptionnelle. Le vice est patent; il est révélé par le contrat même et la disproportion des obligations. Bien qu'un peu gênés par l'article 1674, les jurisconsultes classiques arrivent ainsi à expliquer la nullité de la vente [4].

Avec quelle fermeté ils maintiennent partout ailleurs leur position. Dans aucun autre contrat, la lésion n'est prise en considération. On a construit la théorie du contrat de manière à ce qu'elle n'ait aucune place.

La lésion dans le contrat n'est, pour le défenseur de l'autonomie de la volonté, que la conséquence fatale de la lutte des intérêts. Le législateur a donné sa protection aux incapables et relevé ceux dont le consentement a été vicié. Que les autres se défendent eux-mêmes. Le danger de la lésion est la rançon de la liberté.

(1) A. JOURDAN, *Des rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885, p. 79. — Voir aussi STUART MILL, *Principes d'économie politique*, trad. 1861, t. II, p. 469. — Comp. PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 1588; — HAYEM, *L'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse, Paris, 1899.

(2) POTHIER, *Obligations*, n° 33.

(3) FENET, XIV, p. 61, 71, 77.

(4) AUBRY et RAU, 5e éd., V, p. 176; — HUC, VIII, n° 40; — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, I, n° 124; — Comp. DEMOLOMBE, XXIV, n° 202. — Voir aussi les motifs de certains arrêts : Caen, 5 avril 1916, D. 1917, 2, 135.

64. — Pourtant plusieurs fois le législateur a dû céder. Il ne l'a fait qu'à regret et il a évité autant qu'il l'a pu de rescinder un contrat pour lésion, préférant à cette nullité tout autre moyen de protection.

On ne peut guère citer que deux exemples de lois prononçant la nullité ou la réduction pour lésion. La première est la loi du 8 juillet 1907 sur la vente d'engrais, destinée à protéger l'acquéreur contre le vendeur [1], par un singulier renversement de la position prise par le Code civil. Elle repose sur cette idée que le vendeur sera presque toujours coupable de dol, et elle ne secourt d'ailleurs que l'agriculteur [2] dont la puissance électorale n'a pas été étrangère au vote de la loi. La seconde est la loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritime, confirmant une jurisprudence constante qui permettait la réduction des rémunérations excessives promises pour assistance, loi spéciale au monde de la mer, et qui prend en considération les circonstances périlleuses dans lesquelles le contrat a été conclu [3].

En revanche, quand on a proposé d'introduire dans le Code du Travail un article permettant d'annuler le contrat de travail dont les conditions seraient en désaccord avec la valeur et l'importance des services engagés, la proposition n'a eu aucun succès [4]. On a préféré établir en faveur de certains ouvriers un minimum de salaire, notamment par la loi du 10 juillet 1915 qui protège les ouvriers de l'industrie du vêtement [5].

(1) Comp. la loi du 19 mars 1925 sur les fraudes dans le commerce des engrais et la loi belge du 21 décembre 1896.

(2) Laon, 29 juin 1908, D. 1908, 2, 397, S. 1909, 2, 92.

(3) Georges RIPERT, *Droit maritime*, 3e éd., III, nos 2169 et suiv.

(4) Projet de loi du 2 juillet 1906 (art. 11). — Voir sur ce projet : CHATELAIN, *Revue trimestrielle*, 1909, p. 59 ; — ESCARRA, *Bull. Soc. Et. législatives*, 1906, p. 243 ; — GERLIER, *Les stipulations usuraires dans le contrat de travail*, thèse, Paris, 1907 ; — PÉRIN, *De la lésion dans le contrat de travail*, thèse, Paris, 1908.

(5) Code du Travail, liv. I, tit III, art. 33 *d* et 33 *i*. — Voir aussi décrets du 10 août 1899 et des 7 janvier et 2 mars 1917 ; — BARTHE-

Mais c'est là un tout autre procédé juridique, qui consiste à taxer les produits ou les services de telle manière que la lésion apparaisse automatiquement, lorsque le prix n'est pas conforme à la taxe. En matière de prêt d'argent, la loi du 3 septembre 1807 avait établi la limitation du taux de l'intérêt. Pour certaines denrées de première nécessité, l'autorité administrative a toujours exercé le droit de taxation [1]. Quand des circonstances dues à l'état de guerre rendirent critique le ravitaillement de la population, on vit les taxations se multiplier [2]. Aujourd'hui encore on cherche dans ce procédé le moyen d'empêcher une augmentation excessive des loyers [3]. Et il faudrait ajouter à cette taxation légale celle qui résulte de l'intervention de l'autorité publique dans les contrats passés pour l'exploitation de certains services assurés grâce au procédé de la concession : transports par voie ferrée ou voitures publiques, fournitures d'eau, de gaz, d'électricité, d'air comprimé.

Enfin, quand une taxation légale n'est pas possible, le législateur cherche à réprimer les abus de la spéculation illicite [4] et, dans la détermination des éléments constitu-

LEMY RAYNAUD, *Vers le salaire minimum*, 1918 ; — TOURRET, *Le salaire minimum des ouvriers à domicile*, 1916 ; — BOUCHARD, thèse, Paris, 1921.

(1) Loi du 19-22 juillet 1791.

(2) Lois des 17 avril et 29 juillet 1916, 30 janvier et 7 avril 1917 sur les céréales ; lois des 20 avril et 30 octobre 1916 sur le sucre, le café, l'huile, etc. Il faut mentionner aussi la taxation des frets pour le transport du charbon. Aj. loi du 4 juillet 1915 sur la viticulture (art. 13) mod. par la loi du 8 juillet 1933 : en cas de vente sur souche sur la base d'un degré d'alcool le prix ne peut être fixé ferme, et sera susceptible de variation suivant la richesse alcoolique du vin.

(3) Lois des 1er avril 1922 (art. 1, §§ 4 et 5 et art. 17) et du 1er avril 1926 (art. 10 et suiv.). — Voir CALMEJANE-COURSE, *Le fondement politique et le fondement juridique des lois d'exception en matière de loyer*, thèse, Paris, 1923.

(4) Art. 419 C. pénal ; lois des 20 avril 1916 et 23 octobre 1919 ; loi du 3 décembre 1926 modifiant les art. 419 à 421 du Code pénal. — Comp. loi anglaise du 19 août 1919 réprimant les profits excessifs (*Ann. lég. étrangère*, 1920, p. 38) et loi belge du 18 juillet 1924 (*Ann. lég. étrangère*, 1925, p. 62). — Voyez TOULEMON, *La spéculation illicite et le juste prix*, 1925.

tifs du délit, on voit reparaître l'idée que le vendeur ou le bailleur ne peuvent faire par le contrat un bénéfice exagéré par rapport aux conditions du marché [1].

65. — Il faut ajouter à cette énumération de dispositions légales tous les moyens dont la jurisprudence s'est servie pour introduire indirectement l'idée de lésion, parce qu'elle ne voulait pas et ne pouvait pas, faute de texte, voir dans la disproportion des obligations une cause de nullité.

Elle a usé de la théorie de la cause qui lui a permis d'annuler pour absence de cause le contrat dans lequel la prestation de l'une des parties ne lui impose qu'un sacrifice apparent, par exemple la vente d'un immeuble moyennant une rente viagère inférieure aux revenus de l'immeuble [2].

Elle a usé de son pouvoir d'interprétation du contrat pour arbitrer le prix de fournitures faites, toutes les fois qu'il n'y a pas eu accord explicite des parties sur le prix et que le vendeur cherche à imposer son prix courant [3], ou pour modérer l'application de la clause pénale au cas d'erreur excusable ou d'exécution partielle [4].

(1) Pella, *Le délit de spéculation illicite*, 1920 ; — L. Mazeaud, *Le problème des unions de producteurs devant la loi pénale*, thèse, Lyon, 1924, et *Les projets relatifs à la spéculation illicite*, 1924. — Je ne parle pas ici de l'application de textes particuliers comme l'art. 1855 du Code civil qui permet d'annuler les sociétés à clauses léonines.

(2) Cass. Req., 7 août 1849, D. 49, 1, 245, S. 50, 1, 129 ; 13 novembre 1867, S. 68, 1, 23 ; 28 octobre 1895, D. 96, 1, 36 ; 27 mai 1908, D. 1908, 1, 480, S. 1911, 1, 459 ; 1er mai 1911, D. 1911, 1, 353, S. 1911, 1, 459 ; 10 février 1925, D. H. 1925, 137 ; Toulouse, 25 novembre 1911, D. 1919, 1, 21 ; Paris, 21 décembre 1922, D. 1922, 2, 176 ; Nîmes, 3 décembre 1928, D. H. 1929, 138. Cette jurisprudence s'applique même au cas de vente de la nue-propriété malgré l'apparence aléatoire du contrat : Req., 20 mai 1933, *Gaz. Palais*, 22 septembre 1933. — Voy. Planiol, Ripert et Hamel, *Traité pratique*, X, n° 41 ; — Demogue, *Obligations*, I, n° 413 ; — Capitant, *De la cause*, n° 91.

(3) Périn, *Réduction des obligations excessives*, thèse, Paris, et la jurisprudence citée.

(4) Douai, 26 avril 1845, S. 45, 2, 255 ; Paris, 1er août 1891, D. 1905, 2, 253 ; Lyon, 30 juillet 1895, *La Loi*, 1895, p. 967.

Elle a exercé un contrôle sur le montant des honoraires perçus par les avoués, avocats [1], notaires [2], banquiers et, à plus forte raison, par les agents d'affaires [3], maintenant une tradition constante de notre droit qui se justifie par l'infériorité du client dans le contrat et la confiance qu'il a dû accorder à l'autre partie.

Ce droit n'est d'ailleurs que l'application d'une règle générale dégagée par la jurisprudence et d'après laquelle le salaire dû au mandataire peut toujours être réduit. « Il appartient aux tribunaux, dit la Cour de Cassation, à la différence du contrat de louage, de réduire le salaire convenu, lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu » [4]. Les motifs en faveur de ce droit de réduction se mêlent et se heurtent : caractère gratuit du mandat, absence de cause, défiance envers certains mandataires [5].

Il faudrait ajouter à ces applications indirectes de l'idée de lésion toutes les décisions qui tiennent compte de l'erreur sur la valeur de la chose, notamment dans la vente des offices ministériels [6] et des fonds de com-

(1) Seine, 1er mars 1905, *Gaz. Palais*, 1905, 1, 315.

(2) V. Cass., 11 décembre 1891, D. 92, 1, 209, note Cohendy.

(3) Cass. Req., 12 janvier 1863, D. 63, 1, 302, S. 63, 1, 249 ; Aix, 5 juillet 1926, *Gaz. Palais*, 12 octobre.

(4) Cass. Civ., 29 janvier 1867, D. 67, 1, 54, S. 69, 1, 245 ; Cass., 29 février 1904, D. 1904, 1, 263, S. 1907, 1, 389 ; Cass. Req., 12 déc. 1911, D. 1913, 1, 129, S. 1912 1, 374 ; 11 mars 1913, D. 1913, 1. 408, S. 1913, 1. 240 ; 28 mars 1913, D. 1916, 1, 291, S. 1915, 1, 116 ; Cass. Civ., 3 décembre 1929, *Gaz. Palais*, 1920, 1, 30. — Voy. Planiol, Ripert et Lepargneur, *Traité pratique*, XI, n° 1484.

(5) Voir la critique de cette jurisprudence : Huc, XII, n° 19, p. 32 ; — Planiol, *Traité élementaire*, 11e éd., II, n° 2236 ; — A. Colin et Capitant, II, p. 706 ; — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Mandat*, n° 738 ; — Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, VI, n° 214 et XI, n° 1484.

(6) Cass , 7 juillet 1841, S. 41, 1, 572 ; 6 décembre 1852, D. 53, 1, 118 ; 16 février 1856, D. 56, 1, 104 ; 10 février 1863, D. 63, 1, 223 ; 11 juin 1890, D. 91, 1, 193, S. 92, 1, 449 ; 7 janvier 1891, D. 91, 1, 262 ; 6 février 1894, D. 94, 1, 285, S. 95, 1, 117 ; Req., 13 juin 1910, S. 1913, 1, 347. — Voir les notes de M. Chavegrin au *Sirey*, 92, 1, 449 et 95, 1, 177 et Périn, *De la réductibilité des obligations excessives*, p. 116.

merce [1], toutes celles qui relèvent le dol incident comme cause de nullité, parce qu'il a poussé l'autre partie à accepter des conditions plus onéreuses.

Mais si l'on entre-bâille ainsi la porte pour laisser passer la lésion, il ne faut pas que les parties aient la prétention de la pousser brusquement et parfois, dans des cas en apparence très favorables, le tribunal saisi déclare nettement « qu'il ne peut, sans porter atteinte à une règle fondamentale de notre droit, modifier un pacte qui a été formé d'un commun accord et ne se heurte à aucune disposition législative » [2], ou bien la Cour de Cassation intervient pour rappeler aux tribunaux qu'il ne leur est pas permis d'être entre les parties des ministres d'équité [3].

66. — Il y a cependant en faveur d'une large admission de la lésion des courants d'opinion très marqués.

Tout d'abord les jurisconsultes catholiques, fidèles aux enseignements de l'Eglise [4], n'ont jamais cessé de protester contre la liberté absolue du contrat qui viole la morale en permettant l'injustice usuraire [5].

D'autre part le grand mouvement interventionniste de la seconde moitié du XIXe siècle a demandé avec insistance l'intervention du législateur pour repousser les abus du

(1) Cass. Civ., 15 février 1898, D. 98, 1, 192, S. 98, 1, 445 ; Paris, 9 novembre 1899, D. 1900, 2, 210, S. 1900, 2, 296.

(2) Trib. Seine, 25 février 1907, *Gaz. tribunaux*, 24 février 1907, *Revue critique*, 1907, p. 201, note G. Ripert (affaire Croker-Doyen).

(3) Cass. Civ., 9 mai 1898, D. 99, 1, 44; 20 mai 1906, D. 1907, 1, 80, S. 1908, 1, 29. Comp. Cass., 20 décembre 1852, S. 53, 1, 101; 14 février 1866, D. 66, 1, 84, pour la lésion dans le contrat de travail.

(4) Coulazou, *L'injustice usuraire devant le droit canonique et le droit séculier*, thèse, Montpellier, 1920.

(5) Duthoit, *Liberté du contrat et tradition chrétienne*, 1914 ; — H. Savatier, *La théorie moderne du capital et la justice*, 1898 ; — Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse, Dijon, 1912, p. 368 ; — Ch. Perrin, *Premiers principes d'économie politique*, 1896 ; — Brants, *La lutte contre l'usure dans les lois modernes*, 1907 ; *Les théories économiques aux XIIIe et XIVe siècles*, 1895 ; — Desbuquois, *La loi du juste prix* (*Mouvement social*, 1911, p. 867).

contrat et dénoncé notamment dans le contrat du travail « l'exploitation de l'homme par l'homme » [1].

La législation française ne semble-t-elle pas d'ailleurs à ce point de vue fâcheusement respectueuse de la liberté de contrat, quand on la compare aux législations plus modernes. Le Code civil allemand (art. 138) [2] et le Code civil suisse des obligations (art. 21) [3] pour ne parler que des législations les plus récentes consacrent le principe général de la nullité pour lésion [4]. La jurisprudence anglaise ne l'ignore pas [5].

Aussi n'est-il pas étonnant qu'après la guerre une proposition de loi ait été déposée à la Chambre des députés par MM. Guibal et Dupin le 20 juin 1910 pour compléter l'article 1118 du Code civil 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 » [6].

La Société d'Etudes législatives a, en 1921, sur le rapport de M. Demogue, étudié cette proposition de loi. Elle en a modifié le texte, notamment en le précisant par l'admission de la lésion d'outre-moitié. Mais, dans la discussion qui a eu lieu à l'assemblée générale de la société, il n'y a pas eu de très vives protestations contre le prin-

(1) Comp. Meynial, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 545.

(2) Voir aussi art 343 sur la réduction de la clause pénale et 635 sur la réduction du courtage.

(3) Rossel, *Code revisé des obligations*, p. 47; — Schneider et Fick, *Code fédéral*, t. I, p. 63.

(4) Dans le même sens : Code autrichien, art. 901, lois autrichiennes des 19 juillet 1877 et 20 mars 1881, projet de Code hongrois de 1900, loi suédoise du 14 juin 1901. Voir de la Grasserie, *Etude sur l'inégalité dans les contrats en droit comparé* (*Bull. Soc. lég. comparée*, 1911, p. 482) ; — Demontès, *La lésion*, p. 63.

(5) Sur la solution admise par la jurisprudence anglaise, voir la communication de M. Lévy Ullmann *à la Société d'Etudes législatives* (*Bulletin*, 1922, p. 37) et Jenks, *Digest*, art. 81, 84, 85 et 86.

(6) *Officiel*, Doc. parlementaires, Chambre 1920, Annexe n° 1112, p. 1786. Cette proposition contient en outre des dispositions sur l'organisation technique de l'action.

cipe même de la nullité pour lésion [1]. Dans les plus récents traités de droit civil l'idée de nullité pour lésion est d'ailleurs accueillie avec faveur [2].

Enfin en 1934 le Gouvernement, ému du prix auquel les fonds de commerce avaient été payés dans les dernières années, a déposé un projet de loi tendant à la réduction du prix au cas de lésion de l'acheteur.

La question est donc posée de nouveau comme elle l'était en 1804 et il faut en faire un nouvel examen en tâchant d'aller au fond des choses [3].

§ 2. — Le problème de la lésion.

67. Caractère moral du problème de la lésion. — 68. L'idée d'équivalence entre les prestations et le calcul de la lésion. — 69. Critique de l'idée d'équivalence. — 70. L'idée morale : l'exploitation du contractant. — 71. Objection tirée des nécessités économiques. — 72. D'une distinction à faire entre les contrats. — 73. Organisation technique de la rescision pour lésion.

67. — Si nous retenons ces tendances de la législation, de la jurisprudence, de la doctrine la plus récente, si nous remarquons que les doctrines catholique et socialiste

(1) Voir le rapport de M. DEMOGUE, *Bulletin de la Société*, 1921, p. 216 et la discussion, *ibid.*, 1922, p. 26.

(2) A. COLIN et CAPITANT, II, p. 291 ; — DEMOGUE, *Obligations I*, nos 391 et suiv. — Voy. aussi DEMONTÈS, *La lésion*, pp. 197 et suiv. ; — LOUIS LUCAS, *Lésion et contrat*, 1926.

(3) Il faut relever comme significative l'abondance des thèses de doctorat récentes sur ce sujet, notamment : DE TARDE, *L'idée de juste prix*, Paris, 1906 ; — PÉRIN, *La lésion dans le contrat de travail*, Paris, 1908 ; — GERLIER, *Stipulations usuraires dans le contrat du travail*, Paris, 1908 ; — DIJOL, *Nullité des contrats lésionnaires*, Montpellier, 1919 ; — MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, t. I, Toulouse, 1920 ; — COULAZOU, *L'injustice usuraire devant le droit canonique et le droit séculier*, Montpellier, 1920 ; — ANDRONESCO, *L'inégalité des prestations dans le contrat*, Paris, 1922. — PROCA, *Essai sur la lésion d'après les données de la jurisprudence allemande*, Paris, 1931. — Voir aussi DEMONTÈS, *Fonctionnement juridique de la lésion, Revue critique*, 1924, pp. 37 et 161 ; — F. MEMIN, *Les vices de consentement dans les contrats dans notre ancien droit*, I, *La lésion*, thèse, Paris, 1926.

s'unissent pour un même dessein, que le Parlement est saisi, qu'une grande association de jurisconsultes a adopté le principe, nous serons certainement frappés de l'évolution des idées depuis un siècle. Nous rejoignons Pothier après un long triomphe de l'individualisme libéral et nous réintroduisons dans la théorie du contrat cette vieille notion de la lésion qui a marqué le triomphe de la règle morale sur le jeu strict des principes juridiques.

Expulsée pendant un temps, voici que la règle morale veut venir de nouveau régir le contrat. M. Lévy-Ullmann remarque qu'en accueillant cette idée, la jurisprudence anglaise a fait preuve « d'une sorte d'esprit quasi religieux ». « C'est au nom de la conscience, dit-il, et par une analyse très scrupuleuse de la moralité respective des contractants que le juge d'Equité a été conduit à se demander si l'acte est *unconsciencious*, c'est-à-dire, répugne à la conscience et si l'acte doit être redressé conformément à l'esprit de justice » [1].

Contrat contraire à la conscience ! Comment pourrait-on mieux marquer la valeur de la règle morale. L'acte juridique réunit les conditions essentielles de validité, mais, par suite de la faiblesse, de l'erreur, de l'état de nécessité ou de la légèreté des parties, il se traduit par l'enrichissement injuste de l'un au détriment de l'autre. On demande alors au juge d'apprécier la valeur de cet acte, de l'annuler ou d'en modifier les termes, pour rétablir cet équilibre qui représente pour nous la justice par l'égalité.

68. — Quand on essaie de transformer la règle morale en règle de droit, il faut lui donner la précision nécessaire. Remettre un contrat au juge pour en apprécier le caractère consciencieux, serait un résultat désastreux pour la sécurité des conventions. Il faut essayer de peser

(1) *Bull. de la Soc. d'Etudes législatives*, 1923, p. 38.

l'injustice. On va donc comparer la valeur des deux prestations pour tirer de l'inégalité des prestations la cause de la nullité du contrat.

C'était la pensée des canonistes quand ils cherchaient s'il y avait dans le contrat *justum contrapassum*, et si la convention était conforme à l'*æqualitas*. Ils demandaient à Aristote de leur donner des arguments pour l'équivalence. Albert le Grand et saint Thomas d'Aquin enseignent l'un et l'autre qu'il faut dans la vente un juste prix [1].

C'est encore aujourd'hui la pensée de ceux qui font de l'équivalence des prestations un élément essentiel de validité du contrat, voyant dans cette équivalence la *cause* même du contrat et déclarant que « la volonté toujours maîtresse cède tous les jours du terrain à la notion d'équivalence objective » [2].

Quand il s'est agi de déterminer ce *justum contrapassum* les canonistes ont été bien embarrassés. Fallait-il se fier au coût de la production ou à la valeur d'usage ? Sur ce point ils se sont séparés d'Aristote [3]. N'y avait-il qu'un juste prix ou ne fallait-il pas faire trois classes de prix : *summum*, *medium* et *infimum* ? Les canonistes ont épuisé leur dialectique dans cette recherche et il semble qu'ils aient regardé comme l'idéal la tarification légale qui permettrait de reconnaître la lésion du premier coup.

Les dernières expériences économiques n'ont pas été favorables à ces tarifications légales qui, ou bien favorisent le vendeur par le chiffre relativement élevé, ou bien

(1) Tarde, *L'idée de juste prix*, thèse, Paris, 1906.
(2) Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, thèse, Toulouse, 1920, I, p. 207.
(3) Albert-le-Grand et Saint-Thomas indiquent nettement, en effet, que le juste prix ne doit pas être apprécié d'après le besoin de celui qui veut acquérir, mais d'après la satisfaction procurée à celui qui livre la chose.

font disparaître la marchandise [1]. Il n'est d'ailleurs possible d'user de ce procédé que pour les denrées usuelles ; pour tous autres objets, pour tous les services, il est impossible de fixer les prix.

Alors on est obligé de s'en remettre à l'appréciation du juge. Du moins essaie-t-on de donner un guide à cette appréciation en qualifiant la lésion. Déjà Dioclétien exigeait une lésion *énorme* et l'on admettait en général la lésion d'outre-moitié. Le Code civil pour la vente a pris les sept douzièmes. Dans la proposition de loi de MM. Guibal et Dupin il est de nouveau question de lésion énorme. Mais M. Demogue et, après lui, la Société d'Etudes législatives, préfèrent revenir à la lésion d'outre-moitié.

Ces calculs et ces proportions ne signifient pas grand'chose. « La limitation de la lésion à la moitié, disait le conseiller Fabry à la Société d'Etudes législatives, me paraît arbitraire, injuste et inapplicable. Il est impossible de soumettre le droit aux mathématiques. Cette limitation tient à une ancienne conception du droit d'après laquelle le droit doit consister dans des règles rigides que le juge doit appliquer sans rien dire » [2].

69. — On ne saurait en effet réduire sans danger l'idée de lésion à la disproportion des obligations avec ou sans limite de calcul, car, pour donner une forme juridique à la règle, on la dépouille alors de son caractère moral, ruinant son fondement sans pour cela arriver à la précision technique que l'on vise.

Pour juger de la disproportion des obligations, il faudrait une mesure officielle de leur valeur. Elle existe par-

(1) Il faut pourtant signaler que les lois des 10 juillet 1933, 28 décembre 1933, 17 mars, 6 et 9 juillet 1934 fixent le prix de l'hectolitre de blé à un chiffre invariable, mais c'est là une mesure de protection de la production agricole.

(2) *Bull. Soc. Etudes législatives*, 1922, p. 47.

fois ; ainsi il y a un cours légal de l'intérêt de l'argent qui correspond à peu près au cours économique et qu'il faut bien supprimer quand le désaccord s'affirme [1]. Quand elle n'existe pas, on peut essayer de la créer, par exemple en fixant des prix normaux qui seront obligatoirement affichés ou en établissant le salaire moyen. Mais, le plus souvent, il n'y aura pas de valeur officiellement constatée.

Faut-il se fier à l'usage ? Mais si l'usage consacre l'exploitation, si des ouvrières sont payées à un salaire de famine, il n'y aura donc pas lésion lorsqu'elles accepteront ce salaire ! La Société d'Etudes législatives a inscrit dans son projet la disposition suivante : « L'usage, même courant, ne justifie point la disproportion des obligations si cet usage consacre une exploitation ».

D'autre part, si pour un ensemble de contrats il est permis de parler de valeur d'échange, pour un contrat déterminé il faut tenir compte de la valeur d'usage [2]. Y a-t-il lésion quand un acquéreur paie à prix d'or un immeuble qui lui plaît ou qui a pour lui un intérêt historique, quand un collectionneur n'accepte de vendre un tableau ou une statue à un confrère que moyennant une somme considérable, quand un patron donne un salaire insuffisant à un ouvrier qu'il emploie en surnombre et par pitié ou qui veut étudier le métier chez lui ? Et qui pourra évaluer le service rendu, la valeur de l'objet artistique ou du souvenir historique ? Il y a dans chaque contrat une volonté de contracter, force qui a sa valeur, qui se paie. L'intensité du désir, et en sens inverse, la modération du besoin, jouent leur rôle dans la fixation du prix. Elles n'ont rien par elles-mêmes d'illégitime, et c'est pour cela que les

(1) Aussi la loi du 18 avril 1918 a-t-elle suspendu l'application de la loi limitant le taux de l'intérêt.

(2) Comp. Ch. et H. Turgeon, *La valeur d'après les économistes français et anglais*, 1921.

canonistes ont été vaincus dans leur conception trop stricte du juste prix.

70. — Aussi, quand on parle du juste prix, ne faut-il pas voir uniquement la justice dans l'égalité. L'égalité absolue des prestations n'est pas plus possible que l'égalité des contractants. Mais l'inégalité des prestations doit tout de même être relevée, car elle marque qu'une injustice va s'accomplir par le contrat.

Cette idée n'est pas étrangère au droit canonique. Dans la longue lutte de l'Eglise contre l'usure, c'est celle qui inspire toutes les prohibitions de la stipulation d'intérêts. Celui qui prête ne doit pas profiter de l'état de nécessité où se trouve l'emprunteur pour demander une rémunération et la prohibition ne s'atténuera que lorsqu'on aura dégagé le profit qu'a l'emprunteur à se servir du capital d'autrui. Bien plus tard, quand l'Eglise condamne l'usure « pratiquée sous une autre forme par des hommes avides de gain et d'une inaltérable cupidité » [1] et qu'elle recommande comme obligation de justice aux capitalistes et aux patrons « de payer le juste salaire aux ouvriers, de ne porter atteinte à leurs justes épargnes ni par la violence, ni par la fraude, ni par l'usure » [2], c'est toujours la même exploitation par le contrat qu'elle interdit.

On retrouve une idée semblable chez tous les auteurs qui voient dans la lésion la preuve d'un vice du consentement; celui qui est lésé par le contrat a été victime d'un dol ou d'une violence morale ; il s'est trouvé dans la nécessité de contracter ou bien il s'est trompé sur la valeur de la chose, et l'autre partie a abusé de cette situation pour lui extorquer une promesse.

Si le Code civil allemand et le Code suisse admettent la lésion, ils ne se contentent pas de la caractériser par la

(1) Encyclique *Rerum novarum*, de Léon XIII.
(2) Encyclique du 18 décembre 1903, de Pie X.

disproportion choquante des obligations, ils visent le cas où cet avantage lésionnaire a été obtenu « en exploitant le besoin, la légèreté et l'inexpérience d'autrui » [1]. MM. Guibal et Dupin dans leur proposition de loi ont reproduit littéralement cette formule.

La lésion change alors de caractère. Elle apparaît comme l'injustice commise par l'abus du contrat. Le résultat montre la déloyauté de la lutte entre les contractants. L'inégalité des prestations n'est pas la cause de la nullité du contrat, mais la preuve qu'il existe une autre cause de nullité : l'exploitation de l'un des contractants par l'autre.

Si on arrive alors en dernière analyse à se demander dans quelle mesure il est interdit à un contractant de se servir de l'avantage naturel que lui donne sa situation pour conclure une affaire avantageuse, il est impossible de trouver d'autre réponse que celle-ci : il est contraire à la morale qui enseigne de traiter les hommes en frères, de se livrer à l'odieuse exploitation du prochain [2].

Quand on veut échapper à cette appréciation purement morale du vice de lésion, on est réduit à la plus vague des idées sociologiques. M. Demogue est disposé à admettre la lésion en lui donnant comme base non l'inégalité des prestations, « mais cette idée plus ample qu'une inégalité telle qu'elle risque d'atteindre profondément un contractant, une classe, est contraire à l'harmonique développement des forces sociales » [3]. Les forces sociales se développent mieux dans l'inégalité que dans une gênante égalité, et ce n'est pas dans le sens de l'harmonie que l'on trouvera le droit de condamner la lésion. On n'a

(1) DEMONTÈS, *op. cit.*, *Revue critique*, 1924, p. 47.

(2) Les conclusions de M. DEMONTÈS sont en ce sens : « La lésion est essentiellement l'acte illicite d'un contractant qui profite de circonstances extérieures pour réduire l'autre partie à sa merci » (*Revue critique*, 1924, p. 49).

(3) DEMOGUE, *Obligations*, I, n° 395, p. 614.

pu le faire que le jour où une loi plus haute que la loi humaine a prescrit de ne point chercher dans son prochain un moyen pour le bonheur ou le plaisir.

71. — Malheureusement l'observation rigoureuse de la loi morale se heurte aux nécessités du commerce juridique et le développement infini de ce commerce obscurcit l'idée de lésion dans les contrats. C'est justement lors du développement des opérations commerciales que les canonistes ont éprouvé le plus de difficultés pour concilier leur thèse avec les hypothèses pratiques et on connaît l'histoire de cette longue lutte qui finit par le triomphe du prêt à intérêt.

Le commerce juridique exige en effet la stabilité des situations acquises. Sur tout acte des opérations postérieures se greffent. La chute d'un contrat compromet d'autres contrats irréprochables. On atténue ces inconvénients en réduisant à un délai très court l'exercice des actions en rescision [1], ou en permettant le maintien du contrat moyennant le paiement d'un supplément de prix [2]; on ne les fait pas complètement disparaître. Ils sont communs sans doute à toutes les actions en nullité, mais ils sont plus graves pour des nullités qui supposent l'exercice par le juge d'un assez large pouvoir d'appréciation.

Ce n'est là qu'une objection d'ordre technique. Il en est un autre plus grave. Le contrat est un acte de prévision et de prise de possession de l'avenir. La lésion éprouvée au jour du contrat peut se transformer en excellente affaire par le jeu des événements ultérieurs. Aux époques de crise où le bouleversement des valeurs et des prix est particulièrement rapide, ces transformations sont constan-

(1) Voir Paris, 24 juillet 1923, *Gaz. Palais*, 17 novembre 1923 refusant d'admettre la perpétuité de l'exception et repoussant l'application de la maxime *Quæ temporalia sunt...*

(2) Voir en ce sens la proposition de MM. Guibal et Dupin et les modifications proposées par M. Demogue.

tes. Un vendeur qui n'est point lésé au jour du contrat le devient si la monnaie qu'il reçoit en paiement trois mois après a perdu presque toute sa valeur, et, inversement, il fait, malgré l'apparence lésionnaire du contrat, une excellente affaire par une variation inverse [1]. Or ce qui peut être l'effet du hasard peut aussi être voulu par l'une des parties douée d'un sens des affaires aiguisé. Cette spéculation est l'âme même du commerce ; admettre la rescision pour lésion, c'est la tuer [2].

C'est évidemment au jour de la conclusion du contrat qu'il faut apprécier l'existence de la lésion, ce qui d'ailleurs est de nature à soulever une très sérieuse difficulté quand le contrat précédé d'une promesse s'est formé par étapes successives [3]. Mais, à se placer ainsi au jour de la conclusion, on risque dans tous les actes de spéculation de détruire l'utilité de l'acte juridique. La jurisprudence décide qu'il ne peut pas y avoir de lésion dans les contrats aléatoires. Tout contrat est en un sens aléatoire, en ce qu'aucun contractant ne sait ce que vaudra dans quelques mois ou dans quelques années la valeur qu'il substitue dans son patrimoine à celle qu'il aliène.

De telle sorte qu'en définitive on peut se demander s'il est permis de faire passer dans la loi civile un principe moral qui doit s'accommoder des imperfections de la vie sociale et s'il ne faudrait pas maintenir, en lui donnant un sens nouveau et plus étendu, le principe posé par l'article 1118 du Code civil : la lésion ne vicie les conventions

(1) Cette raison n'a pas été étrangère à la suppression de la lésion dans les lois révolutionnaires, étant données les variations de valeur dues à l'introduction du papier monnaie.

(2) C'est justement là ce qu'il y a de choquant dans les propositions de lois tendant à donner aux acquéreurs de fonds de commerce une action en réduction du prix ou en rescision pour cause de lésion.

(3) Chevalier, *Etude de la jurisprudence annulant les promesses de vente d'immeubles pour lésion postérieure à la promesse*, 2e éd., 1924. — V. Cass. Civ., 14 novembre 1916, D. 1921, 1. 34, S. 1920, 1, 365 ; Cass. Req., 1er août 1924, D. 1925, 1, 23, S. 1926, 1, 54.

que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes [1].

72. — On serait ainsi amené à faire un départ entre les conventions.

Il faudrait mettre tout d'abord à l'abri de la rescision les contrats entre commerçants [2]. Quand Pothier déclarait que dans les ventes mobilières il ne pouvait être question de lésion, c'était au fond une idée semblable qu'il défendait, et, dans le vieux mépris de l'Eglise contre les commerçants « les plus fous et les plus sordides des hommes », disait Erasme, il y avait bien cette idée qu'ils spéculent sans aucun respect de la justice. Ce que demande le commerce, c'est la rapidité et la sécurité des transactions. Ceux qui s'y livrent doivent être capables de se défendre. « Le négoce enlève la paix de l'âme, disait Gratien, mais il donne des armes à l'esprit » [3].

Il faudrait au contraire admettre la rescision ou la réduction pour cause de lésion dans tous les contrats où il y a confiance légitime d'une partie dans la parole d'autrui. Dans de telles conventions, il n'y a pas âpre discussion d'intérêts, mais soumission docile de l'une des parties aux conditions de l'autre. C'est pour cela que la jurisprudence a si facilement admis la réduction des obligations excessives au cas de mandat salarié et notamment quand l'obligation a été contractée envers un officier ministériel ou un avocat. Ce sont des solutions à transformer en règles légales. Le jugement rendu par le tribunal de la Seine en 1907 dans l'affaire Crocker-Doyen est un exemple frappant de l'abus de la liberté contractuelle; il

(1) Demontès, *La lésion*, p. 255.

(2) Voir en ce sens les observations de MM. A. Colin et Troullier, *Bull. Soc. Etudes législatives*, 1922, pp. 35 et 36.

(3) La rescision pour lésion dans les ventes de fonds de commerce au profit des acquéreurs est une mesure de caractère politico-économique destinée à faire baisser le prix de la vie par une réduction du prix payé pour l'acquisition du fonds.

est inadmissible qu'un médecin puisse spéculer sur la fortune d'un malade.

La lésion devrait également être admise dans les conventions où existe entre les parties une disproportion de force évidente, de telle sorte que la disproportion des prestations suffit à révéler qu'il y a eu exploitation, par exemple dans le contrat de travail, quand un salaire infime a été offert dans le but de spéculer sur le travail de l'ouvrier. Cette différence de force provient parfois de la différence de connaissances techniques ; ainsi le propriétaire et son architecte, l'auteur et son éditeur ne sont pas à égalité puisque l'un peut se rendre compte de la valeur de la prestation et l'autre non.

Enfin il faudrait admettre la lésion dans les contrats qui ont pour objet de procurer à l'homme les choses indispensables à l'existence, tout au moins dans le cas où, par suite d'une crise économique, le vendeur fait la loi du marché et spécule sur les besoins de l'acquéreur. Par exemple, à une époque de crise intense du logement, on pourrait introduire la lésion dans le contrat de bail pour protéger les locataires contre l'exploitation par le propriétaire de l'état de nécessité dans lequel ils se trouvent [1].

73. — Toutes ces applications proviennent, on le voit, de la même idée : ce n'est pas la disproportion des prestations qui peut faire tomber le contrat, c'est la révélation par cette disproportion qu'il y a eu exploitation de l'un des contractants dans un contrat qui ne repose pas sur l'idée de spéculation.

La lésion serait admise dans certains contrats, et il se créerait aussi une nouvelle division des contrats basée sur l'idée de spéculation commerciale. Pour le faire, il

(1) Comp. CALMEJANE-COURSE, *Le fondement politique et le fondement juridique des lois d'exception en matière de loyer*, thèse, Paris, 1923, p. 45 et 98.

suffirait de remarquer que nous avons déjà une division des contrats à titre onéreux et des contrats à titre gratuit qui repose précisément sur la pensée de libéralité manifestée par l'inexistence d'une contre-partie. Nous aurions une subdivision des contrats à titre onéreux, basée sur la nécessité de l'égalité des prestations [1]. Certains contrats ne sont pas inspirés par une pensée de libéralité, mais ils ne permettent pas non plus l'égoïsme absolu et l'enrichissement aux dépens de l'autre partie.

Faudrait-il adopter une formule générale, vaudrait-il mieux préciser à propos de chaque type de contrat l'admission de la lésion? C'est une question technique à étudier. Remarquons simplement que certains contrats peuvent changer de type. Ainsi le prêt d'argent, considéré autrefois comme contrat de bienfaisance, est devenu ensuite contrat intéressé, mais sans lésion, et il est actuellement contrat spéculatif. Il est possible que la vente d'immeuble soit considérée un jour comme un contrat de spéculation parce que les opérations immobilières se seront commercialisées et alors le vendeur perdra son action en rescision. En revanche, le contrat de louage d'immeuble, qui était autrefois de spéculation, tend à devenir contrat n'admettant pas la lésion, et cette tendance existe aussi pour le contrat de société quand on réclame un contrôle officiel sur la valeur des apports.

Ce sont les évolutions fatales de la pensée juridique et des nécessités du moment. Mais n'est-il pas curieux qu'après un siècle de libéralisme et une admiration éperdue du contrat, expression de la volonté libre, on en revienne à la doctrine de nos anciens jurisconsultes qui était tout imprégnée de l'idée morale dégagée par les canonistes. Nous ne croyons plus à la justice contrac-

(1) DUMOULIN remarquait déjà qu'il ne faut pas admettre la nullité pour lésion dans les contrats qu'il appelle *lucratifs*, parce que, dit-il, qui ne risque rien n'a rien.

tuelle. Sous la soumission apparente du débiteur nous voyons la révolte profonde du juste lésé par un sacrifice qui va enrichir injustement le plus fort et le plus habile. Et le droit se demande s'il n'a pas eu tort de dédaigner l'enseignement de la vieille morale qui fait reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat [1].

(1) Comp. SALEILLES, *Déclaration de volonté*, p. 351.

CHAPITRE II

LA JUSTICE DANS L'EXERCICE DES DROITS

74. Le principe de l'absolutisme dans l'exercice des droits et l'idée de justice.

74. — Le créancier muni de son droit cherche à en épuiser les prérogatives ; il a acquis régulièrement puissance sur le débiteur ; il fait sentir sa force. Peu importe que dans l'exploitation régulière de son droit, il vienne à léser autrui. Il a pour lui l'autorité des maximes : *neminem lædit qui suo jure utitur ;* la loi ne s'occupe pas de cette lésion, et pourquoi s'en occuperait-elle : *nullus dolo videtur facere*, il n'est pas coupable.

Contre la force de ces maximes juridiques traditionnelles la morale proteste. Elle aussi condense son commandement dans une maxime, mais qui n'a pas réussi, sous la forme qu'elle lui a donnée, à passer dans le monde juridique : *summum jus, summa injuria.* C'est la plus grande injustice que l'on puisse commettre de prétendre tirer d'un droit les avantages suprêmes qu'il peut comporter.

De nouveau voici la loi morale qui arrête l'application logique et rigoureuse de la règle juridique en interdisant au titulaire d'un droit positif de se servir de ce droit contre autrui, lorsqu'il cause par cet exercice plus de ruines qu'il ne retire d'avantages. Règle morale d'une formule très énergique, mais d'une application très imprécise, qui

livre à la conscience l'appréciation des avantages légitimes que l'on peut retirer d'un droit. La loi civile ne peut se contenter d'une formule aussi vague, puisqu'elle est obligée de préciser pour sanctionner. Et pourtant cette règle morale est si impérieuse que la société civile ne pourra pas échapper à son application. Dans quelle mesure a-t-elle dû faire place à la limitation des droits sous l'influence de l'idée morale, c'est ce que je me propose de rechercher dans ce chapitre.

Il me semble qu'en posant ainsi la question, certaines discussions deviennent infiniment plus claires. Je ne veux pas dire par là que la solution en soit plus facile. Du moins sait-on où l'on va et acquiert-on des raisons profondes de prendre parti.

1° Le juge a-t-il le droit d'intervenir dans l'exécution du contrat pour empêcher le créancier de tirer tous les avantages que comporterait le droit acquis ? Peut-il reviser un contrat qui ne peut plus être exécuté dans les conditions où il a été conclu ? C'est une question que la guerre a posée avec une acuité extrême, mais qui peut se poser à d'autres occasions et qui est d'une singulière gravité. Si on la pose, c'est parce que l'on sent l'injustice de l'exécution intégrale du contrat dans certains cas.

2° Cette autre question si connue aujourd'hui de l'abus du droit ou plus exactement de l'abus des droits, d'où est-elle née, sinon de la découverte d'un monde moral dans lequel le droit ne donne pas tous les droits.

3° Enfin la survivance jusqu'à nos jours de la vieille maxime qui commande de refuser l'exercice de l'action en justice à celui qui prétend se faire une arme de sa propre turpitude n'est pas autre chose que la réaction de la morale blessée par l'exercice d'un droit immoralement exercé.

I

L'INTERVENTION DU JUGE DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT

75. L'idée de souveraineté du contrat dans la doctrine classique.

75. — Il n'est peut-être pas dans la théorie du contrat, avec celle de la lésion, de question plus grave que celle-ci : le juge peut-il intervenir dans l'exécution du contrat pour empêcher, modifier, retarder l'exécution de l'obligation ? Beaucoup de juristes n'admettent même pas qu'on la pose. Le Code civil déclare que le contrat légalement formé est loi pour les parties. Le juge doit respecter cette loi privée. Les parties elles-mêmes ne peuvent se délier ; la résiliation conventionnelle est un nouveau contrat qui ne produit d'effets que pour l'avenir ; la résiliation unilatérale ne s'explique que par une stipulation sous-entendue ; la nullité de la condition potestative de la part du débiteur prouve bien l'irrévocabilité du contrat.

Le contrat qui est une loi est, en un sens, supérieur à la loi puisque la loi elle-même ne saurait l'atteindre. La loi nouvelle qui modifierait les conditions de validité du contrat n'atteindrait pas la convention déjà conclue ; celle qui modifierait les effets du contrat, à moins qu'elle n'ait été déclarée d'ordre public, laisserait subsister les effets des volontés déjà échangées [1].

Pourtant, contre cette exécution intégrale et rigide du contrat, la réclamation du débiteur monte vers le juge. Toutes les prévisions ont été déjouées ; ce contrat, qui devait être normalement exécuté dans des conditions que l'on avait pu établir, va, par suite de circonstances impré-

(1) Voyez sur ce point Roubier, *Des conflits de lois dans le temps*, t. II, 1934.

vues, être pour le débiteur une cause de ruine, cependant que le droit du créancier se trouve, par le jeu des événements, décuplé d'importance et de valeur. L'exercice du droit du créancier ne va-t-il pas être la consécration d'une suprême injustice? Le débiteur ne nie pas son obligation, il ne prétend pas s'en décharger lui-même, mais il demande à l'autorité qui assure la justice d'intervenir entre son créancier et lui. Au fond, c'est encore respecter le contrat que de le reviser : demander une libération ou une modération de charges, c'est reconnaître que l'on ne peut être délié que par un acte de l'autorité publique.

Cette autorité doit-elle intervenir? C'est de nouveau le problème de la lésion qui se pose ici sous un aspect nouveau. Il ne s'agit plus de la disproportion des obligations au moment de la formation du contrat, mais bien d'une disproportion née après coup. Mais ce problème a des aspects très divers, et, comme nous l'avons fait pour la lésion, avant de l'envisager sous sa formule abstraite, il faut voir quelles sont les règles positives qui s'y rattachent.

§ 1. — Applications légales de la résolution ou de la revision des contrats.

76. Fondement de la résolution des contrats pour inexécution des conditions. — 77. Comparaison de cette résolution et de celle admise par la loi du 21 janvier 1918. — 78. Le terme de grâce et les mesures de prorogation prises pendant la guerre. — 79. La jurisprudence administrative sur la revision des contrats. — 79 *bis*. La revision du prix des baux de longue durée. — 80. Idée générale de l'intervention du juge dans l'exécution du contrat.

76. — Pour affirmer que le Code civil n'admet en aucun cas la revision du contrat conclu, il faut refuser de soumettre à un nouvel examen certaines règles traditionnelles pour ne pas voir les solutions qu'elles imposent [1].

(1) Je me borne à rappeler ici les art. 1769 et 1770 du Code civil sur les baux à ferme.

Il y a en effet dans notre droit contractuel une disposition d'une importance capitale qui est la consécration légale de l'idée de justice contractuelle. C'est le droit de résolution de l'article 1184 du Code civil. Le droit romain primitif s'était peu ému du déséquilibre postérieur à la formation du contrat, et il avait laissé aux parties le soin de se prémunir contre ce danger par le jeu de la condition. Mais les canonistes ont jugé immoral qu'un contractant pût exiger l'accomplissement de la promesse d'autrui lorsqu'il ne voulait ou ne pouvait tenir la sienne. C'est eux qui ont donné le principe : *non servanti fidem, non est fides servanda.* La forme même de la maxime montre qu'elle repose sur une idée morale de foi donnée et gardée. Lentement, difficilement même, semble-t-il, les civilistes ont admis le principe nouveau. Il s'est imposé par la force morale qu'il porte en lui. A la fin de notre ancien droit, il était universellement admis [1].

Les interprètes du Code civil, imbus du principe de l'autonomie de la volonté, n'ont voulu admettre cette résolution du contrat qu'en la fondant sur la force contractuelle. S'autorisant du précédent de la *lex commissoria*, de la place de l'article 1184 dans le Code civil et de l'exposé des motifs, ils ont inventé la théorie de la condition résolutoire tacite [2]. C'est là méconnaître l'origine et le sens de la règle. Pothier disait qu'elle constituait une exception à la rigueur des principes du droit romain. C'est en effet, non une application de la loi des parties, mais un échec au contrat.

Cette explication triomphe aujourd'hui. Qu'on fasse de

(1) Sur l'histoire de la règle voir : CASSIN, *De l'exception d'inexécution...*, thèse, Paris, 1913, p. 42 ; — CAPITANT, *De la cause*, nos 68 et suiv. et 147 et suiv. ; — MAURY, *La notion d'équivalence*, thèse, Toulouse, 1920, t. I, p. 268 ; — BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse. Toulouse, 1924.

(2) AUBRY et RAU, t. IV, § 302 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, 3e éd., II, no 902.

la résolution judiciaire une application de la théorie de la cause [1], qu'on y voie une manifestation du principe d'équivalence des prestations dans le contrat [2], ou un instrument technique destiné à assurer à la fois l'équilibre du contrat, ses fins pratiques et son exécution de bonne foi [3], l'idée profonde est toujours la même : le contrat était respectable quand il a été conclu, parce qu'il répondait à des fins légitimes ; postérieurement à sa conclusion il a été déséquilibré soit par la faute de l'une des parties, soit par un événement purement fortuit ; exécuter ce contrat boiteux serait singulièrement immoral ; il faut que le juge puisse en contrôler et, par conséquent, en refuser l'exécution.

La résolution, dit la Cour de cassation, est la « consécration de *cette règle d'équité* qui ne permet pas de laisser un des contractants dans le lien du contrat dont l'autre partie ne lui fournirait pas l'équivalent » [4].

Puisqu'il s'agit de rompre le contrat, l'intervention du juge est nécessaire [5]. Le juge apprécie le degré de l'inexécution, s'il s'agit d'une inexécution partielle, accessoire ou tardive [6] ; il a le droit d'accorder un délai d'exécution ; il essaye en un mot de sauver le contrat. Tout cela est inexplicable avec l'idée de condition résolutoire, tout cela se comprend fort bien, si l'article 1184 est l'appel au juge contre le contrat obligatoire. Il n'y a pas extinction de plein droit d'une obligation valablement

(1) CAPITANT, *De la cause*, nos 147 et suiv., p. 308 et suiv. — Comp. DEMOLOMBE, XXV, no 489.

(2) MAURY, *thèse citée*, I, pp. 264 et suiv., notamment p. 287.

(3) Maurice PICARD et André PRUDHOMME, *De la résolution judiciaire pour inexécution des bligations*, *Revue trimestrielle*, 1912, p. 61.

(4) Cass., 29 novembre 1865, D. 66. 1. 27, S. 66, 1, 21.

(5) Comp. les notes de SAVATIER, D. 1920, 2, 41 et de R.-L. MOREL, S. 1922, 1, 369, pour le cas exceptionnel où l'une des parties aurait le droit de sortir du contrat sans jugement. Voyez sur cette question PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique*, VI, no 428.

(6) Cass. Req., 9 mars 1925, D. H., 1925, 266.

contractée ; il faut apprécier s'il est juste de maintenir le lien contractuel.

Pourquoi a-t-on admis sans difficulté cette intervention judiciaire ? C'est parce qu'ici le déséquilibre du contrat est complet. Synallagmatique, il était à deux faces ; une obligation disparaît, l'autre reste sans cause [1]. Elle conserve sa forme juridique, puisqu'elle a été valablement créée [2], mais le juge doit la supprimer, revisant le contrat conclu ; il jouit pour cela d'un pouvoir discrétionnaire absolu [3].

77. — Comparons maintenant au Code civil la loi Failliot du 21 janvier 1918, qui s'est proposé pendant la guerre la résolution des contrats conclus avant la guerre, parce que l'exécution en était devenue trop onéreuse. Nous y retrouvons ce caractère essentiel, l'intervention nécessaire du juge (art. 2). Les parties ne peuvent se délier elles-mêmes d'une obligation devenue ruineuse pour l'une d'elles, mais le débiteur demande au tribunal de prononcer la résolution ou la suspension du contrat, avec ou sans indemnité. Le tribunal ne peut reviser le contrat pour en modifier les stipulations. Les juristes, consultés avant le vote de la proposition qui consacrait ce droit de revision, l'ont fait écarter. La revision ne peut résulter que d'une entente entre les parties pour éviter la résolution. Il ne s'agit donc bien que d'une résolution, et cette résolution est d'ailleurs acquise de plein droit

(1) Cass. Civ., 14 avril 1891, D. 91, 1, 329 ; S. 1, 391.

(2) Dans la théorie de M. Capitant, l'article 1184 serait une manifestation du rôle de la cause après la formation du contrat. Mais on comprend assez mal cette identité entre les notions de cause, élément de validité du contrat, et de cause, élément d'exécution, dont le défaut entraînerait la résolution. En réalité, la disposition de l'art. 1184 repose sur la même idée qui sert de fondement à la théorie de la cause, mais ne se confond pas avec cette théorie.

(3) Sur le pouvoir souverain du juge du fond, voir Capitant, *De la cause*, n° 153, p. 329.

d'après la loi du 9 mai 1920, si l'exécution du contrat n'a pas été demandée dans le délai fixé par cette loi.

Cette loi de circonstance [1], d'une application d'ailleurs trop restreinte, puisqu'elle ne vise que les contrats antérieurs à la guerre [2], a été accueillie avec la plus grande défiance par beaucoup de juristes. Ils lui ont reproché de constituer une atteinte grave à la force du contrat [3]. Pourquoi ne fait-on pas le même reproche à l'article 1184, dès que l'on a écarté cette invraisemblable explication de condition résolutoire tacite ? La loi Failliot est sans doute une atteinte au principe absolu de l'autonomie de la volonté, mais les rédacteurs du Code civil, si attachés qu'ils fussent à ce principe, ont bien dû accueillir des tempéraments que les moralistes avaient réussi à faire passer dans le droit civil.

Il y a, il est vrai, semble-t-il, cette différence que, dans l'action en résolution judiciaire de l'article 1184, c'est le créancier de l'obligation qui fait tomber le contrat devant l'impossibilité d'en obtenir l'exécution, tandis que, dans la résolution prévue par la loi de 1918, c'est le débiteur qui demande à échapper au contrat, parce qu'il ne peut l'exécuter. Mais le contrat étant synallagmatique, chaque partie est créancière et débitrice. Quand le créancier demande la résolution du contrat, ce n'est pas comme créancier, c'est comme débiteur tenu de l'obligation corrélative à la créance et pour ne pas rester tenu, puisqu'il ne peut plus rien obtenir. Et inversement, dans l'application de la loi Failiot, le débiteur qui demande la résolu-

(1) Comp. loi belge du 11 octobre 1919, *Annuaire de lég. étrangère*, 1925, p. 64.

(2) Réserve faite de ceux qui n'ont pas été exécutés avant le 5 août 1914 par cas de force majeure et qui pourraient l'être après : Cass. Civ., 7 janvier 1924, *Gaz. Palais*, 28 février 1924; Cass. Req., 11 février 1924, *ibid.*, 29 avril 1924.

(3) La proposition de loi a soulevé de très vives objections de la part du Comité de législation commerciale et de certains auteurs (CAPITANT, note au D. 1917, 2, 33). L'application de la loi paraît avoir suscité moins de critiques que la proposition.

tion d'un marché d'avant guerre, renonce en même temps à se prévaloir de l'obligation qui naissait à son profit de ce marché. La situation juridique est donc absolument la même.

Au fond, la seule différence entre les deux situations est la suivante : quand on applique la résolution de l'article 1184, on doit examiner si l'obligation du débiteur n'a pas été exécutée, soit par la faute de ce débiteur, soit par force majeure, tandis que, dans l'application de la loi de 1918, l'exécution restait possible et aurait pu être exigée, mais était devenue trop onéreuse pour le débiteur. Le débiteur prend l'initiative de l'action en résolution en invoquant sa propre situation : l'impossibilité morale dans laquelle il se trouve d'exécuter une obligation devenue ruineuse. C'est dans la nature de l'impossibilité que réside uniquement la différence.

78. — On peut faire la même comparaison entre le *terme de grâce* prévu par l'article 1244 du Code civil et les innombrables mesures d'atermoiement prises pendant et après la guerre en faveur du débiteur.

Quand on affirme que le Code civil ne donne pas au juge la possibilité de modifier le droit du créancier, on oublie que l'article 1244 permet au juge de retarder les poursuites « en considération de la position du débiteur » [1], et s'il lui recommande d'user de ce pouvoir « avec une grande réserve », il ne pose aucune restriction à son exercice [2], ce qui permet d'admettre ce délai, même quand le créancier a un titre exécutoire [3].

(1) Dans les travaux préparatoires, Jaubert et Bigot-Préameneu disent que cette institution repose sur l'équité naturelle supérieure au droit positif.

(2) Des circulaires ministérielles ont à plusieurs reprises demandé aux juges d'user de leur droit pour éviter des expulsions de locataires.

(3) Il n'y a d'exception que pour les effets de commerce (art. 157 et 187, C. com.). Encore la loi du 5 juillet 1933, complétée par les lois des 26 février 1933 et 6 juillet 1934 a-t-elle admis une contre-exception

Les décrets rendus pendant la guerre en vertu de la loi du 5 août 1914 et qui ont admis le moratorium des effets de commerce, des loyers, des intérêts de dettes hypothécaires, la loi du 22 novembre 1918, qui a suspendu le contrat de travail des mobilisés, celle du 16 juillet 1919 qui a prorogé les sociétés ayant leur siège social en pays envahi constituent des mesures de même nature, sans parler des dispositions des traités de paix sur la reprise des contrats d'avant guerre [1].

Quand on a vu que la fin de la guerre n'apportait pas la solution de certaines difficultés et que notamment la question du logement devenait insoluble, le législateur a montré plus d'audace. Le maintien de la situation contractuelle par une prorogation des baux en cours a été assuré par une série de lois [2], et comme cette prorogation avait pour conséquence le maintien des conditions stipulées dans le contrat [3], il a fallu, pour ne pas léser le propriétaire, autoriser le juge à majorer le prix du bail en tenant compte d'une part de l'augmentation des charges du propriétaire, d'autre part de l'augmentation apparente de la valeur des immeubles due à la dépréciation de la monnaie. Pour éviter l'arbitraire le législateur a

pour les billets de fonds, c'est-à-dire les billets à ordre remis en paiement des fonds de commerce. Les lois des 26 février et 6 juillet 1934 ont en outre spécialement prévu un moratoire pour le reliquat du prix du fonds de commerce. Mais ce sont là des lois motivées par la crise commerciale et l'influence politique des commerçants.

(1) Voir l'observation de M. MORIAUD à la *Société d'Etudes législatives*, *Bulletin*, 1922, p. 32.

(2) Lois des 9 mars 1918, 4 janvier 1919, 23 octobre 1919 et 31 mars 1922. Bien que cette loi soit qualifiée de définitive, de nouvelles lois ont été votées les 29 décembre 1923, 23 janvier 1924, 2 mars 1924, 24 avril 1925, 1er avril 1926, 31 juillet 1927, 29 juin 1929, 25 juin 1934. — Voy. sur ce régime PLANIOL, RIPERT et B. PERREAU, *Traité pratique*, XI, nº 456 et s., 478 et s.

(3) On a dit qu'on ne pouvait pas rattacher la prorogation au droit privé et qu'elle ne peut s'expliquer que par l'idée de réquisition (CALMEJANE-COURSE, *Le fondement juridique et le fondement politique des lois d'exception en matière de loyer*, thèse, Paris, 1923) ; mais la prorogation empêche l'expiration du bail ; c'est donc le contrat primilif qui continue.

fini par fixer lui-même la majoration (L. 1er avril 1926, 29 juin 1929, 25 juin 1934).

Il y a dans les lois et les projets de loi en matière de loyers des conceptions juridiques multiples (lésion, tarification, exonération au profit d'une classe, spéculation illicite), mais, à s'en tenir à l'idée essentielle de la prorogation, on y voit, sous la forme d'un délai accordé par le juge sous condition, une règle qui n'est que l'extension du terme de grâce prévu par le Code civil [1].

79. — Si nous regardons maintenant du côté du droit public, nous verrons que la jurisprudence administrative n'a pas cru violer les principes du droit en accommodant un contrat en vue des nécessités de l'exécution.

Dès avant la guerre, mise en présence de concessions de longue durée ou de marchés de travaux publics, elle relevait dans certains cas le concessionnaire contre des erreurs excusables d'appréciation en lui accordant une revision du prix [2].

C'est surtout pendant la guerre que cette jurisprudence sur l'imprévision s'est affirmée. Dans l'arrêt célèbre du 30 mars 1916, rendu en faveur de la Compagnie du gaz de Bordeaux [3], le Conseil d'Etat, après avoir posé le

(1) Sur l'abus des moratoires, voyez CADOT, *De la notion d'échéance. Rev. de Paris*, 1er janvier 1925, p. 208.

(2) Voir les arrêts cités par VOIRIN, thèse, Nancy, 1922, p. 8. — Le plus souvent, il y a une modification imposée par l'administration, mais pas dans tous les cas. Voir par exemple C. d'Etat, 23 janvier 1862 (Oliva), *Lebon*, p. 1108, S. 63, 3, 21; 2 mai 1884, S. 86, 3, 14; 16 décembre 1864, D. 74, 3, 73.

(3) D. 1916, 3, 25, S. 1916, 3, 17, note HAURIOU. — Sur cet arrêt voir HAURIOU, note citée et *Revue politique et parlementaire*, 1916, p. 40; — WAHL, *Droit civil et commercial de la guerre*, III, p. 134; — JÈZE, *Revue de droit public*, 1916, p. 238 et 1926, p. 611; — BERTHELEMY, *Revue politique et parlementaire*, 10 juillet 1897, p. 23; — DUGUIT, *Revue politique et parlementaire*, 1916, p. 264; — SAINT-MARC, *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, thèse, Paris, 1918; — LAPEYRE, *De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, thèse, Paris, 1923; — ALIBERT, *L'imprévision dans les concessions de services publics*, 1924, note au *Sirey*,

principe que « le contrat de concession règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration les obligations respectives du concessionnaire et du concédant », déclare que « l'économie du contrat se trouve bouleversée » lorsque la hausse du charbon est telle « qu'elle dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat », et il renvoie les parties devant le Conseil de préfecture en vue d'une revision des prix.

Cet arrêt a fait jurisprudence. Par une série de décisions postérieures, le Conseil d'Etat a marqué les limites du droit du concessionnaire. Ce concessionnaire ne peut se dégager du contrat ni faire peser tous les aléas sur le concédant, mais il a le droit d'être indemnisé dans la mesure où la hausse ne pouvait être prévue [1]. Cette jurisprudence ne s'est pas d'ailleurs affirmée seulement pour les concessions d'éclairage public, mais aussi pour des marchés de fournitures [2].

Mais il ne faudrait pas croire que la jurisprudence administrative ait consacré le droit arbitraire de revision du juge. Elle a simplement considéré que l'exécution du service public devait être assurée avant tout [3]. L'administration y avait pourvu par le contrat de concession ; puisque ce contrat ne peut plus être normalement exécuté, il va s'ouvrir une période extracontractuelle où l'ex-

1929, 3, 113 ; — CLOSSET, notes au D. 1925, 3, 17 et 1929, 3, 17 ; — ALLIX, note au S. 1929, 3, 213 ; — MESTRE, note au S. 1934, 3, 17 ; — BONNECASE, *Précis de droit civil*, t. II, n° 384.

(1) Cons. d'Etat, 20 juillet 1917, S. 1917, 3, 25 ; 3 août 1197, S. 1917, 3, 35 ; 11 avril 1919, D. 1919, 3, 25, S. 1920, 3, 32 ; 27 juin 1919, S. 1920, 3, 25, note HAURIOU ; 25 novembre 1921, 2 mars 1923, 29 février, 18 mars, 18 juillet, 8 août 1924, 23 janvier 1925, D. 1925, 3, 172, note CLOSSET, S. 1925, 3, 33 et 58, 1925, 3, 58, 29 mars 1926, D. 1927, 3, 17, S. 1927, 3, 108 ; 9 décembre 1932, D. 1933, 3, 17, note PELLOUX.

(2) Cons. d'Etat, 8 février 1918, D. 1919, 3, 9 ; Comp. Cons. d'Etat, 20 juillet 1917, D. 1917, 3, 25.

(3) Voir la formule de M. HAURIOU, S. 1916, 3, 17 : « rigidité du service public et flexibilité du contrat ».

ploitation se fera à d'autres conditions [1]. Sans doute cette construction juridique n'est peut-être pas à l'abri de toute critique, notamment parce que, dans le calcul des avantages et des charges, on ne fait pas complètement abstraction de la situation contractuelle, mais elle a du moins l'avantage de dégager le concessionnaire d'un contrat devenu écrasant pour lui [2].

La loi du 21 juillet 1927 a permis la réduction des charges des fondations dans les établissements publics d'assistance, les revenus des libéralités étant devenus insuffisants pour assurer l'exécution des charges [3]. La loi du 23 mars 1928 a autorisé la revision des indemnités allouées pour dommages de guerre. La loi du 31 mai 1933 (art. 133) a prévu la révision des marchés de guerre passés pendant et après la guerre entre le 4 août 1914 et le 25 octobre 1919.

79 *bis*. — Quand l'esprit public a été habitué à cette intervention de la loi dans le contrat, le législateur a cru possible d'aller plus loin et de porter aux conventions prises une atteinte plus directe. La loi du 6 juillet 1925 a autorisé la revision du prix des baux de longue durée [4]. Le rapporteur de la loi au Parlement a pu déclarer que le projet était inspiré par « un principe d'équité élémentaire », qu'il était des plus faciles « à justifier du point de vue moral », qu'il constituait une simple application de la théorie générale de l'imprévision.

Le législateur a ici franchement sacrifié la valeur du contrat au désir de satisfaire l'équité. Il écarte le prix sti-

(1) Voir les conclusions de M. Riboulet pour l'arrêt du 27 juin 1919 et la critique de M. Voirin, *op. cit.*, p. 20.

(2) Jèze, *L'imprévision en matière de services publics, Revue de droit public*, 1926, p. 411.

(3) Voy. Lalou, *Chronique*, D. H., 1927, 70.

(4) Bonnecase, *La loi du 6 juillet 1925, plus spécialement considérée dans ses rapports avec les baux industriels et commerciaux*, 1926.

pulé par les parties pour rechercher celui qui serait dû équitablement d'après la valeur locative de l'immeuble. Il permet au propriétaire d'obtenir une majoration de loyer, détruisant ainsi à son profit, à raison des conditions économiques nouvelles, le contrat qu'il a passé.

Mais, par une sorte de compensation, il a voulu accorder au locataire certaines faveurs : prorogation de bail (art. 2), abaissement d'un quart sur la valeur locative équitable (art. 1er, § 5), droit de demander une nouvelle revision si les conditions économiques se modifient au point d'entraîner une diminution de plus d'un quart de la valeur locative précédemment arbitrée (art. 5). Mais surtout, en majorant ainsi les obligations du locataire, le législateur n'a pas osé les lui imposer contre son gré : il lui a accordé le droit de résilier le bail (art. 6).

Cette intervention du législateur a soulevé d'assez vives protestations et l'application de la loi paraît avoir donné lieu à quelque arbitraire. Pourtant c'est plutôt cette application qui a été critiquée que le principe même. Il faut sans doute considérer la loi du 6 juillet 1925 comme une simple pièce de la réglementation générale des rapports entre locataires et propriétaires, mais c'est peut-être l'application la plus nette qui ait été faite de la théorie de l'imprévision.

Elle a été suivie de beaucoup d'autres. La loi du 9 juin 1927 a autorisé la revision des baux à ferme au profit des propriétaires devant le scandale de l'enrichissement des fermiers. Mais, quelques années plus tard, à la suite de la crise agricole, la loi du 8 avril 1933 a établi en sens inverse une revision des baux ruraux au profit de fermiers payant un fermage trop élevé [1].

Enfin la loi du 12 juillet 1933 a admis la possibilité d'une revision pour les baux à usage commercial, indus-

(1) La loi du 22 mars 1934 a interprété cette loi du 8 avril 1933.

triel ou artisanal dans l'espoir que le commerçant et l'industriel ayant la charge d'un loyer moins fort consentiraient à vendre à plus bas prix !

Ces dernières lois n'ont pas pour excuse la nécessité de tenir compte du bouleversement apporté par une calamité publique. Le législateur s'efforce d'adapter un contrat aux circonstances économiques. L'esprit public est tellement changé que ces lois ont été accueillies presque sans protestation [1].

80. — Ainsi, dans le Code civil, dans les lois spéciales votées à l'occasion de la guerre, dans la jurisprudence administrative qui vient de s'affirmer, dans les lois diverses que nous avons citées, nous trouvons le principe de l'intervention du juge dans le contrat pour empêcher le créancier d'exercer son droit contre le débiteur, et nous constatons que cette intervention se produit dans les cas où l'exercice du droit réaliserait une injustice soit parce que l'autre partie ne veut pas ou ne peut pas s'exécuter (art. 1184, civ.), soit parce qu'elle ne le pourrait que moyennant un sacrifice considérable (lois de 1918, 1925, 1933 et jurisprudence du Conseil d'Etat), soit enfin parce que, en retardant l'exécution ou la résiliation du contrat, on améliorera la situation de l'une des parties, sans nuire gravement au droit de l'autre (délais de grâce, moratoires, prorogations).

Sur toutes ces applications plane la même règle morale : *Summum jus, summa injuria.* Si le créancier épuise son droit, il cause à l'autre partie un grave préjudice. Le contrat avait prévu des sacrifices équivalents ; l'une des prestations ne peut plus être exécutée ou ne peut l'être que dans des conditions trop onéreuses, le juge détruit le contrat qui manque son but et désarme le créancier.

(1) CAPITANT, *Le régime de la violation des contrats,* D. H. 1934, *Chronique*, p. 1.

La règle morale qui nourrit ainsi certaines dispositions légales a-t-elle assez de force pour pouvoir s'imposer comme principe juridique ? C'est ce qu'il faut maintenant rechercher dans la jurisprudence civile.

§ 2. — Moyens techniques de revision.

81. La théorie générale de la revision des contrats pour imprévision. — 82. La clause *rebus sic stantibus* et l'imprévision. — 83. La force majeure, les difficultés d'exécution et l'état de guerre.

81. — On ne peut pas demander à la jurisprudence d'admettre la résolution et encore moins la revision d'un contrat sous le prétexte d'une aggravation de l'obligation, postérieure au contrat. Elle ne saurait, sans l'appui d'un texte légal, opposer cette théorie de la revision pour imprévision au principe de la force obligatoire du contrat. Au surplus, invoquer le déséquilibre des prestations postérieures au contrat conclu et comparer ce défaut d'équivalence à la lésion, c'est s'exposer à se voir opposer les textes précis qui écartent la lésion comme cause de nullité du contrat.

Quelques-uns croient possible d'affirmer la théorie de l'imprévision comme règle du droit positif actuel ; dédaignant l'appui qu'on leur a parfois offert dans l'article 1150 du Code civil, confiants dans la force de la construction juridique, ils demandent une reconnaissance officielle de la règle par la Cour de Cassation [1]. Je ne crois pas que l'on puisse attendre de la jurisprudence civile l'affirmation d'une règle générale, moins peut-être parce que cette règle heurterait le principe de l'article 1134 du Code

(1) En ce sens, Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse, Nancy, 1922 ; — Bonnecase, *Supplément au Traité de droit civil* de Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 314 (Cet auteur invoque l'art. 1244 C. civ.). — Comp. Bruzin, *Essai sur la théorie d'imprévision et son rôle en matière contractuelle*, thèse, Bordeaux, 1922.

civil que parce qu'elle est, je le montrerai, dangereuse à donner sans modalités ni réserves.

Si le pouvoir du juge sur le contrat doit s'affirmer pour l'arrêt ou la modération du droit injuste du créancier, il faut essayer de découvrir la part faite à la règle morale dans l'application des moyens juridiques qui sont à la disposition des tribunaux.

82. — Les tribunaux auraient pu corriger l'exécution du contrat en se servant du contrat lui-même ; ils ont le droit de l'interpréter et doivent se fier à l'intention des parties plutôt qu'au sens littéral des termes (art. 1156, C. civ.). Les parties n'ont pas prévu les modifications postérieures au contrat qui en rendraient l'exécution tellement onéreuse qu'elle serait désastreuse pour le débiteur ; c'est respecter leur volonté que de délier dans ce cas le débiteur.

C'est là une très vieille idée que les glossateurs avaient dégagée en prenant prétexte d'un fragment de Nératius au Digeste (XII, 4, 8). Bartole disait que dans tout contrat il faut supposer la clause *rebus sic stantibus*, c'est-à-dire supposer que les parties n'ont entendu maintenir le contrat que si les circonstances ne changent pas. La règle donnée par Balde et par Tiraquellus, combattue en principe par l'école du droit naturel comme contraire à la valeur du contrat [1], a été affirmée aux XVIIe et XVIIIe siècles par certains auteurs (de Cocceji, de Leyser), et elle est venue s'échouer dans le Code prussien de 1794 [2].

(1) Grotius admet pourtant certaines exceptions.

(2) Sur l'histoire de la clause : Roubier, *De l'influence du changement de circonstances sur les contrats en droit public*, thèse, Lyon, 1914 ; — Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Paris, 1920 ; — Osti, *La cosidetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storio*, *Riv. di diritto civile*, 1922, p. 1 ; — Dusi, *Sulla clausola... Riv. di diritto commerciale*, 1911, 2, 148 ; — Manara, *Sulla clausetta...*, *ibid.*, 1916, 2, 46. — Aj. Zaki, *L'imprévision en droit anglais*, thèse, Paris, 1930.

Bien que le Code civil ne vise pas cette clause, il semble que la jurisprudence du début du siècle ait eu tendance à lui faire accueil. Dans un arrêt du 11 avril 1821 [1], la Cour de Cassation déclare qu'elle ne peut s'appliquer dans un contrat qui ne comporte pas de prestations successives, mais dans un arrêt du 20 août 1838 [2], elle rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris du 7 août 1837 qui avait déclaré rompre un contrat portant obligation de livraisons successives, parce que la situation n'était plus la même par suite du décès de l'une des parties. On peut relever quelques décisions qui font allusion à la clause [3].

Larombière disait : « Les obligations s'éteignent encore par la survenance des circonstances telles que les parties n'auraient pas contracté, si elles les avaient prévues » [4].

Mais toute l'école classique, Demolombe, Laurent, Aubry et Rau rejette l'application possible de cette clause [5]. La Cour de Cassation la condamne par l'arrêt du 6 mars 1876, rendu dans l'affaire du canal de Craponne, en déclarant que l'article 1134 a une portée absolue « et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives, de même que ceux de toute autre nature » [6].

Pendant la guerre, les tribunaux n'ont pas essayé de se servir de ce moyen juridique [7], reculant devant l'interprétation qui leur était demandée. La chose peut paraître étonnante, parce qu'ils auraient trouvé dans l'application de la clause le moyen de brider le créancier en ne lui

(1) Cass., 11 avril 1821, S. 21, 1, 254.
(2) Cass. Req., 20 août 1838, S. 38, 1, 373.
(3) Rouen, 9 février 1844, D. 45, 2, 4 ; Bordeaux, 18 mai 1852, D. 53, 2, 105 ; Le Havre, 4 juin 1852, D. 53, 2, 126 (décision infirmée).
(4) Larombière, *Obligations*, IV, n° 1234.
(5) Demolombe, XXIV, n° 550 ; — Laurent, XVI, n° 265 ; — Aubry et Rau, t. V, § 308, p. 167, texte et note 32 *ter*.
(6) D. 76, 1, 193.
(7) V. cependant : Toulouse, 1er juin 1915, D. 1916, 2, 112.

opposant que sa propre volonté et que les décisions rendues auraient échappé à la censure de la Cour de Cassation, tout au moins dans la mesure où, en interprétant les clauses, les juges du fond n'auraient pas dénaturé le contrat. La jurisprudence italienne, soit avant, soit depuis la guerre, a appliqué la clause, et la jurisprudence anglaise a établi une théorie de la *frustation de l'aventure* qui peut en être rapprochée [1].

Si les juges français ont résisté à cet appel, c'est tout d'abord parce qu'ils ont été effrayés du pouvoir qu'ils se seraient accordé. Les glossateurs avaient bien essayé de définir les circonstances que les parties n'avaient point prévues, et ils insistaient surtout sur le changement dans la condition des personnes. Mais il est évident que les parties n'ont pas prévu davantage la guerre, l'interruption des communications, l'épidémie, la réquisition, la crise économique, le déséquilibre des changes, la dépréciation de la monnaie. Alors il faudrait détruire ou reviser tous les contrats pour les accommoder aux circonstances, en tablant sur la volonté probable des contractants ! Chaque créancier serait obligé de justifier que toutes les circonstances de l'exécution de son droit existaient dans son esprit au moment de la conclusion et ont été acceptées par le débiteur !

D'autre part, la clause *rebus sic stantibus* ne peut être sous-entendue, car elle est contraire à la nature économique du contrat. Si les choses ne devaient pas changer, ce ne serait pas la peine de faire un seul contrat pour des exécutions successives, ou tout au moins ce contrat ne

(1) Sur la jurisprudence italienne : RADOUANT, *Du cas fortuit*, thèse précitée ; — SERBESCO, *Revue trimestrielle*, 1917, p. 349. — Cette jurisprudence s'est surtout affirmée pour les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité. — Sur la jurisprudence anglaise affirmée depuis les *Coronation cases* et particulièrement dans les *War cases*, voir LÉVY-ULLMANN, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité en droit anglais* (*Annales de droit commercial*, 1921, p. 279 et 1922, p. 41).

présenterait que le faible avantage de la simplicité. Ce que prévoit le créancier, c'est justement que les choses changeront, et il s'assure contre les inconvénients de cette modification en traitant dès maintenant par une série d'opérations. Il n'a sans doute pas prévu avec exactitude les circonstances futures, mais il a prévu qu'il y aurait une modification des circonstances présentes.

Ainsi, quand on veut appliquer la loi du contrat, on est fatalement amené à ne pas admettre la clause *rebus sic stantibus*[1]. Cette règle était une règle de limitation morale du droit du créancier. Elle était dirigée contre le contrat. Coupée de son support moral, ramenée à une interprétation d'une volonté présumée, elle perd toute sa force.

82. — Le débiteur ne peut-il pas échapper au contrat en excipant de la *force majeure* libératoire? Il suffirait pour lui accorder sa libération de considérer comme une force majeure la difficulté d'exécution quand cette difficulté a un certain caractère de gravité et ne pouvait être prévue au moment du contrat. On a bien souvent essayé d'invoquer ce moyen technique pendant la guerre[2]. La guerre, qui ne constitue pas par elle-même un cas de force majeure, est la cause de difficultés extrêmes dans la livraison des marchandises ou la prestation des services. La dernière guerre a été à ce point de vue particulièrement remarquable; jamais la vie économique n'avait été troublée comme elle l'a été à partir d'août 1914.

Et pourtant c'est justement pendant la dernière guerre que la jurisprudence s'est montrée particulièrement diffi-

(1) M. Wahl (note au *Sirey*, 1916, 1, 17 et *Droit civil et commercial de la guerre*, II, p. 15) a défendu l'application possible de la clause. — Voir aussi une formule beaucoup trop vague et dangereuse de Morin, *La révolte des faits contre le Code civil*, p. 141.

(2) Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Paris, 1920; — Lebon, *La guerre et les contrats*, *Revue politique et parlementaire*, 1916, p. 172; — Gueullette, *Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*, thèse, Paris, 1919, p. 304.

cile pour admettre la force majeure. On pouvait relever antérieurement des décisions admettant la force majeure au cas de difficultés très graves d'exécution [1] et même lorsque ces difficultés étaient personnelles au débiteur [2]. Mais il semble que la jurisprudence ait été effrayée de l'excuse qui serait ainsi donnée à tous les débiteurs et qu'elle ait exagéré sa sévérité pour que l'indulgence manifestée pour l'un ne l'entraînât pas à la faiblesse vis-à-vis de tous [3].

Elle a déclaré que la guerre et les difficultés d'exécution qu'elle entraîne ne constituent pas un cas de force majeure [4]. Elle a appliqué ce principe quand il y a raréfaction des marchandises ou des matières premières, crise de la main-d'œuvre, mesures légales réduisant la production, taxes nouvelles grevant l'industrie. A plus forte raison l'a-t-elle appliqué lorsque le débiteur se borne à invoquer le préjudice qui lui est causé par l'augmentation des prix et la dépréciation de la monnaie [5].

Il ne faudrait pas croire que la jurisprudence ait été dominée ici par la technique juridique et n'ait pu arriver à élargir le concept de force majeure. Ce concept est assez

(1) Voir par exemple Nantes, 23 juillet 1870, D. 70, 3, 115 et comparez cette décision à : Paris, 17 juin 1916, *Gaz. tribunaux*, 1918, 2, 38; Cass. Req., 3 décembre 1890, D. 92, 1, 127.

(2) Seine, 17 avril 1869, D. 69, 5, 221.

(3) Voir l'analyse de la jurisprudence dans la thèse de M. Radouant, précitée, pp. 17 et suiv.

(4) Cass. Civ., 9 janvier 1856, D. 56, 1, 53; 2 avril 1856, D. 56, 1, 100; 7 mars 1859, D. 59, 1, 118; 19 novembre 1873, D. 74, 1, 200; 4 août 1915, D. 1916, 1, 22; Paris, 21 décembre 1916, D. 1917, 2, 33, note de M. Capitant et la jurisprudence rapportée dans cette note; Caen, 15 novembre 1916, D. 1918, 2, 4; et les décisions rapportées au D. 1920, 2, 33, note G. Ripert; Cass. Req., 25 janvier 1922, D. 1922, 1, 71; Cass. Civ., 16 mai 1922 (3 espèces), D. 1922, 1, 130. L'idée de force majeure paraît avoir eu en Italie plus de succès qu'en France. — Voyez R. Fubini, *Revue trimestrielle*, 1917, p. 332, et *Bull. Soc. lég. comparée*, 1915, p. 311.

(5) Cass. Civ., 23 janvier 1924, *Gaz. Palais*, 11 mars 1924 : « il appartient au créancier... d'éviter par des clauses appropriées le préjudice qui pouvait résulter pour lui de la dépréciation éventuelle de la monnaie indiquée pour le paiement ».

imprécis pour qu'on puisse s'en servir pour la libération du débiteur. Mais justement les tribunaux n'ont pas voulu de cette solution brutale de la rupture du contrat, ni même de la solution plus souple de la prorogation. Ce renversement du contrat au profit du débiteur sur le simple motif que le contrat devient trop onéreux pour lui n'aboutirait pas à une moindre injustice que l'exécution intégrale au profit du créancier. Et puis où s'arrêter dans l'appréciation des difficultés d'exécution? Un contrat n'est jamais exécuté dans les conditions mêmes où il a été conclu, et c'est justement contre ces difficultés futures que le créancier assure sa situation par le contrat [1].

83. — Les autres moyens techniques auxquels on a songé pour pousser la jurisprudence à la revision du contrat sont bien fragiles. On a pensé à invoqué l'article 1134, § 3 du Code civil, pour imposer au créancier l'exécution de bonne foi. On a invoqué l'article 1150 qui introduit dans la théorie de dommages-intérêts l'idée de prévisibilité [2]. On a essayé d'utiliser la notion de cause pour empêcher le déséquilibre des prestations postérieur au contrat [3]. Ces procédés techniques n'ont pas eux-mêmes grande valeur; mais ils étaient offerts à la jurisprudence pour lui permettre de construire une théorie de l'imprévision.

(1) Comp. CAPITANT, note au D. 1917, 2, 33 : « Le Code civil, suivant la tradition romaine, place au-dessus de tout, la stabilité du contrat et en fait une des bases de l'ordre social », et NICIAS-GAILLARD, D. 1856, 1, 100 : « La stabilité, la souveraineté des contrats, voilà ce qui ne pâlit pas même à côté des grands mots de paix et de guerre ».

(2) FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*, thèse, Dijon, 1921.

(3) GUEULLETTE, *Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*. thèse, Paris, 1919. — Comp. CASSIN, *La cause des obligations d'après la théorie de M. Capitant* (*Annales de droit commercial*, 1924, p. 332, v. p. 347). « Ne voyons-nous pas commencer une phase où, au nom de la justice et de l'intérêt social qui condamnent l'exploitation des individus, l'élément naturel de la cause aura une influence croissante et où tout contrat qui ne comportera pas un certain équilibre objectif, une équivalence de valeur entre les prestations sera réputé sans cause. »

La jurisprudence a résisté. Elle avait pris nettement position avant la guerre dans des circonstances de fait extrêmement favorables à la revision du contrat. Dans l'affaire du canal de Craponne, la Cour d'appel d'Aix s'était crue autorisée à modifier le taux de redevances qui avaient été fixées au XVIe siècle. La Cour de Cassation a cassé cette décision et maintenu les redevances anciennes, bien qu'elles ne fussent plus en rapport avec les frais d'entretien du canal [1]. Elle n'a pas modifié sa jurisprudence pendant la guerre. Dans la célèbre affaire des cheptels, elle a refusé de tenir compte des variations de la valeur du bétail et appliqué strictement les clauses du bail.[2]. Enfin et bien entendu, elle ne prend pas en considération la dépréciation de la monnaie et permet au débiteur de se libérer d'une dette contractée avant la guerre par le versement d'une somme de valeur nominale égale.

Cette jurisprudence a été bien souvent critiquée. Elle a amené l'intervention du législateur, et la loi du 21 janvier 1918 est venue donner une solution qu'elle n'a pas voulu donner. D'autre part on a opposé la libérale interprétation du Conseil d'Etat à la rigueur de la Cour de Cassation et accusé les magistrats de rester insensibles à la plainte des débiteurs lésés. Il faut se demander ce qu'il y a de fondé dans ces critiques et si le juge ou, à son défaut, le législateur pourrait accepter une revision des contrats pour imprévision [3].

(1) Cass., 6 mars 1876, D. 76, 1, 103.

(2) Cass., 6 juin 1921, D. 1921, 1, 73, S. 1921, 1, 193; Cass. Req., 17 mars 1926, S. 1926, 1, 177. Mais cette question se complique de l'interprétation des textes du Code sur le cheptel : sur ces arrêts voir BONNECASE, *Supplément* au traité de BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 158 ; — ROUSSEAU, note au *Sirey*, 1920, 2, 97 ; — HUBERT, notes au *Sirey*, 1921, 2, 113; 1926, 1, 177 ; — HUGUENEY, note au *Sirey*, 1921, 1, 193 ; — VALERY, note à la *Gaz. Palais*, 1921, 1, 461.

(3) Il faut d'ailleurs noter que si la Cour de Cassation a été inébranlable, certains tribunaux et même des Cours d'appel ont été plus favorables à la revision. On trouvera une liste de ces décisions dans la thèse de M. VOIRIN, p. 303.

§ 3. — Le problème de la revision du contrat.

84. La question de la revision a été posée à tort sur l'idée d'imprévision. — **85.** La rupture de l'équilibre des prestations n'est pas une cause de revision. — **86.** Véritable caractère de la revision : l'abus du droit, la justice et le contrat. — **87.** Des circonstances qui rendent abusif l'exercice du droit du créancier. — **88.** Inconvénients d'une règle générale sur la revision du contrat.

84. — On a posé la question aussi mal qu'il était possible de le faire en parlant d'imprévision. C'est très certainement l'influence de la doctrine de l'autonomie de la volonté qui a imposé l'idée et le mot d'imprévision. Pour soustraire le débiteur à la loi du contrat, on a voulu imaginer une situation extracontractuelle succédant à la situation contractuelle, pour reprendre la formule du Conseil d'Etat. On ne s'est pas aperçu que l'on compromettait ainsi la valeur même du contrat. Le contrat, en opérant des mutations dans le patrimoine ou en prévoyant des livraisons de marchandises ou des prestations de services, assure à un créancier une situation future et le garantit contre les circonstances qui s'opposeraient à sa satisfaction. Contracter c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir. Tout contrat contient une idée d'assurance.

Admettre la revision des contrats toutes les fois que se présente une situation qui n'a pas été prévue par les parties serait enlever au contrat son utilité même, qui consiste à garantir le créancier contre l'imprévu. Quand un industriel s'assure pour plusieurs années la quantité de charbon nécessaire à son usine pour un prix déterminé, il ne sait quelles seront dans l'avenir les difficultés de l'approvisionnement ou les fluctuations du marché, mais il veut pouvoir régler en toute hypothèse sa production et fixer le prix de ses produits. Si une guerre vient bouleverser

les prix des charbons, on ne peut lui dire que cet événement n'était pas entré dans ses prévisions, puisque le contrat passé pour plusieurs années avait justement pour but de ne pas faire dépendre le prix des fluctuations postérieures du marché.

85. — La position qui consiste à prendre argument de la différence des prestations n'est pas plus solide. Elle consisterait à admettre une sorte de résolution du contrat pour lésion postérieure à la conclusion, conséquence de cette idée que la lésion dans la conclusion du contrat doit être une cause de nullité. Le principe d'équivalence entre les prestations imposerait l'une et l'autre solution.

A rapprocher ainsi la revision du contrat de la nullité pour lésion, on se heurte à l'argumentation que nous avons déjà présentée. Ce n'est pas la différence de valeur des prestations qui, par elle-même, dans le contrat, est constitutive de la lésion. Cette différence n'est que la révélation qu'il y a eu lésion par l'exploitation abusive de l'une des parties (n° 59). Si la différence de valeur des prestations provient d'un cas fortuit postérieur au contrat, on ne saurait dénoncer cette exploitation. Nous restons simplement en présence d'un déséquilibre qui constitue l'aléa du contrat.

Cette rupture de l'équivalence idéale qui aurait été obtenue en contractant est une chose fatale aux époques de crise économique, mais elle peut se produire en tout temps. L'institution d'un marché à terme repose sur ces différences de cours postérieurs au contrat. Ce dont le commerce souffre, c'est justement de l'acte trop fréquent du contractant se dérobant au contrat conclu, parce que le marché est devenu désavantageux [1].

(1) Ces ruptures abusives de contrats sont très fréquentes en matière de ventes maritimes, dites ventes *caf*.

Quand la différence atteint une valeur importante, que le défaut d'équivalence apparaît évident aux plus ignorants des cours, que la rupture d'équilibre est la conséquence d'une guerre ou d'une calamité publique, la revision des contrats est plus impérieusement demandée. Tant que cette demande ne trouve pas de meilleure justification que la différence des cours, elle ne peut guère être entendue. Pour éviter des catastrophes financières, des faillites possibles, le législateur, par des lois de circonstance, accorde des délais de paiement, autorise des prorogations ou des revisions de contrats. Ce sont des mesures d'opportunité souvent utiles, quelquefois efficaces. Il y a alors expropriation du droit du créancier dans un intérêt de paix publique, mais non application régulière d'une règle juridique.

86. — Cette règle, si on veut la formuler et l'imposer, il faut commencer par lui restituer son véritable caractère. Elle ne sort pas du contrat, elle est dressée contre le contrat [1]. Elle ne se rattache pas à la technique juridique du droit des obligations, elle heurte la logique de cette technique. Elle repose en effet sur cette idée morale que le créancier commet une suprême injustice en usant de son droit avec la dernière rigueur. Elle élève contre la prétention du créancier la règle protectrice du débiteur injustement lésé par le sort. Elle ne nie pas que la lésion ait été voulue, elle refuse d'accepter cette volonté immorale.

De même que la nullité pour lésion ne peut se comprendre si on ne voit pas dans la lésion l'injuste exploitation du débiteur par le créancier, de même la nullité, la prorogation ou la revision du contrat pour imprévision est inadmissible, si on ne la justifie pas sur cette idée que le

(1) Comp. LÉVY-ULLMANN, *op. cit. (Annales de droit commercial*, 1922, p. 52). qui montre comment la théorie de la *frustation de l'aventure* s'est développée en Angleterre, justement à cause du caractère particulièrement rigide du *contract*.

contractant ne peut user jusqu'à l'injustice du droit que, juridiquement, lui donne le contrat. Le débiteur ne peut pas manquer à la parole donnée sous le prétexte qu'il n'avait pas prévu l'importance de la dette ou qu'il payerait plus qu'il ne recevrait ; il n'a le droit de ne pas s'exécuter que si, en conscience, il peut être déchargé, parce que le créancier réclame à ses dépens un enrichissement injuste.

C'est ainsi que la question a été posée par les canonistes. Elle a été rattachée à la question de l'usure et elle a disparu en même temps que grandissait la théorie de l'autonomie de la volonté. Elle ne peut être reprise et comprise qu'en lui redonnant son véritable caractère. Aussi n'est-il pas étonnant que l'on ait songé à parler ici d'abus du droit. Le créancier, qui essaie de tirer de son contrat tous les avantages qu'il comporte, peut se rendre coupable d'une véritable injustice vis-à-vis de son débiteur. Il abuse de son droit s'il trouve dans l'exercice de sa créance un enrichissement qui est injuste, puisqu'il est pour lui le résultat du hasard et pour le débiteur une source de ruine [1].

87. — Si on restitue ainsi à la revision du contrat pour imprévision son véritable caractère, on voit avec quelle prudence il faut manier ce pouvoir de revision Le créancier a acquis par le contrat un droit dont il peut user dans les conditions fixées par l'accord des parties. Il faut respecter dans ce contrat ce qui est acte de prévision légitime, puisque chaque contractant fait un sacrifice actuel en vue d'un avenir douteux.

L'abus commence au moment où le déséquilibre des prestations est tel que le contractant ne pouvait normalement prévoir qu'il allait retirer de ce contrat un tel

(1) Comp. NAQUET, note au S. 1920, 1, 105 ; — G. RIPERT, note au D. 1920, 2, 33.

avantage. Il faut donc, pour admettre la revision, un événement extraordinaire, hors de la prévision humaine, et c'était là le sens de la clause *rebus sic stantibus*. Il faut en outre que l'événement rende pour le débiteur l'exécution si difficile et onéreuse qu'elle constitue une lésion hors de proportion avec l'avantage prévu par lui dans le contrat. Il faut enfin que le créancier n'ait pas à l'avance payé l'aléa exceptionnel du contrat par la nature de l'opération faite ou les stipulations particulières du contrat.

1° Le caractère imprévisible de l'événement ne dépend pas de la nature même de cet événement, mais de ce qu'il était impossible de prévoir qu'il surviendrait et bouleverserait cette situation. Ainsi la guerre ne sera prise en considération que si elle entraîne une modification de la situation économique. La loi du 21 janvier 1918 ne s'est appliquée qu'aux contrats passés avant la guerre [1]; la loi du 6 juillet 1925 aux baux ayant pris cours ou conclus avant le 24 octobre 1919; la jurisprudence du Conseil d'Etat relève que le charbon a atteint par suite de la guerre un prix qui ne pouvait être prévu.

2° L'exécution difficile ou onéreuse du contrat résultera le plus souvent du bouleversement des prix. Le débiteur se ruinerait pour se procurer les marchandises ou les matières à livrer [2]; l'entrepreneur ne pourrait exécuter le travail au prix convenu qu'en faisant un sacrifice considérable sur sa fortune personnelle; le concessionnaire du service public serait menacé de la faillite; le prix du loyer n'a aucun rapport avec la valeur locative de l'immeuble. Mais, si le contrat porte sur une série d'années,

(1) La formule de la loi est : « s'il est établi qu'à raison de l'état de guerre, l'exécution de l'un des contractants entraînera des charges ou lui causera un préjudice dont l'importance dépasserait de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention » (art. 2, § 1).

(2) Voir sur l'application de la loi de 1918 : Cass., 17 février 1920, *Gaz. tribunaux*, 1921, 1, 103.

il faut voir si les bonnes chances ne compensent pas les mauvaises. Les articles 1769 et 1770 du Code civil n'accordent pas d'exonération au fermier qui a eu de bonnes récoltes les années précédentes; la jurisprudence du Conseil d'Etat tient compte des bénéfices qu'a pu ou pourra réaliser le concessionnaire.

3° Enfin il ne saurait être question de revision si le contrat a un caractère aléatoire ou se présente comme un pur acte de spéculation, par exemple un marché à terme, ou s'il contient une clause visant les événements possibles, par exemple la clause de guerre [1], ou enfin s'il a été conclu par un contractant qui traite un grand nombre d'affaires et peut accepter le risque exceptionnel de quelques-unes de ces affaires [2].

On pourrait également ajouter que la loi du contrat doit être subie lorsque la disproportion des prestations provient du fait général de la dépréciation de la monnaie, parce qu'alors le débiteur n'est pas la victime d'une injustice spéciale, mais subit le sort commun des habitants d'un pays. C'est ainsi par exemple que le créancier hypothécaire d'avant guerre ne peut se prétendre lésé, si on lui rembourse sa créance à son montant nominal, et c'est aussi la raison qui a guidé la jurisprudence dans l'affaire des cheptels.

88. — Nous ne retenons, on le voit, la revision pour imprévision qu'autant que l'exercice du droit né du contrat constitue une injustice particulière pour le débiteur.

Si, dans certains cas, il apparaît que toute une catégorie de débiteurs se trouve lésée par un événement déterminé,

(1) Exemple : Seine com. 2 novembre 1916, *Gaz. Palais*, 1916-1917, 1, 718; Paris, 27 juillet 1916, *Gaz. Tribunaux*, 1916, 2, 292.
(2) Comp. Seine com. 16 décembre 1919, D. 1920, 2, 23; Grenoble, 12 octobre 1920, D. 1921, 2, 43.

il appartient au législateur de prendre une mesure générale qui alors emprunte ses règles tout autant aux nécessités économiques qu'aux considérations morales et plus aux premières qu'aux secondes, ainsi la loi Failliot, les lois successives sur les loyers [1], les lois sur la revision des baux. Ces mesures générales peuvent d'ailleurs, par un renversement de la situation, constituer une injustice pour le créancier, ainsi l'exonération des loyers au profit des petits locataires, et il faut s'en méfier.

Mais, à plus forte raison faut-il se méfier d'un principe général qui, livrant le contrat au juge, lui permettrait de substituer sa volonté arbitraire à celle des parties, de dénaturer le contrat sous le prétexte de l'interpréter, de le reviser en prétendant l'appliquer sainement [2]. Le droit de résolution, et encore moins le droit de revision, ne peut être donné au juge sous le seul prétexte d'imprévision ou de déséquilibre des prestations [3].

En revanche on ne saurait tolérer dans certains cas l'abus que le créancier prétend faire de son droit au détriment du débiteur. Si on pouvait introduire dans les lois positives une règle d'une formule semblable à celle-ci : « le juge peut ordonner la résolution ou la revision du contrat primitif lorsque, par suite de circonstances qui ne pouvaient être prévues, le débiteur souffrirait un préjudice considérable et le créancier retirerait un profit injuste d'un contrat qui n'a pas été inspiré par un but de spéculation », si on consentait à cette règle ou à telle autre équivalente, il semble que l'on aurait consacré dans

(1) Voyez aussi les lois des 29 juin 1899 et 15 décembre 1922 sur la résolution des contrats d'assurance conclus avant la promulgation des lois sur les accidents du travail.

(2) Comp. BONNECASE, *Précis de droit civil*, t. II, 1934, n° 388.

(3) Dans les Codes étrangers on ne trouve pas de texte général sur la revision semblable à ceux que nous avons relevés sur la lésion. Voir cependant comme application : Code civil allemand, art. 321 et 343, § 1 ; Code civil suisse, art. 373, § 2.

la mesure du possible la loi morale qui défend au créancier de s'enrichir injustement aux dépens de son débiteur [1]. Il nous paraîtrait dangereux d'aller plus loin.

II

L'EXERCICE ABUSIF DES DROITS

89. Formation de la théorie de l'abus des droits.

89. — La théorie de l'abus du droit a trouvé place aujourd'hui dans les traités classiques de droit civil [2] et la littérature juridique de ces vingt dernières années est riche sur ce sujet [3]. Ainsi qu'il arrive souvent, quand

(1) Quant aux revisions de contrats passés pendant une certaine période sous le prétexte que ces contrats sont suspects, ce sont mesures politiques qui ne sauraient être justifiées. Ainsi la proposition de la loi votée par la Chambre des députés le 30 juillet 1920 pour tous les marchés de la guerre et la reconstitution des régions libérées et la liquidation des stocks était suivant l'expression de M. Jèze un projet « révolutionnaire, absurde et inapplicable » (*Rev. de droit public*, 1920, p. 417). Pourtant la loi du 31 mai 1933 (art. 138) a repris cette disposition qui sera d'ailleurs d'une application presque impossible.

(2) Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., t. II, nos 817 et suiv.; — A. Colin et Capitant, t. II, p. 382; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, 3e éd., III, no 2855.

(3) Saleilles, *De l'abus de droit*, rapport présenté à la 1re Sous-commission de la Commission de revision du Code civil, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 325; — Josserand, *De l'abus des droits*, 1905; — Charmont, *L'abus du droit*, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 113; — Marc Dessertaux, *Abus de droit et conflits de droits*, *Revue trimestrielle*, 1906, p. 119; — Georges Ripert, *L'exercice des droits et la responsabilité civile*, *Revue critique*, 1905, p. 352; — Planiol, *Etudes sur la responsabilité civile*, *Revue critique*, 1905, p. 177 et 1906, p. 80; — Perrochet, *Essai sur la théorie de l'abus des droits*, Lausanne, 1920; — Demogue, *Obligations*, t. IV, nos 634 et suiv., pp. 316 et suiv.; — Crouzel, *La lésion d'un droit dans le prétendu exercice d'un droit*, Rec. Académie législation de Toulouse, 1914-15, p. 209 et s.; — Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., I, p. 173; — Bonnecase, *Supplément au traité de droit civil* de Baudry-Lacantinerie, III, nos 187 et suiv., pp. 372 et suiv.; — Brethe, note au *Sirey*, 1925, 1, 217; — Cornil, *Le droit privé*, p. 90; — Campion, *Théorie de l'abus des droits*, 1921; — Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927; — G. Ripert, *Abus ou relativité des droits*, *Revue critique*, 1929, p. 33; — Morin, *L'abus des*

l'expression a été consacrée, on s'est moins occupé du fondement juridique de la règle. Il s'agit d'admettre une responsabilité ; le mot *d'abus* paraît suffisant pour la justifier.

En réalité, rien n'est plus mal fixé que le sens profond et la portée d'application de cette théorie. Cette incertitude se révèle par sa dénomination même. Faut-il parler *d'abus du droit* ou *d'abus d'un droit* [1] ? S'agit-il de certains droits déterminés et définis ou de toutes les facultés [2] ? Quelle différence faut-il faire entre l'usage et l'abus ? Ce sont des questions auxquelles on ne donne pas de réponse bien nette.

Cette incertitude de la doctrine provient en partie tout au moins du flottement des idées modernes sur le fondement de la responsabilité civile. Les partisans de la théorie du risque ont revendiqué comme une des manifestations de cette théorie la jurisprudence qui s'est formée en matière d'abus du droit. Prendre parti pour l'abus du droit, c'est, pour certains auteurs, condamner la théorie de la faute.

Mais il y a quelque chose de plus, c'est que la théorie de l'abus du droit est tout entière inspirée par l'idée

droits (*Rev. de métaphysique et de morale*, 1929, p. 267) ; — PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique de droit civil*, VI, nos 593 et s. ; — H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., 1934 ; — LALOU, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., 1931. — Thèses de doctorats sur l'abus des droits en général : BOSC (Montpellier, 1901) ; PORCHEROT (Dijon, 1902) ; BUTTIN (Grenoble, 1904) ; REYNAUD (Paris, 1903) ; CORBESCO (Paris, 1903) ; VALLET (Poitiers, 1907) ; DOBROVICI (Paris, 1910) ; ROUSSEL (Paris, 1913) ; BORDESCO (Paris, 1913) ; LAPARRE (Paris, 1913) ; SAVATIER (Poitiers, 1916) ; SULTAN (Alger, 1926). — Sur la théorie en droit musulman : FATHY (Lyon, 1912). — Sur le droit de propriété : G. RIPERT (Aix, 1902) ; GAUTIER (Paris, 1902) ; NOYELLE (Paris, 1902) ; LAURENT (Paris, 1903) ; LEROY (Caen, 1909). — Sur le droit d'ester en justice : MOREL (Paris, 1911) ; MONTERA (Lyon, 1912). — Sur le droit de grève : TIRLEMONT (Lille, 1904) ; POUGET (Bordeaux, 1907).

(1) Les deux expressions sont employées par A. COLIN et CAPITANT, 6e éd., II, p. 382.

(2) Voir dans la thèse de M. SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, Poitiers, 1916, p. 22, une conception générale de l'abus du droit.

morale et ne pénètre dans le domaine juridique que dans une mesure limitée. Quand Saleilles avait proposé à la Commission de revision du Code civil d'introduire dans le titre préliminaire du Code, et après l'article 6, un texte général défendant au titulaire d'un droit d'en abuser, il avait bien vu qu'il y avait là non la simple application d'une règle de la responsabilité, mais un principe général du droit. Et si la Commission a refusé d'adopter ce principe, c'est qu'elle a été effrayée de cette intrusion des idées morales dans le monde juridique.

Il s'agit en effet de désarmer le titulaire d'un droit, et, par suite, de traiter de façon différente des droits objectivement égaux en prononçant une sorte de déchéance contre celui qui est exercé immoralement. Ce n'est pas là un simple problème de responsabilité civile, mais une question générale de moralité dans l'exercice des droits.

§ 1. — Fondement de la théorie de l'abus des droits.

90. Premier sens de l'abus des droits : la faute dans l'exercice des droits. — **91.** Critique de cette conception. — **92.** De la valeur du droit au point de vue de la responsabilité civile. — **93.** Domaine propre de la théorie de l'abus des droits. — **94.** Ce n'est pas seulement un problème de responsabilité civile. — **95.** Caractère moral de la théorie.

90. — Il a toujours été admis par la doctrine et la jurisprudence que celui qui commet une faute en exerçant son droit engage sa responsabilité : ainsi, au cas de violation des lois et règlements ou encore d'imprudence et de négligence. On ne parlait pas alors d'abus du droit, mais seulement de faute, et on écartait la maxime *neminem lædit qui suo jure utitur* en faisant remarquer que nul ne peut prétendre exercer un droit quand il se rend coupable d'une faute. Il est remarquable que l'expression *abus du droit* se soit affirmée au moment où la théorie tradi-

tionnelle sur la responsabilité civile était discutée et que les auteurs qui ont lancé l'expression aient été aussi les défenseurs d'une théorie élargissant la responsabilité civile.

C'était logique. On faisait effort pour admettre une responsabilité sans faute, basée sur la création du risque. L'activité devait être rendue responsable des dommages qu'elle cause par le seul fait du lien de causalité entre le fait créateur et le dommage subi. En bonne logique, il eût fallu admettre que l'exercice des droits est une source de responsabilité, non une cause d'exonération. Plus on exerce de droits, plus on a de puissance, plus par conséquent on se charge de risques et, partant, de responsabilité [1]. Cette position logique était difficilement soutenable. On ruinerait l'utilité pratique du droit acquis en ne tenant pas compte du sacrifice fait par le titulaire pour conquérir une certaine immunité. Il est nécessaire de faire une distinction et de délimiter dans l'exercice du droit le plan de l'activité libre et irresponsable et le plan de l'activité responsable [2].

C'est alors que l'on a parlé d'abus du droit ou plus exactement d'abus des droits, car c'est pour chaque droit distinct qu'il faut faire l'analyse.

Cette idée a été facilement acceptée. C'est qu'en effet, loin d'être révolutionnaire comme on l'en accuse, et comme ses défenseurs le disent volontiers, elle est extrêmement classique [3]. Elle constitue en effet une reconnaissance implicite de l'idée, chère aux jurisconsultes du XIXe siècle, de l'absolutisme du droit subjectif. Dire que l'homme est responsable s'il abuse de son droit, c'est dire

(1) Comp. Em. LÉVY, *Responsabilité et contrat*, *Revue critique*, 1899, p. 361.

(2) TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, thèse, Aix, 1901, p. 296.

(3) Voyez DOMAT, *Lois civiles*, liv. II, tit. VIII, sect. III, et les références citées par APPERT, note au S. 1904, 2, 217.

en même temps que ce droit ne comporte pas de limites légales et que sa limitation ne peut être tirée que de sa nature même par l'idée d'abus. Par exemple admettre la responsabilité du propriétaire au cas d'abus du droit de propriété, c'est admettre en même temps l'exercice du droit subjectif donnant au propriétaire la possibilité de tout faire, puis chercher une auto-limitation de ce droit en imposant au propriétaire l'obligation de ne pas en abuser. La restriction apportée au libre exercice de l'action était conçue dans le plan classique de la liberté et de la responsabilité.

91. — Il n'y a qu'un malheur, c'est qu'ainsi entendue la théorie de l'abus du droit n'a aucun sens.

On peut sur ce point se contenter de reproduire le passage bien connu par lequel Planiol ruine la théorie. « Cette nouvelle doctrine repose tout entière, dit-il, sur un langage insuffisamment étudié; sa formule, usage abusif des droits, est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite, et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit. Il ne faut donc pas être dupe des mots; le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quelconque par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être à la fois conforme au droit et contraire au droit » [1].

Les droits en effet, ne doivent pas être considérés comme absolus. Quand on constate qu'il y a abus, c'est que le titulaire est sorti des limites légales fixées pour l'exercice de son droit.

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., t. II, nº 871 et note au D. 1902, 2, 329. — Comp. dans le même sens : DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code*, 1912, p. 199 et *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., I, p. 173 ; — A. ESMEIN, note au S. 97, 2, 21 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, 3e éd., 1908, IV, p. 539 ; — DUGUIT, *Droit constitutionnel*, 2e éd., 1921, I, p. 173.

La règle légale qui défend à tout homme de causer par sa faute un dommage à autrui constitue une limitation des droits subjectifs. Celui qui commet une faute viole cette règle et, par conséquent, sort de son droit. Tout le monde admet que le droit de propriété par exemple est limité par les dispositions légales ou réglementaires, qui imposent au propriétaire certaines règles. Comment ce même droit ne serait-il pas limité par la règle légale générale qui impose l'abstention de toute faute !

Il est vrai que la jurisprudence admet la responsabilité du propriétaire, même lorsque ce propriétaire n'a violé aucune règle légale, n'a commis ni imprudence ni négligence, même lorsqu'il a exploité avec l'autorisation ou sous la surveillance administrative, et pour cette seule raison qu'il a causé aux propriétaires voisins de son exploitation des dommages excédant ceux qui normalement résultent du voisinage [1]. En essayant de dégager une formule de ces arrêts et de ceux qui ont été rendus pour l'exercice de droits d'un autre genre, on pourrait dire que quiconque n'use pas de son droit dans les conditions normales de son milieu ou de son époque est responsable du dommage qu'il cause à autrui ; il a, par cet exercice anormal, détruit l'équilibre naturel qui résulte de la concurrence des activités humaines.

Mais il faut remarquer que les tribunaux n'emploient pas habituellement l'expression abus du droit pour désigner cet usage anormal et, d'autre part, il est difficile de supposer que la jurisprudence ait voulu consacrer ici

(1) IHERING, *Des restrictions imposées au propriétaire foncier dans l'intérêt des voisins*, *Œuvres choisies*, 1893, t. II, p. 101 ; — CAPITANT, *Des obligations de voisinage*, *Revue critique*, 1900, pp. 156 et suiv., 228 et suiv. ; — Georges RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse, Aix, 1902 ; — APPERT, *Du droit du propriétaire vis-à-vis de ses voisins*, *Revue trimestrielle*, 1906, p. 71 et note au *Sirey*, 1904, 1, 217 ; — CORNIL, *Le droit privé*, pp. 90 et suiv. ; — PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Traité pratique de droit civil*, III, n° 470.

l'idée de risque substituée à l'idée de faute comme base de la responsabilité civile, puisqu'elle est hostile à cette idée. Il faut donc en conclure que la jurisprudence voit une faute civile dans cet exercice anormal du droit, parce qu'elle impose à l'homme le devoir de ne pas nuire à autrui et que ce devoir se précise et devient plus rigoureux quand l'action nuisible devient plus facile.

92. — On pourrait alors se demander ce qui reste de la règle *Neminem lædit...* puisque l'exercice du droit ne confère pas l'impunité.

MM. Ambroise Colin et Capitant en arrivent à la supprimer. « Toute interprétation de l'adage précité qui affecterait la rigueur tranchante d'un syllogisme aboutirait à des résultats absurdes et iniques. Elle nous conduirait à supprimer le principe même de la responsabilité civile. Ne peut-on pas dire en effet que tout acte de l'homme qui n'est pas expressément interdit par la loi constitue l'exercice d'un droit? » [1]. Il n'y a pas de raison pour traiter de façon différente « les droits civils spécialement conférés à chaque individu par la loi positive » et « ces droits généraux dont le faisceau assure à l'homme le libre usage de ses facultés » [2].

Ici encore apparaît le souvenir de la théorie classique du droit subjectif illimité par sa nature et restreint par la loi de responsabilité. Les droits positifs définis ne seraient que les précisions légales des droits naturels de l'homme.

C'est méconnaître la valeur économique des droits positifs. Ils sont acquis moyennant un sacrifice ou un travail ou transmis par quelqu'un qui a fait ce sacrifice. Ils con-

(1) A. Colin et Capitant, 7e éd., t. II, no 195.
(2) Comp. la distinction faite par M. Savatier (*Effets et sanctions du devoir moral*, thèse, Poitiers, 1916, pp. 22 et suiv.) entre les *droits d'équité* et les *droits légaux*.

stituent une prérogative définie et donnent puissance à un homme sur un autre homme ou sur les autres hommes. Puisqu'il y a droit, il y a obligation soit d'un débiteur déterminé, soit de tous ceux qui sont tenus de respecter le droit civil. Le titulaire va donc tirer profit des autres hommes en les forçant à agir dans son intérêt ou en leur imposant de s'abstenir à son profit. Dans ces conditions, celui qui use de son droit peut réclamer une impunité plus grande que celui qui prétend simplement user de sa liberté.

C'est là le sens de l'adage traditionnel qui exprime le sentiment d'une irresponsabilité dans l'exercice du droit. Cette irresponsabilité repose sur la nécessité de l'action libre et sans crainte [1]. Il appartient au législateur et au juge d'en marquer les limites d'après cette nécessité. Aux époques où l'action se fait plus forte par suite de la puissance du titulaire du droit, la jurisprudence arrête plus rigoureusement cette activité nocive ; ainsi, par exemple, l'exploitation de grands établissements industriels a amené une jurisprudence très fournie sur la responsabilité du propriétaire exploitant [2].

L'expression abus du droit n'a donc aucun sens, si on veut désigner par là les cas où la responsabilité d'une personne se trouve engagée, bien que cette personne prétende se retrancher derrière l'exercice de son droit, mais parce que le droit invoqué par elle ne lui confère pas l'impunité. Abuser du droit, c'est alors en réalité

(1) Comp. PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., t. II, n° 871 : « La seule vérité un peu neuve (et encore l'est-elle réellement) qui ressorte de ces discussions c'est qu'il se produit des variations considérables et continuelles dans l'idée que les hommes se font sur l'étendue de leurs droits. Tel droit qui était jadis considéré comme absolu a cessé de l'être, tel autre qui subissait des restrictions peu nombreuses a vu ces restrictions se multiplier ».

(2) M. CORNIL (*Le droit privé*, p. 90 et 129) note dans la théorie de l'abus du droit un contrepoids à la reconnaissance du droit subjectif, cette conception du droit subjectif étant elle-même contraire à l'idée de solidarité sociale.

couvrir de l'apparence du droit l'acte que l'on avait le devoir de ne pas accomplir ou tout au moins qu'il n'était possible d'accomplir qu'en indemnisant ceux qui étaient lésés par cet acte.

93. — Voici maintenant le domaine propre de la théorie de l'abus du droit et le sens technique d'une expression qui a été trop souvent employée pour désigner la responsabilité dans l'exercice du droit. Supposons que le titulaire d'un droit ait agi dans des conditions telles que son action rentre dans l'exercice normal et habituel de son droit. Il pourra se couvrir de la règle *neminem lædit...* quand bien même il aurait lésé quelqu'un. Mais son acte a été inspiré par le désir de porter préjudice à autrui; l'intention malfaisante change alors le caractère de l'acte. « Un acte, dit Saleilles, dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer l'exercice d'un droit ». Il est contraire au droit « par le caractère antisocial de son but intentionnel » [1].

Cette idée défendue par Saleilles, et à la même époque par M. Josserand, a eu un éclatant succès. Il suffit, pour s'en convaincre, de voir la liste des thèses de doctorat consacrées à l'étude de l'abus du droit. Seul, ou presque seul, Planiol a résisté. « L'idée est généreuse, mais est-elle exacte? » dit-il [2]; et il constate que la loi de nature est la lutte continuelle. Il aurait dû se demander si la loi de l'homme ne doit pas justement plier ces activités égoïstes devant l'idée de justice.

Le Code civil allemand, dans son paragraphe 226,

(1) Saleilles, *op. cit.*, pp. 339, 345, 348. — Comp. Josserand, *De l'abus du droit*, p. 5 : « la lésion des intérêts d'autrui peut bien être le résultat légitime de nos actions, mais en aucun cas elle ne saurait en constituer le *mobile* régulier ».

(2) Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., t. II, no 871 et *Revue critique*, 1905, p. 177.

donne la règle sous la forme suivante : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer à autrui un dommage » (comp., § 826). Le Code civil suisse donne une formule plus vague : « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi » (art. 2, § 2) [1].

94. — Comme il y a dommage causé et intention de nuire, on a dit : c'est une question de responsabilité civile. L'intention de nuire est relevée soit comme marquant le caractère anormal de l'acte accompli et, par suite, la faute d'après la doctrine classique, soit comme manifestant la causalité exclusive de l'auteur de l'acte. L'abus du droit a pris sa place dans la théorie de la responsabilité subjective comme dans la théorie de la responsabilité objective. Etant donnée la répartition des matières du droit civil au point de vue de l'enseignement, elle a gardé cette place.

La lui conserver, c'est altérer et affaiblir son caractère. Le problème de la responsabilité délictuelle met en présence deux personnes, auteur et victime du dommage, qui n'étaient avant le fait dommageable unis par aucun rapport juridique, ou tout au moins par aucun rapport dont le fait dommageable soit l'objet. Si l'auteur de l'acte était antérieurement tenu d'une obligation envers la victime, le problème change, et la responsabilité est dite contractuelle. Mais il doit également changer, si la victime était obligée envers l'auteur, et c'est le problème de l'abus du droit. Si l'auteur de l'acte avait un droit, c'est bien que la victime avait l'obligation de supporter le dommage. Le dommage causé ne donne pas lieu à réparation, puisque celui qui le subit a l'obligation de le supporter sans se plaindre. Pour arriver à la question de responsabilité, il

(1) Alfred MARTIN, *L'abus du droit et l'acte illicite. Revue suisse*, 1905, p. 21.

faut commencer par résoudre la question de l'abus du droit. Saleilles disait avec raison qu'il fallait, dans les premiers articles d'une loi écrite, donner après la règle qu'on ne peut déroger aux lois d'ordre public cette autre règle que l'on ne peut abuser de ses droits, double principe directeur des activités.

Cette conception impose d'ailleurs une solution de fond. Il ne s'agit pas seulement de réparer le dommage causé par l'acte intentionnellement nocif accompli dans l'exercice d'un droit ; il faut se demander si on peut, avec une telle intention, se couvrir encore de la protection du droit. Sinon il faudra prévenir cet acte dans la mesure du possible et, s'il est trop tard, en ruiner les effets par une réparation en nature. L'opposition préalable à l'exécution et la sanction en nature seront employés comme sanctions normales. C'est seulement au cas de contravention acquise et d'acte irréparable qu'il sera question de dommages-intérêts [1].

95. — Si le problème apparaît comme étant d'ordre moral, les jurisconsultes de l'école classique vont éprouver les plus grandes inquiétudes. « Mais alors, dit Planiol, le juge est obligé de scruter les consciences, de connaître et de peser les motifs ; le côté psychologique devient dominant. Il est à craindre que la législation civile n'entreprenne là une œuvre au-dessus de ses forces » [2].

(1) Saleilles, *op. cit.*, 339 ; — Josserand, *op. cit.*, p. 68. — On a critiqué cette sanction en nature en partant de l'idée que le problème de l'abus des droits est un problème de responsabilité civile. Je retire sur ce point la critique que j'avais formulée dans mon article de la *Revue critique*, 1905, p. 352. — Voy. sur la réparation en nature dans l'action en responsabilité civile Lucienne Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Paris, 1933, nos 11 et s

(2) Planiol, *Traite élémentaire*, 11e éd., t. II, no 872 *bis*. — Comp. M. Dessertaux, *op. cit.*, p. 121. — Dans le même sens Bartin, sur Aubry et Rau, 5e éd., VI, § 444, note 2 *bis*.

On s'est efforcé de le rassurer. L'acte est antisocial, dit Saleilles. Le propriétaire a imprimé à son droit une orientation antisociale, déclare M. Josserand [1]. L'expression n'est pas fausse, mais elle est insuffisante. Pourquoi, en effet, l'acte est-il antisocial, puisqu'un acte semblable causant exactement le même dommage pourra être considéré comme licite ? La différence entre la valeur sociale de ces actes dépend ici uniquement de l'intention qui anime l'auteur. C'est donc que les actes sociaux doivent, même au point de vue juridique, être classés d'après leur valeur morale [2].

« L'abus du droit, dit très justement M. Savatier, nous semble constituer un cas de conflit entre le droit et la morale ou, avec plus de précision, entre un droit positif appartenant à une personne et un devoir moral lui incombant ; en usant de son droit, elle manque à son devoir moral » [3]. Voilà en effet le conflit. Dans quelle mesure le devoir moral de ne pas causer méchamment un préjudice à autrui, peut-il annihiler entre les mains du titulaire le droit qu'il possède ?

Il faudra que le juge reconnaisse l'intention dolosive. Cette recherche d'intention offre-t-elle des difficultés insurmontables ? Elle n'est pas plus arbitraire que l'analyse de la fraude ou de la bonne foi. C'est chimère que de vouloir créer un droit civil purement objectif et de juger les faits sans s'occuper des intentions.

En tous cas le problème est clairement posé et le sens de l'expression dégagé. Il faut voir dans quelle mesure notre droit civil peut admettre cette limitation des droits positifs par respect pour la loi morale.

(1) SALEILLES, *op. cit.*, pp. 345 et 348, et *Obligations*, 2e éd., p. 370, note 1 ; — JOSSERAND, *op. cit.*, p. 21 ; voir pourtant p. 44, où M. Josserand reconnaît le caractère subjectif de la théorie.

(2) JOSSERAND, *op. cit.*, p. 84.

(3) SAVATIER, *op. cit.*, p. 23. Après avoir exprimé cette idée, M. Savatier a d'ailleurs eu le tort de voir dans le problème de l'abus des droits une simple question de responsabilité civile.

§ 2. — Etendue d'application de la théorie.

96. Fautes commises dans l'exercice des droits : droit de propriété, d'ester en justice, etc. — 97. Actes accomplis dans l'intention de nuire. — 98. Actes inspirés par plusieurs motifs. — 99. Actes présentant par eux-mêmes une utilité. — 100. Droits dont la loi accorde l'exercice arbitraire. — 101. Abus dans l'exercice des droits contractuels. — 102. Domaine actuel de l'abus des droits. — 103. Avenir de la théorie : appréciation par le juge des motifs légitimes de l'acte. — 103 *bis*. La théorie de la relativité des droits.

96. — La question de l'abus du droit ne peut se poser que rarement. Le plus souvent, en effet, quand une personne veut nuire à autrui, elle sort des conditions régulières de l'exercice des droits. Emportée par sa passion, elle franchit les bornes que la loi et la jurisprudence ont mises à son activité. Il n'est plus besoin de rechercher l'intention, puisque l'action par ses caractères mêmes est génératrice de responsabilité. L'irrégularité de l'acte rend inutile l'appréciation des motifs.

Nous ne considérons pas comme des abus du droit, au sens strictement juridique du mot, les cas où le titulaire du droit a commis une faute ou engagé sa responsabilité par l'exercice exceptionnel de son droit. Il se peut que le titulaire ait été inspiré par le désir de nuire à autrui, mais, ce désir lui ayant fait commettre un acte générateur de responsabilité civile, la recherche de l'intention sert seulement à distinguer le délit civil du quasi-délit, et il n'y a pas d'intérêt pratique à cette distinction.

Ainsi, quand un propriétaire accomplit sur son fonds un acte nuisible à l'intérêt de ses voisins et qui excède la mesure normale des inconvénients du voisinage, ce propriétaire doit être déclaré responsable du dommage causé aux propriétés voisines. Il se peut qu'il ait agi dans l'intention de nuire ; le caractère dolosif de l'acte se trouve absorbé en quelque sorte dans son caractère exception-

nel [1]. La seule conséquence que pourrait peut-être ajouter l'intention dolosive serait la sanction d'une réparation en nature.

On a bien souvent parlé de l'abus du droit d'ester en justice [2]. Une jurisprudence constante décide que le demandeur abuse de son droit en poursuivant son adversaire dans le seul but de le ruiner par les frais de la défense [3], que de son côté un défendeur abuse de son droit en résistant à la demande pour retarder la légitime satisfaction due au demandeur et l'obliger à exposer des frais [4], que tout plaideur abuse de son droit quand il use des voies de recours uniquement pour retarder la solution de l'instance [5]. Dans toutes ces hypothèses, il peut y avoir allocation de dommages-intérêts, à la condition que le jugement de condamnation relève la faute commise [6]. En réalité, les tribunaux ne visent pas seulement ici l'intention dolosive, mais aussi la faute, et on a beau dire que la faute grossière est équipollente au dol, ce n'est là qu'une formule commode pour expliquer l'équi-

(1) Voir à titre d'exemple : Cass. Req., 3 août 1915, D. 1917, 1, 79, S. 1920, 1, 301 ; Compiègne, 19 février 1913, D. 1913, 2, 177 (construction de palissades de défense contre dirigeables).

(2) JOSSERAND, *op. cit.*, p. 21 ; — SAVATIER, *op. cit.*, p. 51. — Comp. A. ESMEIN, note au S. 98, 1, 17 ; — DE LOYNES, note au D. 1912, 1, 13 ; — DEMOGUE, *Obligations*, t. IV, n° 535. — Voy. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, VI, n° 582 et les décisions citées.

(3) Cass. Req., 11 juin 1890, D. 91, 1, 193 ; Cass. Req., 19 février 1907, D. 1907, 1, 271 ; 18 novembre 1907, D. 1908, 1, 91 ; Cass. Civ., 19 juin 1911, D. 1912, 1, 150.

(4) Cass. Civ., 3 août 1891, D. 92, 1, 566 ; Cass. Civ., 29 juin 1899, D. 1905, 1, 191, S. 99, 1, 409 ; Cass. Civ., 8 janvier 1907, D. 1908, 1, 376 ; Cass. Req., 10 janvier 1910, D. 1911, 1, 370.

(5) Cass., 27 mai 1884, D. 84, 1, 537 ; 22 avril 1898, D. 98, 1, 391 ; 22 janvier 1900, D. 1900, 1, 159 ; 15 avril 1908, D. 1908, 1, 423 ; Paris, 24 février 1920, D. 1920, 2, 104.

(6) Cass. Civ., 2 février 1910, D. 1911, 1, 360, S. 1910, 1, 239 ; Cass. Civ., 15 mars 1910, S. 1910, 1, 259 ; Cass. Civ., 7 juillet 1910, D. 1910, 1, 43 ; 25 juin 1913, D. 1914, 1, 182 ; Cass. Civ., 29 octobre 1913, D. 1917, 1, 96 ; Cass. Civ., 20 novembre 1918, D. 1920, 1. 16 ; Cass. Civ., 4 janvier 1921, D. 1921, 1, 14 ; Cass. Civ., 27 juillet 1922 (1re espèce), S. 1923, 1, 101 ; Cass. Req., 21 juin 1926, S. 1926, 1, 294 ; Cass. Civ., 30 juillet 1930, D. H. 1930, 539 ; 1er mars 1933, D. H. 1933, 201.

valence des résultats, car il y a une différence radicale entre le dol et la faute même inexcusable. Quand intervient une condamnation à dommages-intérêts c'est, que le plaideur a intenté une action à tort ou soutenu une défense sans raison ou formé une voie en recours qui a été rejetée [1]. Il y a alors une faute commise dans l'exercice du droit d'ester en justice, et si toute faute ne suffit pas pour engager la responsabilité, c'est qu'il y a déjà une condamnation aux dépens considérée comme réparatrice. Pour que l'on puisse parler d'abus du droit, il faudrait qu'il y eût par exemple condamnation d'un défendeur qui a fait échouer l'action de son adversaire et qui, intentionnellement et par malice, n'a pas opposé tout de suite le moyen de défense qu'il avait, afin de ruiner son adversaire par les frais du procès. L'hypothèse n'est pas invraisemblable, mais elle se présentera fort rarement.

Je n'admets pas davantage qu'on parle d'abus du droit de grève pour caractériser les actes de violence ou de dol commis au cours d'une grève [2], ou d'abus du droit de réponse pour indiquer qu'une personne visée dans un article de presse ne peut répondre que dans certaines limites [3], ou d'abus du droit de déposer une plainte quand la plainte est injustifiée [4], ou d'abus du droit de

(1) Cass. Req , 7 mai 1924, S. 1925, 1, 217, note BRETHE. Voy. Paris, 22 décembre 1933, D. H. 1934, 154 pour le droit de tout plaideur de faire appel.

(2) Cass., 22 juin 1892, S. 93, 1, 41, note JAY ; Lyon, 2 mars 1894, D. 94, 2, 305, note PLANIOL ; Cass., 9 juin 1896, D. 96, 1, 582, S. 98, 1, 17, note A. ESMEIN, et pour le droit d'intervention des tiers : Cass., 29 juin 1897, D. 97, 1, 359 ; — WAHL, *De la responsabilité civile en matière de grève*, *Revue trimestrielle*, 1908, p. 639 ; — PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, VI, n° 588.

(3) Cass. Civ., 21 mai 1924, D. 1924, 1, 92 ; S. 1925, 1, 78 (affaire Silvain-Doumic) et sur renvoi Orléans, 27 mai 1925, *Gaz. Palais*, 18 juin. — Voir LEMONNIER, *Le droit de réponse en matière de presse ; commentaire de la loi du 29 septembre 1919*. Travaux de la Conférence de droit pénal, 1922 ; — VAUNOIS, Rapport à la Société d'Etudes législatives, *Bulletin*, 1921.

(4) Cass., 4 juin 1896, D. 96,1, 447, S. 96, 1, 487 ; 27 juin 1904, D. 1906, 1, 112, S. 1907, 1, 189 ; Trib. Seine, 12 juillet 1923, *Gaz. Palais*, 24 novembre 1923 ; — PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, VI, n° 584.

résiliation du louage de services, lorsque le patron renvoie l'ouvrier sans observation des délais de congédiement [1], ou d'abus dans l'exercice des voies d'exécution quand celui qui exécute commet une faute, saisit sans titre ou pour une créance non exigible [2]. Dans toutes ces hypothèses, l'expression a cours parce qu'elle est commode. Mais elle est détournée de son sens technique. Dans la plupart des études publiées sur l'abus du droit la confusion existe plus ou moins, et elle motive des critiques justifiées contre l'expression employée.

97. — Pour trouver des hypothèses réelles d'abus du droit, il faut que l'acte accompli soit par lui-même irréprochable. Rentrant dans l'exercice normal et habituel du droit, il serait supporté sans recours, s'il n'était pas vicié par l'esprit qui l'inspire.

Cet esprit de malfaisance se découvre assez facilement par le résultat de l'acte. Si le titulaire du droit cause un dommage à autrui sans retirer aucun avantage de son acte, l'exercice du droit se révèle dolosif. L'inutilité de l'acte, si elle ne provient pas d'une erreur de calcul, témoigne que la malfaisance était la seule raison de l'action.

Il y a des exemples très nets de cet abus dans l'exercice du droit de propriété. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 8 juin 1857, pose le principe : « On doit prévenir et réprimer toute entreprise faite par haine et par malice et sans utilité pour celui qui se la permet » [3]. Si on peut à la rigueur soutenir qu'il y a exercice anormal du droit, lorsqu'on se livre sur le fonds à un concert dis-

(1) Voyez en ce sens Trib. Valenciennes, 29 juillet 1925, *Gaz. Palais*, 17 octobre.
(2) Cass. Req., 11 juin 1901, D. 1901, 1, 395, S. 1903, 1, 458; Paris, 27 mars 1924, *Gaz. Palais*, 1924, 1, 677.
(3) Cass., 8 juin 1857, S. 58, 1, 305.

cordant pour effrayer le gibier [1], ou que l'on établit des palissades à piquets de fer pour déchirer les aéronefs en évolution [2], il est au contraire certain que la construction d'une fausse cheminée [3], l'établissement d'une clôture en planches [4], les fouilles coupant la veine d'une source [5] sont des actes irréprochables en eux-mêmes, mais qui deviennent abusifs s'ils sont accomplis pour porter préjudice au voisin. Le but malfaisant sera révélé par l'inutilité voulue de l'acte.

Il y aurait abus du droit d'ester en justice, lorsque le demandeur, ayant la possibilité d'agir pour réclamer son droit devant plusieurs tribunoux, choisirait le tribunal le moins commode pour lui, dans le seul but de porter un plus grave préjudice au défendeur, ou lorsque le défendeur, pouvant arrêter la poursuite du demandeur qui a agi à tort, mais de bonne foi, le laisserait s'enferrer, n'excipant de son moyen de défense qu'en cause d'appel. C'est surtout dans les voies d'exécution que l'on en trouve des exemples. Le créancier qui, ayant barre sur son débiteur, pratique des saisies ruineuses pour son crédit, alors qu'il obtiendrait pleine satisfaction par une saisie plus modérée, abuse de son droit [6].

98. — La question est plus délicate quand l'auteur de l'acte, tout en connaissant le préjudice qu'il cause à autrui et désirant le lui causer, est en même temps guidé par la pensée égoïste de profiter de son acte. Par exemple, le

(1) Paris, 2 décembre 1871, D. 73, 2, 185.
(2) Cass. Req., 3 août 1915, précité.
(3) Colmar, 2 mai 1855, D. 56, 2, 9.
(4) Sedan, 17 décembre 1901, S. 1904, 2, 217, note APPERT, *Revue critique*, 1905, p. 324, note CHARMONT ; Amiens, 7 février 1912, D. 1913, 2, 177, note JOSSERAND, S. 1913, 2, 83.
(5) Cass., 10 juin 1902, S. 1903, 1, 11 ; Montpellier, 16 juillet 1866, S. 67, 2, 115.
(6) Rethel, 8 juin 1904, D. 1907, 2, 199; Paris, 26 juillet 1919, D. 1920, 2, 104. Voyez aussi Seine, 13 mai 1908, D. 1908, 5, 61. — Comp. pour le droit anglais, GÉRARD, *Des torts et délits en droit anglais*, thèse, Rennes, 1911, p. 157.

propriétaire fait des fouilles pour se procurer de l'eau et se fait un plaisir de couper ainsi la veine qui alimente la source voisine. Le plaideur résiste à l'action intentée contre lui, parce qu'il espère gagner son procès, et se dit qu'après tout, s'il le perd, il aura du moins forcé le demandeur à en faire les frais.

Ihering n'admettait pas, dans ce cas, la critique contre l'acte accompli. « La légalité extérieure objective de l'acte rend le recours à l'intention subjective aussi superflue qu'inadmissible » [1]. Seule l'inutilité de l'acte accuserait son caractère abusif. La critique va trop loin, car si elle était juste, elle supprimerait d'une façon complète l'idée d'abus du droit.

On pourrait dire d'autre part qu'il y a là une simple difficulté de preuve. Lorsque l'intention coupable ressort de l'inutilité de l'acte, elle est établie par l'acte même qui est déclaré abusif. C'est une preuve intrinsèque de l'abus. Dans les autres cas, le juge est obligé de rechercher l'intention coupable dans une analyse de sentiments qui lui est interdite. Mais la théorie de la preuve intrinsèque a été abandonnée en matière de cause immorale et il n'y a aucune bonne raison pour l'admettre ici. Sans doute il pourra être difficile, quand l'auteur de l'acte en aura tiré bénéfice, de démontrer son intention délictuelle ; la preuve pourra pourtant être faite par tous moyens. Faut-il alors déclarer l'acte moins coupable, parce qu'à l'idée de vengeance ou de haine se mêlera une pensée de cupidité ? Si l'on pose la question ainsi, il faut évidemment maintenir l'idée d'abus du droit.

Mais le titulaire du droit ne peut-il pas discuter le lien de causalité qui unit ses sentiments à son acte ? Son acte a une double cause. Une seule est illicite. Quand il s'est agi de la validité d'un acte juridique, nous avons admis

(1) IHERING, *op. cit.*, *Œuvres choisies*, t. II, p. 122.

qu'un seul motif illicite viciait l'acte. Ici il s'agit de l'exercice d'un droit ; ne faut-il pas admettre, au contraire, qu'un seul motif licite suffit à justifier cet exercice ?

99. — En entrant dans cet ordre d'idées, nous découvrirons des actes qui sont juridiquement irréprochables, parce qu'ils portent en eux-mêmes leur utilité. Peu importent alors les sentiments de l'auteur de l'acte. Il veut se servir de son droit, et cet exercice lui conférera un avantage. Il est possible qu'il ait dans l'esprit cette idée qu'en agissant pour son plus grand profit ou plaisir, il se donnera l'immorale satisfaction de nuire à autrui. Son sentiment mauvais ne se transforme pas en acte, puisque l'action porte en elle-même sa cause. Le juge ne peut pénétrer dans ces parties troubles de l'âme pour y analyser des sentiments coupables.

Lorsqu'un testateur exhérède injustement et sans motifs ses parents les plus proches pour laisser ses biens à un étranger, on ne dira pas qu'il y a là abus du droit de tester, alors même que le testateur ne poursuivrait d'autre but que de nuire à sa famille [1] ; de même, si un mari fait annuler l'acte fait par sa femme non autorisée, alors même qu'il y aurait eu séparation de fait [2] ; de même si un débiteur oppose la prescription en sachant très bien qu'il n'a pas payé son créancier.

100. — Nous allons ainsi découvrir toute une catégorie de droits auxquels ne pourra s'appliquer l'idée d'abus. Ce sont les droits dont la loi permet l'exercice arbitraire. Cet arbitraire est nécessaire, parce que le titulaire est le seul juge du devoir qui lui incombe. Quand on fait reposer la théorie de l'abus du droit sur le fondement moral, tout cela

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, p. 289, note 1.
(2) Cass. Req., 8 novembre 1905, D. 1906, 1, 14, S. 1907, 1, 145, note HÉMARD.

devient parfaitement clair. Pour apprécier l'abus, il faut que le juge puisse juger la valeur des sentiments qui font agir une personne. Or, il est des motifs qui sont tellement personnels qu'aucune appréciation n'est possible. Ces droits arbitraires sont rares ; ils existent pourtant.

Le Code civil nous en donne un exemple quand il décide par l'article 179 que les ascendants qui ont fait sans motifs *opposition au mariage* de leur descendant ne peuvent être condamnés à dommages-intérêts. Les ascendants autrefois n'avaient pas de motifs à donner (art. 176) mais la disposition légale a été maintenue même après la loi du 8 avril 1927 qui les a obligés à motiver leur opposition. Nous donnerons la même solution pour le droit des parents d'autoriser le mariage de leur enfant ou de refuser leur autorisation. M. Josserand, pénétré de la théorie de l'abus du droit, a voulu l'étendre à ce refus d'autorisation. Il nous paraît assez mal interpréter une décision qui avait relevé une faute du père indépendante du droit d'autorisation [1]. La même solution doit être donnée pour *l'exercice des droits de puissance*, puissance paternelle ou puissance maritale. Ces droits peuvent être limités objectivement par la loi, mais la personne qui agit dans les limites de son droit n'a pas à rendre compte des sentiments qui la font agir, parce que nous sommes ici dans un domaine où l'appréciation du devoir moral échappe au juge. Le recours au juge n'est possible pour ces droits, que quand il est consacré par la loi. La tendance législative est d'ailleurs d'augmenter le nombre des recours.

Le *droit de réponse*, prévu par la loi sur la presse du 29 juillet 1881 (art. 13) modifiée par la loi du 29 septembre 1919, est également considéré par la jurisprudence comme un droit qui n'est pas susceptible d'abus et qui

(1) Lyon, 23 janvier 1907, D. 1908, 2, 73, note JOSSERAND, S. 1909, 2, 310. *Revue critique*, 1908, p. 589, note E.-H. PERREAU et 1909, p. 144, note G. RIPERT.

trouve seulement ses limites objectives dans les dispositions légales et le respect dû aux tiers [1]. Celui qui exerce son droit de réponse n'a pas à justifier des motifs qui le font agir. Il peut écrire non seulement pour se défendre, mais même pour se venger. C'est tout au moins la solution qui a triomphé [2]. Il n'est pas sûr d'ailleurs que ce soit la meilleure [3].

On me paraît avoir également exagéré la théorie de l'abus du droit en relevant l'*abus du droit de ne pas contracter* [4]. Toute personne est libre en principe de refuser d'entrer en relations juridiques avec une autre. Si cette abstention est dictée par une pensée de haine, cette personne manque au devoir de charité et d'assistance. Cette violation du devoir moral n'est pas assez coupable pour que le juge s'en occupe. Il n'y aurait abus du droit de ne pas contracter que si une personne avait le devoir de contracter, par exemple, si elle avait fait des offres au public ou était en état d'offre permanente, mais alors il n'y a plus de droit de ne pas contracter, et il n'est plus besoin de parler d'abus [5]. Dans les cas où on a cru relever l'abus du droit de ne pas contracter, il y avait une faute précise commise envers un tiers et non envers celui qui voulait contracter. La Cour de Cassation, dans des arrêts récents, a expressément condamné cette conception de

(1) Cass. Crim., 29 juin 1910, D. 1902, 1, 525, S. 1900, 1, 483.

(2) Cass. Crim., 8 juillet 1905, S. 1908, 1, 373 ; 3 mai 1923, *Gaz. Palais*, 1923, 2, 104 ; 21 mai 1924, D. 1924, 1, 92, note JOSSERAND, S. 1925, 1, 78 (affaire Silvain-Doumic) ; Cass. Crim., 28 avril 1932, D. 1932, 1, 68.

(3) La Cour d'appel de Paris par arrêt du 24 novembre 1922, D. 1922, 2, 129, S. 1923, 2, 17, note HUGUENEY, avait admis l'abus possible. Voyez les conclusions de M. l'avocat général DREYFUS.

(4) Trib. com. Epernay, 28 février 1906 et trib. civ. Lille, 12 novembre 1906, D. 1908, 2, 73, note JOSSERAND, Comp. Aix, 21 décembre 1910, D. 1911, 2, 385, note PLANIOL, S. 1912, 2, 97, note NAQUET ; Bordeaux, 14 décembre 1903, S. 1905, 2, 17.

(5) Cass. Req., 2 mars 1932, D. H. 1932, 177, S. 1932, 1, 266 (refus d'entrer dans un casino). — Voir R.-L. MOREL, *Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles*, *Revue trimestrielle*, 1908, p. 289.

l'abus du droit de ne pas contracter à propos du refus de vendre un terrain [1] ou du refus de renouveler un bail [2].

Il faut également admettre l'exercice arbitraire des droits quand il s'agit d'une *prérogative légale et définie du droit de propriété*, par exemple le droit de l'acquéreur en cas de mitoyenneté de faire supprimer des conduits de fumée dans le mur [3], ou le droit de faire enlever des plantations qui ne sont pas à la distance légale.

101. — On s'est enfin demandé s'il pouvait y avoir abus dans *l'exercice des droits contractuels*. Pour l'admettre, on a en général mal présenté la question, soit parce qu'on a supposé une faute commise par le créancier dans l'exercice de son droit contractuel, soit parce que l'on a cherché la solution dans l'interprétation des clauses du contrat.

L'article 1134, § 3, du Code civil, en décidant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi apporte un appui à la théorie de l'abus des droits contractuels, et on a pu admettre la résolution du contrat par application de l'article 1184, quand l'une des parties a manqué à l'obligation générale d'agir de bonne foi [4].

Mais il reste à se demander ce que signifie agir de mauvaise foi. Si la mauvaise foi pousse le créancier à dépasser le droit précis qu'il tient du contrat, l'acte est illicite. Pour que la question de l'abus se pose seule, il faut que le contractant se tenant dans les limites précises du contrat en épuise les prérogatives uniquement pour porter préjudice à l'autre partie.

On ne peut admettre que le droit contractuel soit supérieur par sa nature au droit légal et, à ce titre, non sus-

(1) Cass. Req., 24 novembre 1924, S. 1925, 1, 227, note BRETHE.
(2) Cass. Civ., 15 novembre 1933, D. H., 1934, 33.
(3) Cass. Civ., 15 juillet 1901, D. 1902, 1, 52. S. 1902, 1, 217, note NAQUET; 11 mai 1925, *Gaz. Palais*, 1925, 2, 338.
(4) M. PICARD et M. PRUDHOMME, *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, *Revue trimestrielle*, 1912, p. 61.

ceptible d'abus. Mais ce droit, né du contrat, est presque toujours étroitement déterminé dans son contenu et limité à l'utilité que les parties comptent retirer de son exercice. Pour qu'il y ait abus, il faut donc que l'exercice de ce droit ne présente aucune utilité pour celui qui l'exerce, par exemple dans le cas où un contractant épuise un délai qui ne lui est pas utile uniquement pour porter préjudice à son cocontractant [1], ou se sert d'une clause supprimant le droit à dommages-intérêts au cas de retard pour forcer l'autre partie à renoncer au bénéfice du contrat [2].

C'est surtout dans l'exercice du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée que cette jurisprudence a pu s'affirmer. Elle était d'ailleurs soutenue par les textes du Code civil relatifs au mandat (art. 2007, § 2), à la société (art. 1865 et 1869), au louage de services (art. 1780 et Code du Travail, liv. I, art. 23 mod. L. 19 juillet 1928) [3]. La résiliation par la volonté d'un seul a été acceptée à l'avance par les deux parties ; il s'agit donc bien de l'exercice du droit contractuel. Cet exercice est dominé par la règle morale que l'on ne peut rompre le contrat dans la pensée de porter préjudice à autrui.

Enfin les lois successives sur la prorogation des baux, qui ont donné au propriétaire le droit de reprise sous certaines conditions indiquent que le juge doit contrôler les motifs invoqués pour l'exercice de ce droit (Loi du 1er avril 1926, art. 13 mod. L. 23 juin 1929).

102. — Le domaine propre de la théorie de l'abus des droits, est, on le voit, singulièrement restreint. Souvent,

(1) Cass., 7 mai 1902, *Gaz. Palais*, 16 juin 1902 ; — Josserand, *op. cit.*, p. 36.

(2) Voir les décisions rendues à propos de livraisons de voitures automobiles, D. 1920, 2, 33, note Georges Ripert.

(3) Duffau-Laragosse, *Revue critique*, 1899, p. 479 ; — Mongin, *Revue critique*, 1893 ; — Appert, note au S. 99, 1, 33.

en effet, l'acte volontairement nocif constitue un délit pénal ; à tout le moins c'est une faute civile ; dans les deux cas, celui qui l'accomplit sort de son droit.

D'autre part, il est une infinité de cas où, dans des âmes troublées, les sentiments de haine, de vengeance se mêlent aux motifs légitimes de l'exercice de l'activité. Ce sont des sentiments qui ne deviennent pas actes et dont le droit n'a pas à s'occuper.

Il reste enfin des hypothèses où le titulaire du droit, sachant exactement ce qu'il lui est permis de faire sans sortir de son droit, voile de l'application correcte de la règle juridique la violation du devoir moral. Irréprochable en apparence, son acte est inspiré uniquement par la pensée de nuire à autrui ; voilà l'acte qu'il faut prévenir ou réprimer.

Il y a pourtant des cas où l'intention de nuire à autrui ne suffit pas à rendre l'acte illégitime, parce que, en nuisant à autrui, on croit accomplir son devoir. Il est certain par exemple que la grève ou le lock-out sont des armes par lesquelles on cherche à causer un préjudice à autrui pour arriver à des fins que l'on juge légitimes [1]. De même celui qui dénonce une publication ou un spectacle immoral [2] ou une infraction aux lois fiscales [3], celui qui fait circuler une pétition contre l'octroi d'une pension d'invalidité à un fonctionnaire [4], celui qui donne une appréciation défavorable sur un produit ou un établissement [5], savent bien qu'ils vont nuire à une personne déterminée et se proposent de lui nuire ; mais en agissant ainsi, ils

(1) Pour la mise à l'index, voir : Douai, 7 mai 1902, D. 1902, 2, 329, note PLANIOL, Cass. Req., 25 janvier 1905, D. 1905, 1, 253, note PLANIOL, S. 1906, 1, 209, note WAHL.

(2) Lyon, 9 décembre 1904, *Pand. françaises*, 1905, 2, 103, *Revue trimestrielle*, 1905, p. 641 ; Dijon, 8 juin, D. 1911, 2, 93 et sur pourvoi Cass. Civ., 5 novembre 1913, D. 1918, 1, 61.

(3) Cass. Civ., 15 février 1882, D. 82, 1, 153.

(4) Cass. Civ., 31 mars 1925, *Gaz. Palais*, 16 juin.

(5) Cass. Req., 13 juin 1870, D. 71, 1, 106 ; Nancy, 7 août 1889, D. 89, 2, 21.

remplissent un devoir ou croient le remplir. Le juge devra déclarer leur action légitime.

On voit ainsi la satisfaction du devoir moral dominer l'exercice des droits, et, si le juge n'a pas une claire conception du devoir moral, il sera incapable de juger s'il y a abus du droit.

On dit que cet acte est antisocial et je n'en disconviens pas ; mais il n'est antisocial que dans une société dominée par une morale où le devoir de ne pas nuire volontairement au prochain est inscrit dans le décalogue. Car, en apparence, l'acte est parfaitement social, étant accompli dans le cercle affecté à l'activité de chacun de nous. C'est l'intention qui le rend coupable, et c'est parce qu'il y a infraction au devoir moral qu'il est déclaré contraire au droit.

Voilà pourquoi cette théorie de l'abus du droit comprise dans ce sens précis est relativement moderne. Dans une société attachée à la forme des actes, la légalité objective suffit, et celui qui use de son droit ne commet pas de dol. L'ancienne maxime était vraie. Nous dirons aujourd'hui : celui qui commet un dol n'use pas de son droit, car il n'y a pas de droit contre la morale, et la morale à laquelle nous croyons défend de nuire intentionnellement à autrui [1].

103. — Sommes-nous arrivés à la dernière forme de la théorie de l'abus du droit ? On peut en douter. Telle que nous l'avons formulée, elle a pour but d'empêcher l'acte volontaire d'hostilité envers autrui. Elle évite l'action inutilement malfaisante. La morale demande quelque chose de plus. Celui qui use de son droit pour faire le mal contrevient au devoir de justice, mais celui qui n'en use pas

(1) Comp. JOSSERAND, *op. cit.*, pp. 84 et 86 : « La théorie de l'abus du droit a une signification morale de tout premier ordre », et PORCHEROT, *op. cit.*, p. 157 : « Elle marque une étape dans l'évolution de la conscience juridique de notre pays ».

pour faire le bien n'accomplit pas le devoir de charité. Ne viendra-t-il pas un jour où le droit considérera pour quelles fins nous usons des droits qui nous sont confiés ?

Il ne suffira pas alors de dire pour sa défense que l'on a agi sans dol, il faudra prouver de plus que l'on a agi pour des fins légitimes. Celui qui détournera le droit du but pour lequel le législateur le lui a donné engagera sa responsabilité [1].

Déjà dans certaines décisions de justice, ou tout au moins dans les motifs de ces décisions, on voit apparaître cette idée que le droit ne peut être exercé que pour la protection des intérêts légitimes [2]. L'inutilité de l'acte est relevée par les tribunaux comme une preuve de l'intention malfaisante [3]. M. Josserand pense que, dans cette appréciation de la légitimité des motifs, la théorie de l'abus des droits « s'assure un avenir indéfini et une perpétuelle opportunité ».

Le motif illégitime précédant l'exercice du droit vicierait l'acte accompli, tout comme la cause illicite antérieure au contrat suffit à l'annuler. L'acte serait bien objectivement irréprochable, mais le juge apprécierait si

(1) Sur la comparaison entre l'abus des droits et le détournement de pouvoirs en droit administratif, voir LAPARRE, thèse, Paris, 1913.

(2) Grenoble, 15 juillet 1919, D. 1920, 2, 9, note ROUAST ; Draguignan, 17 mai 1910, D. 1911, 2, 133. Il faut surtout citer l'arrêt de Poitiers du 29 janvier 1923 (*Gaz. Palais*, 18 avril 1923) condamnant un propriétaire à des dommages-intérêts pour avoir fait expulser son locataire en vertu d'une décision de justice, frappée d'un pourvoi en cassation qui n'était pas suspensif. Les premiers juges avaient refusé de les accorder constatant que l'expulsion n'avait pas un but vexatoire. La Cour d'appel reproche à ce propriétaire « la hâte imprudente avec laquelle il a agi » et décide qu'on ne peut lui attribuer la bonne foi dans le sens légal qu'il invoque. Comp. Poitiers, 29 juin 1925, *Gaz. Palais*, 21 oct. 1925 qui, dans la même hypothèse, parle simplement d'une imprudence et d'une négligence. Voyez aussi Cass. Civ., 14 novembre 1922, D. 1925, 1, 145, note JOSSERAND, S. 1923, 1, 212 (imputation des paiements) ; Nancy, 3 mars 1926, *Gaz. Palais*, 1926, 2, 71 (refus de consentir une location) ; Trib. Lyon, 17 juin 1925, *Gaz. Palais*, 29 septembre (droit de consentir une cession de bail).

(3) Cass. Req., 10 juin 1902, D. 1902, 1, 454, S. 1903, 1, 11 ; 15 avril 1919, S. 1920, 1, 300 ; 5 novembre 1923, D. 1924, 1, 11, S. 1924, 1, 215.

l'auteur poursuivait un but utile et raisonnable. L'exercice du droit ne serait une protection que dans la mesure où l'activité serait jugée raisonnable [1].

Cette conception offre le redoutable danger du contrôle arbitraire du juge sur l'exercice des droits. Elle suppose de la part du juge une délicate appréciation sur les motifs légitimes de l'action. Elle correspond à un degré supérieur de la moralité publique. Pour que ce degré supérieur puisse être atteint sans compromettre la sécurité dans l'action que doit conférer le droit, il faut attendre que la technique juridique dégage les règles permettant d'apprécier les fins poursuivies dans l'exercice des droits.

Cette analyse ne peut être faite qu'en réglementant les fins de chaque droit déterminé. Il sera prudent de dire, à propos de chaque droit, dans quel cas l'exercice en deviendra abusif. Le Code civil nous offre des exemples de cette détermination à propos de la résiliation unilatérale du mandat ou de la société. On concevrait très bien une organisation technique des droits permettant d'atteindre l'abus [2].

Quand ce résultat aura été acquis, nous aurons gagné

(1) Comp. HAURIOU, note au *Sirey*, 1905, 3, 17.

(2) Ainsi dans la question bien connue de la *propriété commerciale* (lois des 30 juin 1926, mod. par lois 22 avril 1927, 27 mars 1928, 13 juillet 1933), on avait proposé de déclarer que le propriétaire abusait de son droit de congé quand il usait de ce droit pour louer les locaux commerciaux à un concurrent du commerçant. Voir le rapport de M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Bull. de la Soc. d'Etudes législatives*, 1923. On pourrait d'une façon plus générale ne permettre le congé donné au locataire que si le propriétaire a un motif légitime. Si on trouve que l'on fait ainsi bon marché du droit du propriétaire, qu'on veuille bien méditer sur la façon dont on l'appliquait dans notre ancien droit. En présence de la clause défendant de sous-louer, Pothier, rapportant la jurisprudence du Châtelet, déclare que le propriétaire ne peut en exiger l'application stricte à moins de reprendre la maison, car « il est sans intérêt pour l'empêcher », et il ajoute : « C'est une suite du grand précepte de l'amour du prochain qui est le principe fondamental du droit naturel » (*Du contrat de louage*, n° 283).

un degré supérieur dans la moralisation des actions humaines par le droit [1].

Mais il ne faudrait pas croire que l'on puisse arriver pour cela à changer le véritable fondement de la théorie de l'abus du droit. M. Brethe de la Gressaye, analysant les conclusions données dans cet ouvrage, prétend substituer à la conception *psychologique* de l'abus du droit une conception *objective* en définissant l'abus : l'exercice du droit sans motifs légitimes, c'est-à-dire sans utilité [2]. C'est toujours le même effort pour effacer le côté moral des actes par la crainte qu'il ne soit pas scientifique d'apprécier la moralité d'un acte ! Mais quand on parle de l'utilité d'un acte, comment la définit-on ? S'il s'agit de l'utilité sociale, on dépouille le droit subjectif de son utilité, car le titulaire d'un droit doit en retirer les avantages même si la société en souffre. S'il s'agit de l'utilité individuelle, il faut uniquement considérer la pensée de celui qui accomplit l'acte et la notion reste psychologique.

Ce qui est vrai, c'est qu'on peut considérer comme coupable non seulement celui qui fait le mal volontairement, mais aussi celui qui le fait inconsciemment, par faiblesse ou par légèreté. Déclarer fautif celui qui pèche par omission comme celui qui pèche par commission, c'est encore une idée morale.

103 *bis.* — Il serait dangereux d'aller plus loin et de dire que le juge peut demander compte à chaque homme des motifs de ses actes sous le prétexte que tout droit étant relatif ne peut être exercé contrairement à la fin pour laquelle il a été donné à l'homme. M. Josserand a défendu avec un grand talent cette théorie de la *relativité des droits* [3]. Le droit, dit-il, ne doit être donné à

(1) On a utilement comparé l'abus du droit au détournement de pouvoirs en matière administrative. Voyez LAPARRE, thèse, Paris, 1913.
(2) BRETHE, note au *Sirey*, 1925, 1, 217.
(3) JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927.

l'homme que pour des fins sociales; il y a abus à trahir la société qui vous les a donnés. Une telle doctrine semble en apparence dans la ligne générale des idées que nous défendons. En réalité il n'en est rien. Elle tend en effet à placer toutes les actions humaines sous le contrôle du juge et à exercer ce contrôle moins sur la valeur morale des actes que sur leur valeur économique ou sociale.

J'ai essayé ailleurs de montrer le danger d'une telle théorie [1]. Elle tend à détruire l'idée de droit subjectif. Or, cette idée, loin d'être antisociale, est indispensable au maintien de la civilisation menacée par l'étatisme et le communisme. L'absolutisme du droit individuel n'a rien de condamnable en soi, car il n'est que la traduction juridique du désir légitime de puissance et de liberté. Ce qu'il faut seulement demander au droit c'est de refréner le désir de nuire ou même l'indifférence trop absolue devant l'intérêt d'autrui. La puissance ne doit pas être malfaisante. Dès qu'on enlève à la théorie de l'abus des droits son fondement moral, on tombe dans les plus dangereuses fantaisies de la contrainte sociale.

III

LE REFUS DE L'ACTION EN JUSTICE

104. La règle : *Nemo auditur* et le refus de l'action pour cause d'indignité. — **105.** Origine de la règle. — **106.** Attitude de la doctrine française. — **107.** Application de la règle par la jurisprudence. — **108.** Caractère moral de la règle. — **109.** Réfutation de l'objection tirée de considérations d'équité. — **110.** Du but poursuivi et du maintien de la règle.

104. — Bien avant que la théorie de l'abus du droit ait été doctrinalement exposée, la jurisprudence avait adopté

(1) G. RIPERT, *Abus ou relativité des droits*, 1929 (Extrait de la *Revue critique*). — Comp. CAPITANT, *Rev. trimestrielle*, 1928, p. 371.

une solution d'une belle hardiesse en refusant de connaître certaines actions en justice à cause de l'immoralité du demandeur. Nous faisons allusion à la fameuse règle : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* [1].

Ce refus de l'action en justice pour cause d'indignité, pourrait être trouvé dans certaines actions en nullité. Il y a au moins un cas de nullité absolue où l'intéressé ne peut pas intenter l'action, parce que cette nullité est dirigée contre lui et non en sa faveur ; le droit de l'interdit légal de demander lui-même la nullité des actes qu'il a passés est en effet extrêmement douteux [2]. Mais il faut manier avec beaucoup de précautions cette pénalité civile. Le refus de l'action en justice a pour conséquence d'établir une différence entre des titulaires de droits semblables, différence basée non sur une distinction dans l'essence objective des droits, mais sur les qualités morales de celui qui les exerce. Or, on ne saurait priver un homme du bénéfice du commerce juridique sous prétexte d'indignité, puisque, quand le Code civil a voulu le faire pour l'interdit légal, il lui a nommé un représentant. Nous n'accorderons donc ce droit au juge que dans des circonstances exceptionnelles où se manifestera un lien entre l'indignité du demandeur et l'action à intenter, lien de nature telle que l'action naîtrait, si elle était recevable, de l'acte immoral lui-même.

Cette jurisprudence s'est affirmée à propos de la répétition des prestations fournies en vertu d'un contrat immoral. Elle est assez confuse et ne paraît pas nettement fixée. La doctrine a largement aidé à cette confusion. Les auteurs modernes ont en effet blâmé presque

(1) TZARANU, *Etude sur la règle : Nemo auditur...*, thèse, Paris, 1926 ; — SAVEY-CASSARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité*, thèse, Lyon, 1930 ; — PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique de droit civil*, VII, n° 748.

(2) JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Paris, 1909, p. 619.

tous le pouvoir que les tribunaux s'accordent, le considérant comme une intrusion inadmissible dans le domaine de la conscience. Aujourd'hui les tribunaux ne savent plus que faire. Quelque solution qu'ils adoptent, il y a toujours quelqu'un qui crie à l'immoralité de la décision.

105. — La règle ne repose sur aucun texte. Ce fut à l'époque classique un bel argument. Demolombe mena grand tapage. « Où donc est-elle écrite, cette maxime? Et en vertu de quel texte prononce-t-on contre une partie figurant en justice une telle indignité [1] ». Le reproche est aujourd'hui sans portée. La règle a un assez beau passé pour ne pas avoir besoin de l'appui d'un texte du Code civil.

On trouve au Digeste et au Code à plusieurs reprises cette solution très nettement indiquée qu'il ne faut pas admettre la *condictio* lorsqu'elle tendrait à reprendre une chose livrée en vertu d'un contrat immoral. *In pari turpitudinis causa cessat repetitio.* Très justement d'ailleurs les jurisconsultes romains n'appliquent cette règle que si la tradition a été faite en vertu d'un contrat immoral, et ils disent que c'est la turpitude du *tradens* qui lui enlève le droit à répétition [2].

Au cours des siècles la règle a pris une nouvelle forme sous laquelle son caractère moral apparaît mieux : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* Elle n'est plus cette sorte de consécration de la possession provenant de l'impossibilité de répétition (*possessionis melior conditio habetur*) ; elle indique bien que le demandeur ne sera pas écouté par le juge, parce qu'il n'est pas digne de l'être.

(1) Demolombe, XXXI, nº 436.
(2) Voir les hypothèses au Digeste XII, v et au Code IV, vii ; — Girard, *Manuel de droit romain*, 6e éd., p. 655 ; — Macqueron, *L'histoire de la cause immorale et illicite dans les obligations en droit romain*, 1925.

C'est bien ainsi que la comprennent nos anciens jurisconsultes. Domat remarque que l'on ne peut justifier la règle par l'avantage que confère la possession, car ce n'est ni la justice, ni la raison qui rendent la possession meilleure ; il déclare que si celui qui a versé ne peut répéter, celui qui a reçu ne peut retenir, sans indiquer d'ailleurs nettement comment se fera la restitution [1]. Pothier est plus net : celui qui a livré en vertu d'un contrat immoral, dit-il, « est indigne du secours des lois », et le droit de répétition n'existe pas plus, « selon les règles du for de la conscience », que selon celles du for extérieur [2].

Les premiers commentateurs du Code civil ont fidèlement recueilli cette doctrine. Ils considèrent que la règle *Nemo auditur*... a force de loi [3], et, dans la première partie du XIXe siècle, les tribunaux en ont fait une assez large application.

106. — Elle était beaucoup trop large et devait amener les protestations de la doctrine. Les tribunaux avaient en effet une tendance à admettre la règle comme interdisant toute action exercée à la suite de l'annulation d'un contrat illicite. La règle était pour eux une conséquence juridique du caractère de la nullité. Ainsi comprise, elle avait le très grave inconvénient de paraître supprimer les effets de la nullité en empêchant la remise des parties au même état qu'avant l'acte.

Aubry et Rau approuvent la jurisprudence [4], mais Demolombe se livre à une dissertation où l'on sent bien cette double critique qu'on ne saurait admettre une règle

(1) DOMAT, *Lois civiles*, liv. I, tit. XVIII, sect. 4, n° 8 et liv. II, tit. XII, sect. 2, n° 4. — Voir la critique de DUBOIS, note au *Sirey*, 1874, 1, 281.
(2) POTHIER, *Obligations*, nos 43 et 45.
(3) MERLIN, *Questions de droit*, Vo *Cause*, § 1, n° 2 ; — DELVINCOURT, II, p. 687 ; — TOULLIER, VI, n° 126 et XI, n° 62 ; — DURANTON, X, n° 37.
(4) AUBRY et RAU, 4e éd., t. IV, § 442 *bis*, note 8.

sans texte et qu'on ne saurait aussi subordonner les effets de la nullité à des conditions de pure morale. « La justice est due toujours et à tous ; il nous paraît impossible d'admettre qu'il existe une catégorie d'affaires et une classe de plaideurs auxquels on soit en droit de dire : l'accès du prétoire vous est fermé, nous ne voulons pas vous entendre [1] ». Naturellement, Laurent et Huc se prononcent dans le même sens par peur de l'intervention du juge dans le domaine moral [2].

Les auteurs contemporains sont très indécis. L'absence de texte ne les effraye plus et pas davantage le pouvoir accordé au juge. Mais cette maxime un peu mystérieuse, ce grand mot de turpitude, la difficulté de connaître la portée de la règle, le doute qu'elle soit équitable, tout cela pousse la plupart d'entre eux à la condamner [3]. Ce qu'on lui reproche surtout, c'est, sous le prétexte de l'immoralité de l'action, de consacrer l'immoralité des situations acquises. Ce reproche est grave, on ne saurait le juger qu'après avoir examiné la jurisprudence de très près.

107. — Il y a eu, a-t-on dit, un travail de sape accompli depuis 1830 contre la maxime *Nemo auditur* [4]. Il est vrai qu'elle paraît aujourd'hui moins souvent appliquée, mais il faut rechercher si cette restriction apportée

(1) Demolombe, XXIV, n° 382 et XXXI, n° 436.

(2) Laurent, XVI, n° 164 ; Huc, VIII, n° 392. Voir aussi Colmet de Santerre, V, n° 49 *bis*.

(3) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, I, n° 316 ; — Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 654 ; — Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 846 ; — Demogue, *Obligations*, I, n° 876 et suiv. ; — Appert, note au *Sirey*, 1896, 1, 289 ; — Olivier, *Sanctions des obligations illicites*, thèse, Paris, 1900 ; — Hamel, *De la cause dans les libéralités*, thèse, Paris, 1920, p. 57 ; — Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse, Poitiers, 1916, p. 429 et suiv. — M. Capitant, *De la cause*, nos 114 et suiv , p. 235 et suiv., expose la jurisprudence et paraît hésiter à se prononcer. — Glasson et Tissier, *Traité de procédure civile*, 3e éd., 1925, t. I, n° 170, p. 415 ; — Hémard, *Nullité des sociétés*, 2e éd., n° 69.

(4) E. H. Perreau, *Technique de la jurisprudence*, 1923, t. I, p. 174.

à son application n'a pas eu justement pour conséquence d'accentuer le caractère moral de la règle [1].

Quand il s'agit de la nullité de la contre-lettre passée pour la cession d'un office ministériel [2], ou de la nullité de la cession d'une part d'office [3] et d'une concession de service public [4], ou de la société créée pour l'exploitation d'un office [5], la jurisprudence ne refuse jamais l'action en répétition à celui qui a exécuté le contrat. Les anciens arrêts font remarquer que le cédant est plus coupable que le cessionnaire. En tous cas, l'action en répétition fait cesser une situation contraire à l'ordre public. Mais le véritable motif n'est-il pas que le contrat, contraire à l'ordre public, n'a rien d'immoral? En ce qui concerne particulièrement les cessions d'offices, les contre-lettres sont chose courante, et les plus honorables officiers ministériels n'ont aucun respect pour une loi qui méconnaît elle-même les principes économiques. Aussi n'est-il pas étonnant de voir la jurisprudence admettre la répétition des sommes payées en vertu d'un contrat déclaré illicite [6].

Si nous prenons au contraire le type même du contrat immoral, la cession ou la location d'une maison de tolé-

(1) CAPITANT, *De la cause*, n° 114 et suiv., p. 235 et suiv.

(2) Cass. Civ., 30 juillet 1844, S. 44, 1, 584; Req., 11 août 1845, S. 45, 1, 642; Civ., 19 avril 1852, D. 52, 1, 105, S. 52, 1, 449; Req., 5 novembre 1856, D. 56, 1, 377, S. 56, 1, 916; Civ., 13 juillet 1885, D. 86, 1, 263, S. 86, 1, 205; Req., 18 mars 1895, D. 95. 1, 346, S. 95, 1, 11, Paris, 19 novembre 1899, D. 1903, 2, 197, S. 1901, 2, 121, note CHAVEGRIN.

(3) Cass. Req., 26 février 1851, S. 51, 1, 327; Cass. Req., 11 décembre 1888, D. 90, 1, 342, S. 89, 1, 80: 19 juillet 1910, S. 1911, 1, 566; Caen, 18 janvier 1888, D. 88, 2. 319, S. 90, 2, 97, note MEYNIAL; Rouen, 24 décembre 1901, D. 1902, 2, 397, S. 1904, 2, 237.

(4) Cass. Civ., 11 février 1884, D. 85, 1, 99, S. 84, 1, 205.

(5) Cass. Civ., 15 janvier 1855, D. 55, 1, 5, S. 55, 1, 252; 10 décembre 1878, D. 79, 1, 8, S. 80, 1, 61; 25 janvier 1887, D. 87, 1, 465, note PONCET, S. 89, 1, 224; 4 mai 1888, D. 88, 1, 487, S. 89, 1, 12. — Cf. MEYNIAL note au D. 88, 1, 319; — HÉMARD, *Nullités des sociétés*, 2e éd., n° 68.

(6) Cass. Civ., 11 février 1884, D. 85, 1, 99, S. 84, 1, 265 (cession d'une concession de chemin de fer).

rance, nous voyons la règle *Nemo auditur* appliquée sans hésitation par la jurisprudence. La Cour de cassation refuse la répétition du prix de la vente, soit qu'il ait été payé au vendeur, soit qu'il ait été réglé en billets et payé à un tiers porteur [1]. Elle refuse l'action en remboursement du prêt fait pour l'achat d'une maison [2], l'action en paiement des services rendus par un domestique [3]. Il a été également décidé que le bailleur ne pouvait poursuivre l'expulsion du locataire de la maison [4]. La jurisprudence paraît sur tous ces points bien établie encore qu'un arrêt récent soit nettement en sens contraire [5]. Il n'y a, quoi qu'on en ait dit, aucune opposition entre les deux chambres de la Cour de cassation. Elles approuvent l'une et l'autre les décisions qui refusent de statuer sur les actions en paiement ou en répétition.

On peut citer des décisions refusant dans d'autres cas l'action en répétition, notamment pour un contrat ayant pour objet le maintien de relations de concubinage [6], l'adultère [7], la corruption d'un fonctionnaire [8], la corruption électorale [9], le jeu [10], l'émission d'effets de com-

(1) Cass. Civ., 15 décembre 1873, D. 74, 1, 222, S. 74, 1, 241, note Dubois ; Cass. Req., 17 juillet 1905, D. 1906, 1, 72, S. 1909, 1, 188.

(2) Cass. Req., 1er avril 1895, D. 95, 1, 263, S. 96, 1, 289, note Appert; Toulouse, 11 janvier 1926, S. 1926, 2, 21, *Gaz. Palais*, 1926, 1, 524. *Contrà* Paris, 13 février 1877, S. 77, 2, 233.

(3) Cass. Req., 11 novembre 1890, D. 91, 1, 484.

(4) Caen, 29 juillet 1874, D. 75, 2, 12, S. 75, 2, 298 ; Bourges, 13 juin 1889, D. 89, 5, 329 ; Alger, 15 novembre 1893, D. 94, 2, 528, S. 94, 2, 211, et sur opposition : Alger, 9 mai 1894, D. 95, 2, 21 ; Comp. Paris, 22 décembre 1899, *Gaz. Palais*, 1900, 1, 132 ; 1er février 1930, D. H. 1930, 218, S. 1931, 2, 67 et Req. 23 mars 1931, *Gaz. Palais*, 1931, 1, 676.

(5) Aix, 28 février 1923, *Gaz. Palais*, 1923, 1, 759.

(6) Paris, 16 août 1903, D. 1904, 2, 345.

(7) Cass. Req., 17 avril 1923, D. 1923, 1, 172.

(8) Cass. Req., 15 mars 1911, D. 1911, 1, 382, S. 1911, 1, 447 ; Cass. Civ., 5 décembre 1911, D. 1913, 1, 120, S. 1913, 1, 497, note Demogue ; comp. Cass. Req., 23 février 1925, S. 1926, 1, 289, note Huguency ; Vesoul, 23 janvier 1925, D. H., 1925, 263 ; Paris, 13 décembre 1903, S. 1905, 2, 206.

(9) Tarbes, 14 mars 1899, D. 1904, 2, 201, S. 1900, 2, 219.

(10) Aix, 14 mai 1908, S. 1908, 2, 291.

plaisance [1]. Mais, dans des contrats qui ont certainement un caractère immoral, on est étonné de voir que la règle n'est ni invoquée ni appliquée. Ainsi la jurisprudence admet la restitution du prix payé au courtier matrimonial [2], de l'avance faite à un pharmacien pour la vente d'un remède secret [3], à un notaire pour l'achat en commun d'immeubles [4]. Un arrêt de la Cour de cassation a autorisé le tiré qui a payé un effet de complaisance à recourir contre le tireur [5]. Le tribunal de commerce de la Seine ne sait pas s'il doit admettre ou refuser la répétition du prix demandé dans une vente d'immeubles en violation de l'article 7 de la loi du 27 février 1912 [6]. La Cour d'appel de Rennes l'a autorisée [6] et la Cour de cassation hésite [7].

Il faut bien reconnaître qu'il y a quelque confusion dans cette jurisprudence. Pour y ajouter, certains tribunaux ne se sont pas contentés de repousser l'application de la règle *Nemo auditur* dans les espèces qui leur étaient soumises, ils ont déclaré que cette règle n'avait aucune valeur légale [8]. En revanche, certaines décisions qui veulent admettre l'action en répétition se gardent bien de faire aucune allusion à la maxime.

(1) Paris, 16 novembre 1838, D. 88, 2, 253, S. 91, 2, 89, note Meynial ; Cass. req., 8 juin 1891. D. 92, 1, 336. S. 92, 1, 439 ; 29 novembre 1893, D. 94, 1, 63, S. 94, 1, 328 ; 27 juillet 1897, D. 97, 1, 607, S. 97, 1, 522. — Voy. Wahl, S. 1900, 2, 153 ; Naquet, S. 1913, 1, 297 ; — Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, II, nos 1393 et suiv.

(2) Besançon, 6 mars 1895, D. 95, 2, 223, S. 95, 2, 196.

(3) Cass. Civ., 25 janvier 1921, D. 1924, 1, 134.

(4) Cass. Civ., 14 mai 1888, D. 88, 1, 487, S. 89, 1, 12.

(5) Cass. Req., 21 mars 1910, D. 1912, 1, 281, note Lacour, S. 1913, 1, 297, note Naquet.

(6) Trib. com. Seine, 7 mai 1920, *Rev. trimestrielle*, 1921, p. 263 et 4 décembre 1920, D. 1922, 2, 55, *Rev. trimestrielle*, 1923, p. 164.

(7) Rennes, 31 octobre 1923, S. 1924, 2, 94 ; Besançon, 15 février 1926, S. 1926, 2, 15 ; Cass. Civ., 3 décembre 1929, *Gaz. Palais*, 1930, 1, 21 ; Cass. Req., 10 décembre 1930. D. H. 1931, 17, S. 1931, 1, 103. Cf. Cass. Req., 26 août 1926, D. H., 1926, 280.

(8) Rouen, 24 décembre 1901, D. 1902, 2, 397, S. 1904, 2, 237 ; Besançon, 6 mars 1895, D. 95, 1, 223.

En somme, il y a des contrats où l'on a l'habitude d'invoquer la maxime traditionnelle, d'autres où elle n'est pas admise. On ne sait d'ailleurs pas très bien pourquoi. Essayons d'y voir plus clair.

108. — Au fond le malaise qui règne sur l'application de la règle provient justement de ce qu'elle n'est pas par elle-même une règle juridique, mais une règle morale. La formule même laisse deviner sa nature. Ce qu'elle défend, c'est l'étalage devant un tribunal d'un acte honteux par lequel on voudrait se créer un titre. La Cour de cassation, dans son arrêt du 29 juillet 1874, critiqué par Demolombe, donne très nettement ce motif qui guide les tribunaux. « Il serait aussi contraire à la morale qu'à la dignité de la magistrature que celle-ci laissât en matière civile discuter dans son prétoire sur le sens, la portée et les effets des pactes honteux que la conscience publique flétrit et qu'elle intervînt aussi entre deux individus auxquels la justice ne doit aucune protection ».

On a raillé cette pudeur des tribunaux. Ce n'est pas la turpitude de la cause qui les effraye ; ils en voient bien d'autres ; mais d'habitude, quand on étale devant eux des actions honteuses, c'est pour les inviter à les punir ou les flétrir. C'est toute autre chose de les imposer au juge pour en faire jaillir un droit.

Ainsi il s'agit bien d'enlever à une personne un droit qu'elle aurait normalement et de le lui enlever sur cette considération purement subjective qu'elle est indigne de l'exercer. Il y a une parenté certaine entre cette théorie et celle de l'abus du droit, puisque, dans les deux cas, l'exercice du droit est retiré par suite de l'indignité morale de celui qui l'exerce. Cet examen de l'indignité du demandeur doit être fait dans chaque cas particulier, et certaines contradictions de la jurisprudence pourraient s'expliquer ainsi.

Dans le contrat nul pour cause illicite, le demandeur n'est pas indigne d'exercer le droit de répétition. Il ne l'est pas non plus dans le contrat immoral, lorsque l'immoralité ne provient pas de son fait, mais du fait de l'autre partie. Les Romains l'avaient déjà remarqué. Il semble même qu'il y ait dans certaines décisions une comparaison entre la moralité des deux parties et que l'action en répétition soit admise quand le demandeur est moins coupable que le défendeur, refusée quand la turpitude est égale. On peut expliquer de cette façon le sort du contrat dans lequel une seule des deux parties poursuit un but immoral que l'autre ignore. Ce contrat est nul à notre avis, parce que l'ignorance de l'une des parties ne peut couvrir l'immoralité de l'autre. Mais dans l'exercice des actions il faut faire une distinction. Le contractant innocent peut tirer les conséquences juridiques de cette nullité en refusant de s'exécuter et en répétant ce qu'il a payé. L'autre ne peut certainement pas répéter ce qu'il a payé, et peut-être même ne peut-il pas exciper de la nullité s'il est poursuivi en exécution du contrat. Il ne faut pas en conclure que la nullité est relative. Elle est absolue, mais la règle *Nemo auditur* s'oppose à la recevabilité de l'action.

Il faut aussi considérer que l'exercice de l'action peut être de nature à supprimer l'acte immoral ou à en maintenir les effets. Ainsi l'exercice de l'action en nullité par la partie coupable pourrait être déclarée recevable, parce qu'elle tend à effacer l'acte immoral et peut être interprétée comme un repentir [1]. Au contraire, l'exercice de l'action en répétition de ce qui a été payé marque simplement le désir de reprendre ce que l'on a donné, parce

(1) A ce titre on admet la répétition des apports dans une société annulée pour un but immoral : Cass., 14 mai 1888, D. 88, 1, 487 ; Rouen, 24 décembre 1901, D. 1902, 2, 397 ; mais il ne faudrait pas admettre l'action en partage des bénéfices. — Voy. HÉMARD, *Nullités des sociétés*, 2e éd., nos 70 et s., p. 89 et suiv.

que l'exécution devient impossible. On pourrait expliquer ainsi l'exercice des actions en nullité fondées sur le crime même de celui qui intente l'action, ainsi la nullité du mariage pour bigamie demandée par le coupable. Je crois qu'il faut expliquer par la même raison l'effacement de la maxime quand la nullité est opposée par défense à la demande d'exécution du contrat [1].

109. — On fait à l'application de la maxime une objection juridique sérieuse. L'action en répétition est fondée non sur le contrat, mais sur le paiement de l'indû. Les articles 1376 et suivants imposent la restitution. En tous cas, et ces textes ne sont peut-être que l'application du principe, il ne peut y avoir enrichissement sans cause aux dépens d'autrui. Si l'action née du contrat est fermée, il reste l'action extracontractuelle *de in rem verso* pour réclamer ce qui a passé d'un patrimoine dans un autre.

Il y a dans cette objection quelque chose d'exact. Si le demandeur intente une action qui ne suppose aucune connaissance par le juge du contrat immoral, cette action doit être admise. C'est ainsi que le bailleur d'une maison de tolérance, qui ne peut se servir de l'action contractuelle pour expulser son locataire, conserve la revendication [2]. C'est ainsi que l'auteur d'un dommage qui a payé le tout a un recours contre les coauteurs en se basant sur le paiement qu'il a fait pour autrui. C'est peut-être ainsi que peut s'expliquer l'arrêt de la Chambre des requêtes

(1) Il est à remarquer que l'on n'a jamais songé à opposer la maxime à la concubine qui agit en dommages-intérêts pour le préjudice qui lui est causé par la mort accidentelle de celui avec qui elle vivait. Voy. Jeanne VANDAMME, *La concubine doit-elle être admise à agir en réparation contre l'auteur de la mort de celui avec qui elle vivait*, *Revue critique*, 1934, p. 157, notamment p. 160.

(2) Caen, 29 juillet 1874, D. 75, 2, 127; Alger, 15 novembre 1893, S. 94, 2, 211. Voy. aussi Lyon, 11 janvier 1862, S. 63, 2. 165; Poitiers, 8 février 1922, D. 1922, 2, 33, note SAVATIER, S. 1922, 2, 116.

du 21 mars 1910 qui accorde un recours contre le tireur au tiré qui a payé un effet de complaisance [1].

Mais, dans la plupart des cas, on ne peut séparer, comme le soutiennent beaucoup d'auteurs [2], le paiement qui a été fait du contrat qui a donné naissance à ce paiement; car il faut, pour qu'il y ait action *de in rem verso*, que le paiement soit sans cause; or, ici il y a une cause, mais immorale. L'action *de in rem verso* serait-elle possible [3], l'exercice de cette action se heurterait au même obstacle : le demandeur obligé d'indiquer pourquoi il a payé, devrait se prévaloir de l'acte immoral qu'il a conclu, et le juge refuserait de l'écouter [4].

110. — Reste à savoir si ce refus de l'action en justice ne va pas avoir pour résultat de garantir une situation injustement acquise. Celui qui a reçu l'indû le conserve, profitant de l'avantage que lui donne la possession. Domat avait si bien senti l'injustice de cette solution, qu'il imposait la restitution, sans dire d'ailleurs à quel titre elle se ferait [5]. Demolombe considère qu'il y a violation des règles de la justice distributive [6]. L'article 180 du Code Pénal décide, au cas de corruption de fonctionnaire, que les choses livrées seront confisquées au profit des hospi-

(1) Cass. Req., 21 mars 1910, D. 1912, 1, 281, S. 1913, 1, 297. Voir THALLER, note au D. 1897, 2, 388. Comp. PIC, note au D. 1898, 2, 523 et les conclusions de l'avocat général FEUILLOLEY pour l'arrêt précité. Comp. Besançon, 6 mars 1895, D. 95, 2, 223.

(2) OLIVIER, *Sanction des obligations illicites*, thèse, Paris, 1904; — P. PIEDELIÈVRE, *Effets produits par les actes nuls*, thèse, Paris, 1911, p. 265; — SAVATIER, *Effets et sanctions du devoir moral*, p. 371.

(3) Et pour certains auteurs, il faudrait tenir compte de son caractère subsidiaire; voy. ROUAST, *L'enrichissement sans cause*, *Rev. trimestrielle*, 1922, p. 3.

(4) MAURY, *La notion d'équivalence en droit civil*, thèse, Toulouse, 1920, t. II, p. 16 et suiv.

(5) Il pourrait y avoir abus de confiance, si une somme remise en vue d'un usage illicite avait été dissipée : Cass. Crim., 4 novembre 1869, D. 70, 1, 383, S. 71, 1, 175 et 9 juillet 1857, S. 58, 1, 249.

(6) DEMOLOMBE, XXXI, n° 436, p. 374; — Comp. SAVATIER, *op. cit.*, p. 371.

ces [1]. Certains codes étrangers prononcent une confiscation de la prestation immorale.

L'argumentation est pressante, car elle fait appel à une idée morale pour combattre une règle fondée sur la morale. On peut pourtant répondre ceci : le législateur ou le juge ne peuvent se flatter de punir tous les coupables ; il y a des tractations immorales qui échappent à leur censure. Ils saisissent ceux qui ont recours à eux ; ils ignorent les autres. Dans une turpitude commune, tant pis pour celui qui a besoin du secours judiciaire. L'autre n'est pas moins coupable, mais on n'a rien à lui refuser, parce qu'il ne demande rien.

La règle peut paraître d'une moralité un peu grossière qui laisse les coquins se débrouiller entre eux. Mais après tout, le meilleur moyen d'empêcher les actes immoraux, c'est de les exclure de la vie juridique. L'arrêt de Caen du 29 juillet 1874 que nous avons cité marque fort bien ce caractère préventif de la règle : « En refusant à chacun de ceux qui ont participé à de pareilles conventions tout accès devant les tribunaux à l'effet d'obtenir quoi que ce soit, exécution, résiliation ou répétition, on les livre à la discrétion l'un de l'autre, on les abandonne sans aucun recours aux conséquences de leur déloyauté réciproque ; on leur enlève toute sécurité et on arrête ainsi, par crainte de pertes pécuniaires, la plupart de ceux qui seraient tenus de former de semblables contrats ».

Si notre Code civil ne contient aucune consécration de la maxime traditionnelle, les codes étrangers, et même les plus récents, admettent d'une façon très large que la répétition d'une prestation formée en vertu d'un contrat illicite ou immoral est interdite [2]. Mieux vaut en pareille

(1) Cass. Req., 23 février 1925, S. 1926, 1, 189, note Hugueney.
(2) Code suisse des obligations, art. 66 ; Code civil allemand, art. 817 ; Code autrichien, art. 1174 ; Code espagnol, art. 1305 ; Code portugais, art. 692. La jurisprudence belge et la jurisprudence italienne

matière ne pas légiférer, car la règle sous cette forme absolue conduit à des résultats injustes. Elle constitue une sorte de peine civile contre quiconque a transgressé les lois civiles, et malheureusement cette peine profite à un contractant qui les a également transgressées.

Notre jurisprudence est beaucoup plus simple. Elle admet ou refuse l'action en répétition suivant que cette action trahit ou non l'immoralité du demandeur. Si le demandeur ne peut la former qu'en invoquant l'acte immoral qu'il a voulu accomplir ou faire accomplir, le juge lui interdira de se prévaloir de son droit.

Ne songeons pas à nier qu'il y a de l'arbitraire dans une telle proposition. Mais cet arbitraire provient nécessairement de ce que nous sommes en présence d'un conflit entre la loi civile et la règle morale. La loi autorise la répétition de l'indû. La morale l'interdit quand le paiement est tellement honteux qu'il ne peut être permis d'avouer cette honte pour défendre un intérêt pécuniaire.

La défaveur qui atteint aujourd'hui la règle *Nemo auditur* prouve simplement le désir des civilistes de ne pas faire échec aux règles techniques par respect pour l'idée morale. N'est-ce pas un signe certain du désarroi des idées que cette défaveur continue à se manifester, alors que s'affirme la théorie de l'abus du droit?

admettent la règle : Cass. belge, 4 juin 1903, *Pas. belge*, 1903, 1, 276. — Le Code civil soviétique (art. 147) décide qu'au cas de nullité du contrat pour cause d'illégalité, aucune des parties ne peut exiger la restitution de ce qu'elle a fourni et que l'enrichissement indû est recouvré au profit de l'Etat.

CHAPITRE III

LA SANCTION LÉGALE DES DEVOIRS MORAUX

111. — Jusqu'ici nous avons vu la règle morale jouer un rôle normatif, soit pour empêcher la naissance de l'obligation contractuelle, soit pour arrêter l'exercice des droits et actions du créancier. L'application normale de la règle technique était entravée par l'observation nécessaire de la loi morale.

Il s'agit maintenant de savoir dans quelle mesure les devoirs moraux peuvent arriver à la vie juridique. On a dit que tout devoir moral constitue par lui-même une obligation civile et qu'il faut une interdiction formelle de la loi pour refuser la sanction civile au devoir de conscience [1]. Il y a là une vue théorique et inexacte des choses par une confusion évidente du droit et de la morale. Tous les devoirs de conscience n'arrivent pas à la vie juridique, pour cette raison tout au moins que l'organisation technique de l'obligation serait souvent impossible. D'autre part, quand l'obligation civile est créée sur la reconnaissance du devoir, elle tend à se séparer de son fondement moral et parfois l'interprète hésite sur son véritable caractère.

(1) SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse, Poitiers, 1916, p. 3. « Cette constatation, dit l'auteur, révolutionne de fond en comble les idées généralement reçues ». Seul un jeune docteur peut n'éprouver aucune crainte de cette constatation.

Je voudrais essayer de retrouver dans quelle mesure le devoir moral de ne pas nuire à autrui se trouve consacré dans la théorie de la responsabilité civile, et dans quelle mesure le devoir de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui trouve sa sanction dans l'action *de in rem verso*. Le devoir de prêter assistance à autrui est-il également susceptible de s'incarner dans une obligation légale, c'est là une troisième question qu'il faudra poser.

I

LE DEVOIR DE NE PAS NUIRE A AUTRUI ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE

§ 1. — L'évolution des idées en matière de responsabilité.

112. Conception de la responsabilité civile dans le Code. — **113.** Evolution des idées et des procédés techniques. — **114.** Manifestation d'une tendance nouvelle dans la théorie de la responsabilité du fait des choses. — **115.** Théorie du risque. — **116.** Critique de cette théorie. — **117.** Caractère insoluble du problème de la causalité. — **118.** Critique de l'idée de solidarité sociale. — **119.** Conception économique de la responsabilité. — **120.** De la disparition possible de la responsabilité sous l'influence de la théorie du risque. — **121.** Valeur de l'idée de réparation. — **122.** Distinction de l'idée de réparation et de l'idée d'assurance. — **123.** De l'orientation à donner à la théorie de la responsabilité civile.

112. — La règle de morale élémentaire *neminem lædere* trouve dans le principe général de responsabilité édicté par l'article **1382** du Code civil son expression et sa sanction. Le législateur a tout d'abord réprimé certaines fautes ; puis, désespérant de rejoindre par un catalogue précis des fautes la règle morale qui s'impose puisqu'il s'agit de donner une direction juste aux actions humaines, il a pris le parti d'édicter une règle générale de conduite. On

pourrait montrer par l'histoire de la *lex Aquilia* cet effort des jurisconsultes vers l'élargissement de la responsabilité [1]. Là encore il est certain que les canonistes, par leurs subtiles analyses des passions humaines, ont aidé à peser le fardeau de la responsabilité. Au moment où le Code civil est rédigé, la règle générale est acquise.

Il ne s'agit donc plus dans le Code que de l'organisation technique de la responsabilité civile. Cette organisation est indispensable non seulement parce qu'il est nécessaire de sanctionner le devoir moral, mais aussi parce qu'il faut déterminer la règle de conduite. Sur l'un et l'autre point le législateur n'a pu arriver à des résultats bien précis : d'une part la sanction légale laisse au juge la tâche délicate de calculer le montant du dommage et d'arbitrer la réparation, d'autre part l'expression de la règle n'a pu se faire que par l'emploi du mot *faute* et ce mot, venu au droit de la morale, n'a pu acquérir la précision technique de certains termes juridiques.

Quand on cherche à préciser le concept de faute, on ne peut arriver à une définition satisfaisante. On dit alors : la faute est un protée et on essaie de classer les fautes [2]. Mais, pour classer les fautes, il faut classer les devoirs. Fautes contre la légalité, contre l'honnêteté, contre l'habileté physique ou professionnelle, c'est une classification dominée par cette idée morale que la personne et les biens du prochain doivent nous être sacrés.

Sans doute, il y a des cas où la morale la plus stricte peut hésiter devant l'obligation de réparation ; l'auteur du dommage semble avoir été le jouet du sort et l'imputabilité ne pas exister. D'ailleurs quand la faute est légère et que le dommage ne pouvait être prévu la morale n'im-

(1) GIRARD, *Manuel de droit romain*, 6e éd., p. 434-435 ; — H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., 1934, t. I, nos 21 et s.

(2) PLANIOL, *Du fondement de la responsabilité*, *Revue critique*, 1905, p. 277, 1906, p. 80.

pose pas nécessairement la réparation du préjudice causé. Mais la loi civile intervient alors pour donner la règle de conduite. Il est certain que la loi civile n'est pas la traduction pure et simple de la règle morale et je n'ai jamais prétendu qu'il y ait une identité du droit et de la morale [1]. Mais il reste que si l'auteur de l'acte ne s'estime pas lui-même coupable, il doit se fier au jugement des autres hommes et, quand le juge a prononcé, il a le devoir moral de s'acquitter [2].

Pendant tout le cours du XIXe siècle, les juristes n'ont point douté que la responsabilité civile ne reposât sur la faute [3] et ne fût en quelque sorte une responsabilité pénale atténuée. Les règles données par les articles 1382 à 1386 du Code civil étaient toujours expliquées par l'idée de faute. La seule difficulté se rencontrait dans le domaine de la preuve. La loi civile, dans certains cas, vient au secours de la victime en établissant des présomptions. Si la jurisprudence en était arrivée, il est vrai, à admettre le caractère irréfragable des présomptions établies par les articles 1385 et 1386 du Code civil, on l'expliquait en disant que la preuve de la faute étant faite par la seule réalisation du dommage, la preuve contraire ne pouvait se concevoir.

(1) Voy. JOATTON, *Essai critique d'une théorie générale de la responsabilité civile*, 1933, p. 23.

(2) C'est la distinction faite par les canonistes entre la faute *morale*, qui suppose la conscience d'une partie de l'intelligence et de la volonté, et la faute *juridique*, qui peut résulter d'une inadvertance et qui oblige en conscience à réparer le dommage injuste, après sentence du juge. — Lire sur la responsabilité morale l'ouvrage de M. FAUCONNET, *La responsabilité*, thèse lettres, Paris, 1920 et l'article de M. PARODI, *Revue de métaphysique et de morale*, 1924, p. 49.

(3) Le *Traité de la responsabilité de* SOURDAT, bien souvent réédité (6e éd., 2 vol., 1911) représente cette doctrine classique. — Voir sur les idées régnantes en 1804 : LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilite pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale*, thèse, Bordeaux, 1918 ; — SCHMIDT, *Faute civile et faute pénale*, thèse, Paris, 1929.

113. — A la fin du XIXe siècle un grand effort a été tenté pour élargir l'application des règles de la responsabilité civile. L'augmentation des dommages due notamment au machinisme, la difficulté de découvrir dans les accidents aux causes complexes la faute d'une personne responsable, la faveur particulière sous un régime démocratique pour des classes sociales auxquelles appartiennent les victimes-nées de certains accidents, l'affinement des idées scientifiques et philosophiques sur la recherche des effets et des causes ont été les raisons dominantes de ce mouvement. Les actions en réparation ont afflué devant les tribunaux qui ont hésité sur le principe de la responsabilité.

Imbus des principes traditionnels, les juristes comprirent qu'il fallait pourtant améliorer la situation juridique de la victime et ne pas la renvoyer de la barre sous le prétexte qu'elle ne parvenait pas à faire la preuve qui lui incombait comme demanderesse. Alors on s'efforça de lui venir en aide, en lui offrant les moyens techniques que le droit civil connaît pour faciliter la preuve : création d'une responsabilité contractuelle dans le louage de services, vite abandonnée d'ailleurs [1] ; même idée dans le transport des personnes, condamnée tout d'abord [2], puis reprenant une faveur inespérée et triomphant [3], complé-

(1) SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, 1880 ; — Marc SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers*, *Revue critique*, 1883, p. 596 ; — LABBÉ, note au S. 89, 4, 1 ; — ESMEIN, notes au S. 97, 1, 17, et 98, 1, 65.

(2) Cass., 10 décembre 1884, D. 85. 1, 433, note SARRUT, S. 85, 1, 129, note LYON-CAEN ; 15 mars 1895, S. 95, 1, 285 ; 9 mai 1899, D. 99, 1, 558 ; 14 décembre 1903, D. 1905, 1, 314, S. 1904, 1, 261. — Voir CHAVEGRIN, note S. 96, 2, 225.

(3) Cass. Civ., 21 novembre 1911, S. 1912, 1, 73. note LYON-CAEN, *Revue critique*, 1913, p. 198, note G. RIPERT ; 24 janvier 1913, D. 1913, 1, 249, note SARRUT, S. 1913, 1, 177, note LYON-CAEN ; 21 avril 1913, S. 1914, 1, 59, note LYON-CAEN, ; Cass. Req., 28 juin 1916, *Gaz. Tribunaux*, 23 septembre 1916. — La jurisprudence a été fixée après ces arrêts. Voy. Cass. Civ., 22 février 1926. D. H. 1926, 194. — Comp. JOSSERAND, *Les transports*, 2e éd., n° 883 ; — ZENS, thèse Paris, 1896 ; — CAMERLYNK, *De la responsabilité contractuelle en*

tée ensuite par l'idée d'une stipulation pour autrui au profit de certains parents de la victime [1] ; renforcement des présomptions des articles 1385 et 1386 déclarées irréfragables [2] ; extension de la règle sur la responsabilité du fait d'autrui par l'idée d'abus de la fonction [3] ; application extensive de l'article 1386 qui semblait pourtant bien précis [4] ; enfin et surtout, découverte dans l'article 1384, § 1, d'une présomption générale de faute à la charge de celui qui a la garde d'une chose inanimée.

Depuis vingt ans une littérature juridique d'une grande richesse s'est accumulée sur les questions de responsabilité civile. La jurisprudence a cédé devant les pressantes instances de la doctrine et elle a accueilli presque toutes les constructions qui lui étaient proposées. Elle a fait un sort particulièrement heureux à cette humble phrase qui, dans l'article 1384, § 1, avait vécu quatre-vingts ans d'une

matière d'accidents de personnes, *Rev. critique*, 1931, p. 84 ; — G. Ripert, *La responsabilité contractuelle des accidents de personnes* (Melanges Ascoli, Rome, 1931, p. 25) ; — Lalou, *Chronique*, D. H. 1931, p. 37.

(1) Angers, 13 mars 1929, D. 1929, 2, 161, note Josserand, Cass. Civ. 6 décembre 1932, 24 mai 1933, D. 1933, 1, 140; Cass. Req., 19 juin 1933, D. H. 1933, 429.

(2) Cass. Civ., 27 octobre 1885, D. 86, 1, 207 ; Cass. Req., 14 mai 1900, D. 1900, 1, 272 ; Cass. Civ., 11 mars 1902, D. 1902, 1, 216 ; 29 mai 1902, D. 1903, 1, 614 ; Cass. Req., 2 juillet 1902, D. 1902, 1, 431 ; Cass. Civ., 28 novembre 1904, D. 1905, 1, 253 ; Cass. Req., 21 décembre 1910, S. 1911, 1, 163. — Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 920 ; — A. Colin et Capitant, 7e éd., II, p. 397 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique*, VI, nos 600 et 609.

(3) Cass. Civ., 22 mars 1907, D. 1909, 1. 406, S. 1907, 1, 47 ; Douai, 1er juillet 1896, D. 99, 2, 155 ; Paris, 9 mars 1893, D. 93, 2, 296 ; Paris, 24 février 1909, D. 1909, 2, 164 ; Paris, 16 juin 1896, D. 96, 2, 208 ; Aix, 13 mai 1914, S. 1914, 2, 177, note Roux ; — Zingher, *Responsabilité du commettant*, thèse, Paris, 1923, p. 85 ; — Radu Vernesco, *La notion de préposé et l'idée de fonctions*, thèse, Paris, 1933 ; — Flour, *Le rapport de commettant à préposé dans l'art. 1384*, thèse, Caen, 1933 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *op. cit.*, VI, n° 650.

(4) Cass. Civ., 19 avril 1887, D. 88, 1, 27, S. 87, 1, 217 ; Cass. Req., 29 mars 1897, D. 97, 1, 216, S. 98, 1, 65, note A. Esmein ; 30 juin 1902, D. 1907, 1, 907 ; Paris, 20 août 1897, S. 98, 1, 48 ; Paris, 11 mars 1904, S. 1907, 2, 224; 31 juillet 1905, S. 1905, 353. — Mais il y a dans la jurisprudence une assez vive résistance contre cette extension ; Voy. Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 926.

vie ignorée et elle a proclamé le principe de la responsabilité du fait des choses inanimées.

Mais, à force de proposer et d'établir les constructions techniques, on a fini par oublier leur véritable caractère. C'était des moyens, on les a pris pour des principes et l'on a commencé à dire qu'il pouvait y avoir une responsabilité sans faute [1].

C'est la grande loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail qui a habitué les esprits à cette idée. Peu à peu on a vu le principe du risque professionnel gagner toutes les industries, les exploitations commerciales, les exploitations forestières et agricoles, les emplois domestiques, et s'offrir même à l'adoption volontaire des intéressés. Comme les lois qui établissaient le principe nouveau le substituaient à la règle ancienne de la responsabilité délictuelle, on a admis facilement que les deux règles sont de même nature et donnent l'une et l'autre dans des cas semblables un principe différent de réparation.

D'autre part, les civilistes, comparant la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle de la Cour de cassation sans faire toujours le départ nécessaire entre les causes jugées et les principes applicables, se sont aperçus que la jurisprudence administrative admet une responsabilité que la faute n'explique pas et qui trouve peut-être son fondement dans l'égale protection due aux administrés. Ils ont si bien défendu l'assimilation des personnes privées aux personnes administratives que la loi du 3 mai 1921, mettant sur la même ligne les établissements privés travaillant pour la défense nationale et les établissements publics, leur impose à tous la même règle de réparation.

114. — Rien n'est plus remarquable au point de vue de l'évolution du principe de la responsabilité civile que la

(1) Comp. Bettremieux, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, thèse, Lille, 1921.

création et la progression de la fameuse théorie de la *responsabilité du fait des choses* [1].

Elle s'est glissée timidement dans la jurisprudence en se présentant comme une banale présomption de faute ; il paraissait logique que le gardien d'une chose inanimée eût la même responsabilité que le gardien d'un animal. La Cour de cassation l'accueillit sans grand enthousiasme. Elle permit tout d'abord au gardien de la chose de prouver qu'il n'avait commis aucune faute, conservant ainsi à la règle son caractère de règle de preuve [2]. Puis, sous l'influence de la doctrine et gagnée par un esprit de logique juridique, la Cour de cassation assimila les deux présomptions de faute des articles 1384 et 1385. Elle ne permit plus au gardien de la chose de faire la preuve de l'absence de faute ; elle exigea pour dégager sa responsabilité qu'il établît que l'accident a été dû à une

(1) Saleilles. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897, et note au D. 97, 1, 433 ; — Josserand, *De la responsabilité du fait des choses*, 1897, et notes au D. 1900, 2, 288 ; 1904, 2, 257 ; 1905, 2, 497 ; 1906, 2, 249 ; 1907, 1, 177 ; 1908, 1, 217 ; 1909, 2, 245 ; 1925, 1, 97 ; 1925, 2, 105 ; — Planiol, *Etudes sur la responsabilité civile*, *Revue critique*, 1906, p. 80 et notes au D. 1906, 1, 457 ; 1907, 2, 97 ; 1909, 1, 73 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique de droit civil*, VI, n° 612 ; — H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., 1934, t. II, nos 1136 et s. ; — Lalou, *Traité de la responsabilité civile*, 23, 1931 ; — A. Esmein, note au S. 1910, 1, 17 ; — Savatier, notes au D. 1920, 1, 169 ; 1925, 2, 41 ; — G. Ripert, notes au D. 1921, 1, 25 et 1925, 1, 5 ; — Lalou, note au D. 1921, 2, 49, — P. Esmein, notes au S. 1922, 1, 265, et 1924, 1, 321. — Le nombre des thèses de doctorat consacrées à cette question montre l'influence de la théorie : Farra (Paris, 1889) ; Pisier (Paris, 1899) ; Vasilesco (Paris, 1907) ; Bonnet (Poitiers, 1908) ; Laurens (Toulouse, 1908) ; Granet (Paris, 1909) ; Demongin (Paris, 1910) ; Pequin (Rennes, 1910) ; Barbery (Paris, 1910) ; Boissière (Montpellier, 1921) ; Vitry (Lille, 1922) ; Michel (Caen, 1922) ; Cahierne (Rennes, 1929) ; Tauzin (Paris, 1929) ; Besson (Dijon, 1927) ; Lartige (Toulouse, 1931) ; Libmann (Strasbourg, 1933) ; Bichot (Dijon, 1933).

(2) Cass. Req., 3 juin 1904, D. 1907, 1, 177, note Josserand, S. 1905, 1, 189 ; — Cass. Civ., 8 mai 1906, D. 1906, 1, 457, note Planiol ; — Cass. Req., 22 janvier 1908, D. 1908, 1, 217, note Josserand ; — 25 mars 1908, D. 1909, 1, 73, S. 1910, 1, 17, note A. Esmein ; — 29 avril 1913, 1, 427.

cause étrangère [1]. On parlait bien toujours de présomption. Devenue absolue, elle ne servait qu'à déguiser une règle de droit. Il y eût des cas où le gardien, qui n'avait certainement commis aucune faute, ne parvenait pas à établir la véritable cause du dommage. Il fut reconnu responsable et la doctrine put alors déclarer que la responsabilité ne reposait plus sur la faute [2].

Le jour où cette jurisprudence s'est affirmée pour la communication de l'incendie à un immeuble [3], elle a heurté les intérêts des assureurs, qui ont obtenu du Parlement la loi du 7 novembre 1922 modifiant l'article 1384 du Code civil [4]. Les tribunaux se sont empressés de déclarer que la loi nouvelle était interprétative [5] et on a pu dès lors se demander si la théorie en était ébranlée ou confirmée [6].

Ainsi, presque dans le même temps où le Parlement votait la loi du 3 mai 1921 sur la réparation des dommages causés à des tiers pour les accidents survenus dans

(1) Cass. Req., 19 janvier 1914, D. 1914, 1, 303 ; Cass. Civ., 21 janvier 1919, D. 1922, 1, 25 ; Cass Req., 21 janvier 1919, *Gaz. Palais*, 1919, 1, 662 ; Cass. Civ., 25 février 1920, S. 1920, 1, 375 ; Cass. Req., 28 juin 1920, D. 1922, 1, 25 ; Cass. Civ., 16 novembre 1920, D. 1920, 1, 169, S. 1922, 1, 97 ; Cass. Civ., 15 mars 1921, D. 1922, 1, 25, S. 1922, 1, 100 ; Cass. Civ., 15 novembre 1922, *Gaz. Palais*, 17 décembre 1922. — Voir SAVATIER, note au D. 1920, 1, 169 ; — G. RIPERT, note au D. 1922, 1, 25.

(2) JOSSERAND, notes au *Dalloz* précitées ; *Cours de droit civil*, II, nos 529 et s. — *Contra*, PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., t. II, no 927, et notes au *Dalloz* précitées ; — A. COLIN et CAPITANT, 7e éd., II, no 217.

(3) Toulouse, 8 juin 1921, D. 1922, 2, 21 ; Le Havre, 1er avril 1922, D. 1922, 2, 137. — *Contra*, Poitiers, 16 mai 1922 et Boulogne-sur-Mer, 12 mai 1922, D. 1922, 2, 137.

(4) Voir sur cette loi : ESCAVY, *Le recours du voisin en cas d'incendie*, thèse, Paris, 1923 ; — DUFOURMANTELLE, *Journal des assurances*, 1922, p. 99, nos. ; — CESBRON, *Journal des Notaires*, 1922, p. 529.

(5) Paris, 19 mars 1923, *Gaz. Palais*, 1923, 1, 55, et 14 avril 1923, *Gaz. Palais*, 4 septembre 1923.

(6) A notre avis, en apportant une exception à l'application normale de l'article 1384, la loi du 7 novembre 1922 consacre la théorie de la responsabilité du fait des choses. Mais il faut avouer que l'exception est trop générale pour pouvoir se justifier par de bons motifs. Voir sur la non application aux rapports entre locataires : Cass. Civ., 31 juillet 1922, S. 1923, 1, 80, note HUGUENEY.

les établissements travaillant pour la défense nationale, « loi d'avant-garde dans le développement de la responsabilité » [1], il votait aussi une loi sur la communication fortuite de l'incendie pour briser une jurisprudence qui avait élargi le principe de la responsabilité d'une manière jugée dangereuse. Il serait sans doute illusoire de chercher à concilier les idées qui ont inspiré ces deux lois. Leur vote concomitant est tout simplement la preuve que, privé d'idées directrices, notre droit civil actuel hésite dans ses solutions.

Cette hésitation est apparue dans l'arrêt de la Chambre civile qui a refusé d'appliquer l'article 1384 aux immeubles, parce que l'article 1386 existe et suffit. On ne pouvait justifier par des arguments rationnels l'intérêt que peut avoir pour la détermination de la responsabilité civile le caractère mobilier ou immobilier de l'instrument du dommage [2]. Aussi cette jurisprudence n'a-t-elle pu se maintenir et l'article 1384 a été étendu aux immeubles [3] absorbant dans les dispositions de l'article 1386 devenu presque sans objet.

Bientôt le principe de la responsabilité du fait des choses a envahi le domaine de la responsabilité civile tout entier. L'article 1384, § 1 tend à remplacer comme principe général l'article 1382. Les tribunaux ne savent plus comment limiter la règle qu'ils ont fait sortir des textes du Code et les arrêts se succèdent sans qu'apparaisse un principe de distinction.

(1) Duez, *Revue de droit public*, 1922.

(2) Cass. Civ., 26 juin 1924, D. 1924. 1, 159, S. 1925, 1, 65 ; Cass. Req., 10 février 1925, D. 1925, 1, 97, note Josserand, S. 1925, 1, 65. — Il faut d'ailleurs noter que quelques semaines plus tard la Cour de Cassation appliquait l'article 1384 avec accidents causés par les automobiles : Cass. Civ., 29 juillet 1924, D. 1925, 1, 5, note Georges Ripert, S. 1924, 1, 321, note P. Esmein.

(3) Cass. Req., 6 mars 1928, D. H. 1928, 197, S. 1928, 1, 225, note Hugueney : Montpellier, 9 juin 1928, *Gaz. Palais*, 1928, 2, 170 ; Tarbes, 18 juin 1929, *Gaz. Palais*, 1929, 2, 397 ; Besançon, 18 mars 1931, D. H. 1931, 260. — Comp. la formule de l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930, D. H. 1930, 129, visant les choses inanimées en général et non les choses mobilières comme les arrêts antérieurs.

115. — Laissant de côté les moyens techniques par lesquels ils avaient élargi le domaine de la responsabilité civile sans abandonner l'idée de faute, les juristes ont cherché le principe nouveau qui pût fonder le droit à réparation. Ils ont dit : le dommage doit être attribué à celui qui l'a causé, parce que les risques doivent peser sur l'auteur de l'acte. Risque professionnel, risque de la propriété, *risque créé*, ce sont là des formules d'attribution [1].

Je préfère cette expression à celle de *responsabilité objective* que l'on emploie souvent pour préciser que l'analyse de la conduite du sujet n'est pas nécessaire. Une responsabilité qui serait objective constituerait un retour à la règle barbare de la vengeance exercée sur l'instrument du dommage, et encore cette expression moderne conviendrait-elle bien mal à la rudesse de la règle. Mais risque professionnel ou risque créé, ces mots éveillent l'idée d'une attribution des actes à leur auteur, ce qui après tout est bien une idée de responsabilité subjective.

Il ne faudrait pas croire que dans l'élaboration de cette théorie nouvelle, les esprits n'aient pas été guidés par les plus hautes considérations morales. La répétition du même genre de dommages, causés par la même catégorie de personnes à la même catégorie de victimes, atteste l'existence d'une inégalité résultant de la vie sociale et crée une nervosité plus grande qui ne permet plus de concevoir le dommage comme fatal. Ces idées devaient

(1) Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897 ; *Le risque professionnel dans le Code civil* (Réforme sociale, 1898, 1, 634) ; — Josserand, *La responsabilité de fait des choses inanimées*, 1897 ; *L'abus des droits*, 1907 ; notes au *Dalloz*, précitées ; *Cours de droit civil*, 2e éd., II, n° 555 ; — Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, thèse, Aix, 1902 ; — Corbesco, *Devoirs moraux et obligations légales*, thèse, Paris, 1903. — Voir les analyses critiques de Gény, *Risques et responsabilité*, *Rev. trimestrielle*, 1902, et de Cézar-Bru et Morin, *La faute, le risque, l'abus du droit* (*Annales de la Faculté d'Aix*, 1906). Comp. les théories de Mataja et de Coviello analysées par Demogue, *Obligations*, II, nos 273 et 274. — Sur la théorie de Saleilles, voir Massigli dans l'*Œuvre juridique de R. Saleilles*, p. 437.

pousser les esprits à ne pas se contenter du vieux principe de la loi Aquilie.

La formule qui résume la théorie du risque, dépouillée de toutes les restrictions d'ordre technique qu'on peut lui apporter, est celle-ci : tout dommage doit être attribué à son auteur et réparé par celui qui l'a causé, parce que tout problème de responsabilité civile se ramène à un problème de causalité [1] ; ou encore : tout fait quelconque de l'homme oblige celui qui a causé un dommage à autrui à le réparer [2].

Cette idée de causalité se trouve bien dans l'article 1382. L'une des conditions de la responsabilité civile, dont l'observation est contrôlée par la Cour de cassation, est l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Mais parce que l'élément faute est au premier rang on n'aperçoit pas l'importance de l'élément causalité, la règle de la liberté de preuve pour les faits matériels permettant d'ailleurs la libre appréciation du juge. Si on fait disparaître l'idée de faute, l'idée de causalité passe au premier plan. Elle se charge de l'idée de responsabilité. L'acte humain traîne après lui ses risques comme une conséquence nécessaire.

Un tel principe paraît avoir le double mérite de satis-

(1) On trouvera dans la thèse précitée de Teisseire une remarquable défense de cette théorie. — Comp. art. 403 Code civil soviétique.

(2) En Belgique, M. le Procureur général Leclercq a défendu à propos des accidents d'automobiles cette idée que le seul fait de causer le dommage pouvait être relevé comme une faute (1927). Cette proposition a soulevé de très vives objections, voy. Rolin, *Quelques remarques sur les engagements résultant des délits et des quasi-délits*, Bruxelles, 1927 ; — P. Esmein, *Les principes de la responsabilité délictuelle*, *Rev. critique*, 1932, p. 458 et s. ; — H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., t. I, n° 385 ; — Procureur général Meyers, *Le problème de la responsabilité en matière d'accidents* (Séance de rentrée de la Cour de Liége, 15 sept. 1931) ; — H. Mazeaud, *Une interprétation belge de l'art. 1382*, D. H. 1928, *Chronique*, p. 21 ; — Fonteyne, *Rev. générale des assurances ou de la responsabilité*, 1929, p. 503 ; — Dabin, *La théorie du procureur général Leclercq*, 1933 ; — Libmann, *La théorie française de la responsabilité du fait des choses et l'interprétation belge*, thèse, Strasbourg, 1933.

faire l'esprit scientifique et d'émouvoir la sensibilité. Reposant sur l'attribution des effets à la cause, il donne à la règle juridique l'aspect de la loi physique et sa rigueur scientifique. Jouant au profit de la victime, il assure dans la plupart des cas la réparation du dommage, et répond à un sentiment de pitié pour le membre souffrant de la société.

La théorie du risque se défend encore à d'autres points de vue. En chargeant l'activité d'une responsabilité éventuelle, elle refreine l'exercice intéressé d'une liberté qui ne veut pas de contrainte, et combat cet individualisme égoïste qui agit sans aucune préoccupation de l'intérêt d'autrui. En protégeant les intérêts matériels et moraux des victimes, elle garantit la sécurité des situations contre les entreprises nocives et, quand une force nouvelle vient menacer les hommes, elle arrête cette force par la menace d'une responsabilité. En établissant entre les hommes des causes nouvelles d'actions en réparation, elle leur fait prendre une plus claire conscience de la solidarité qui les unit.

Il n'est pas étonnant dès lors que des esprits jeunes aient accueilli avec une faveur marquée ces idées nouvelles. Si on veut avoir la preuve de leur influence, il n'y a qu'à se reporter au catalogue de thèses de doctorat de ces vingt dernières années [1].

(1) Aux thèses déjà citées sur la responsabilité du fait des choses et l'abus des droits, ajouter : GERMETTE, *Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité* (Paris, 1903) ; — CORBESCO, *Devoirs moraux et obligations légales* (Paris, 1903) ; — TURICESCO, *La théorie de la faute* (Paris, 1905) ; — WILHELM, *Faute et risque* (Montpellier, 1908) ; — COHENDY, *L'abbé et la responsabilité* (Lyon, 1910) ; — DEGAND, *La faute* (Lille, 1912) ; — ORSAT, *Imputabilité et responsabilité* (Paris, 1912) ; — HUARD, *Faute et risque* (Paris, 1903) ; — TRIANDAFIL, *L'idée de faute et l'idée de risque* (Paris, 1914) ; — LABORDE-LACOSTE, *La responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale* (Bordeaux, 1918) ; — MARTEAU, *La causalité dans la responsabilité civile* (Aix, 1914) ; — SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral* (Poi-

116. — Mais déjà il nous semble que cette faveur soit en décroissance. Les auteurs des traités classiques, M. Planiol, MM. Ambroise Colin et Capitant n'ont jamais consenti à abandonner l'idée traditionnelle [1]. D'autres qui avaient été cités autrefois comme des promoteurs de la théorie nouvelle ont affirmé qu'ils avaient été mal compris [2]. M. Demogue, dans son récent traité des obligations [3], MM. H. et L. Mazeaud [4], M. Lalou [5] dans leurs traités sur la responsabilité civile, M. P. Esmein [6], M. Chauveau [7] l'ont combattue, ont refusé d'accueillir la théorie du risque. Enfin la jurisprudence n'a jamais cessé de fonder la responsabilité sur la faute et je sais bien qu'il ne faut pas se fier aux mots, mais il est tout de même frappant qu'elle n'ait pas abandonné l'idée de faute.

D'où vient donc que la théorie du risque n'ait pas réussi à dominer plus complètement les esprits? On a signalé les

tiers, 1916); — Bettremieux, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile* (Lille, 1921); — Max Vitry, *La détermination du fait de l'homme, de l'animal, de la chose* (Lille, 1922); — Légal, *De la négligence et de l'imprudence comme source de la responsabilité civile délictuelle* (Paris, 1922); — Fairé, *Les transformations des principes de la responsabilité* (Paris, 1923); — Meignié, *Responsabilité et contrat* (Lille, 1924); — Yvonne Chastagnet, *La notion de quasi-délit* (Bordeaux, 1927); — Schmidt, *Faute civile et faute pénale* (Paris, 1928); — Brun, *Rapports et domaine de la responsabilité contractuelle et délictuelle* (Lyon, 1931); — Van Ryn, *Responsabilité aquilienne et contrat* (Bruxelles, 1933).

(1) Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 927; *Etudes sur la responsabilité civile*, *Revue critique*, 1905, 1906 et 1909; — A. Colin et Capitant, 6e éd., II, p. 400; — Beudant et Capitant, *Esquisse d'une théorie générale de la responsabilité civile*, 1906, et dans le *Traité des obligations et contrats de* Beudant, n° 1194.

(2) Hauriou, notes au *Sirey*, 1905, 3, 113 et 1919, 3, 25, et *Traité de droit constitutionnel*.

(3) Demogue, *Obligations*, III, n° 223.

(4) H et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., t. I, nos 35 et s.

(5) Lalou, *La responsabilité civile*, 2e éd., 1932.

(6) P. Esmein, *Revue critique*, 1932, p. 458, *Rev. trimestrielle*, 1933, p. 627.

(7) Chauveau, *Examen synthétique des questions de responsabilité civile*, *Revue critique*, 1933, p. 306. — Voy. aussi Savatier, *Chronique*, D. H. 1931, 9; — Rutsaert, *Le fondement de la responsabilité extracontractuelle*, Bruxelles, Paris, 1930. — Comp. Savatier, *Règles générales de la responsabilité civile*, *Rev. critique*, 1934, p. 409.

difficultés techniques que peut présenter l'application d'un principe trop général. Mais, si le principe est juste, il doit être relativement facile de le mettre en forme et de lui trouver un appareil de soutien. La réalité est autre. Si la théorie du risque n'a pu acquérir la force juridique que l'on demandait pour elle, c'est qu'elle enlève en réalité à la responsabilité civile l'élément moral dont ce principe tire sa force et qui commande sa limitation. Quand la loi de responsabilité est apparue comme une loi physique de création de risques, elle est devenue inadmissible.

On a essayé sans doute de la défendre au nom de la justice sur l'idée du choix nécessaire entre l'auteur et la victime. Quand un dommage s'est produit il n'y a plus, a-t-on dit, qu'une question d'attribution à régler ; ne pas admettre le droit à réparation c'est frapper la victime ; pourquoi la victime plutôt que l'auteur [1] ?

En réalité le choix a été fait par la force obscure du destin. La victime est élue. Les hommes sont habitués à se courber devant la fatalité. Admettre l'action en responsabilité, ce n'est pas attribuer le dommage, c'est en modifier l'attribution naturelle. Or les qualités d'auteur et de victime ont été établies par le hasard et, par sa seule qualité, la victime n'apparaît pas comme préférable à l'auteur. Il faut donc une raison d'attribution du dommage à l'auteur ; où la trouver ?

117. — Quand la théorie du risque entend faire découler la loi de responsabilité de la loi de causalité, elle détruit l'idée morale qui, seule, peut justifier la responsabilité. L'homme se sent responsable des dommages qu'il cause par sa faute, mais non de ceux qu'il cause par son fait sans avoir pu les prévoir ou les empêcher, ou plus exactement il dit qu'il ne les cause pas, et, repoussant l'imputation de faute, détruit en même temps le lien de causalité.

(1) TEISSEIRE, *op. cit.*, p. 152 et suiv.

Le juriste peut-il faire l'analyse qui lui permettra de rattacher un dommage à sa cause et d'étudier l'acte de l'homme même non fautif dans les multiples conséquences qu'il engendre [1] ? On a essayé de la faire et, parmi les antécédents nécessaires d'un dommage, de rattacher particulièrement le dommage à l'un de ses antécédents, soit parce que celui-là est le plus rapproché dans le temps et l'espace de l'effet produit [2], soit parce qu'il a une valeur dynamique et que la victime est restée passive [3], soit parce qu'il est possible dans un choix entre plusieurs antécédents d'éliminer ceux qui sont indifférents et de mesurer l'importance des causes efficientes [4], soit enfin parce que dans un calcul de probabilités il est permis de dire que tel événement est plus que d'autres susceptible de causer tel dommage [5].

Recherche absolument vaine en vérité. Les épithètes sont faciles à trouver : cause probable, efficiente, adéquate, directe, dominante, prépondérante, nécessaire. Mais si l'on veut poser le problème comme un problème scientifique, il faut bien reconnaître que tous les antécé-

(1) GUEX, *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*, thèse, Lausanne, 1904 ; — MARTEAU, *La causalité dans la responsabilité civile*, thèse, Aix, 1914 ; — DEMOGUE, *Obligations*, IV, nos 365 et suiv. ; — PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, VI, nos 538 et s. ; — H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, nos 1417 et s. ; — P. ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile*, *Rev. trimestrielle*, 1934, p. 318, nos 5 à 8.

(2) C'est la théorie de la *causa proxima* qui a été très défendue en Angleterre. — voy. MARTEAU, *op. cit.*, p. 44 ; — DEMOGUE, *Obligations*, IV, no 375 *bis*.

(3) Théorie de BIRKMEYER, analysée par MARTEAU, *op. cit.*, p. 80.

(4) Cette théorie essaie d'appliquer en matière juridique une formule de causalité scientifique. Elle a été soutenue en Allemagne par HORN, G. MULLER, KOHLER, HUTHER, MAYER. On trouvera l'analyse de ces systèmes dans la thèse de M. MARTEAU, p. 61 et suiv.

(5) C'est la théorie dite de la *causalité adéquate*, proposée non sans confusion par VON BAR et dégagée par KRIES, adoptée par THON, LIEPMANN, RUMELIN, TRAGER. — Voy. GUEX, *op. cit.*, p. 77 et suiv., et MARTEAU, *op. cit.*, p. 88 et suiv. — Cette abondance de théories diverses, soutenues dans une langue pseudo-scientifique, est un signe frappant de l'influence des sciences physiques et naturelles sur les conceptions sociologiques allemandes.

dents sont des causes du dommage puisque, l'un de ces antécédents supprimé, le dommage ne se serait pas produit. On dit alors, devant l'impossibilité de choisir, qu'il y a équivalence des conditions [1].

Il est d'ailleurs facile de s'apercevoir que ce problème de causalité est insoluble quand on le pose en dehors de toute question de responsabilité, par exemple pour la détermination de la cause des risques assurés; le seul examen des causes et de l'effet ne permet pas d'attribuer la perte d'un navire à un risque de guerre ou à un risque de mer [2].

Ainsi la recherche de la causalité ne conduit à rien s'il ne s'agit pas de l'attribution des conséquences à un être responsable par son acte et non par les conséquences de son acte. La jurisprudence, fidèle à la théorie de la faute, n'évite pas le problème de la recherche du lien de causalité, mais il lui suffit de trouver une faute dans les antécédents d'un dommage pour qu'elle puisse attribuer le dommage à cet acte fautif en négligeant les autres causes jugées indifférentes ou absorbées par la faute [3]. S'il s'agit au contraire, abandonnant l'idée de faute, de doser la causalité pour énoncer un principe d'attribution et de répartition, il faut nécessairement résoudre ce problème, et il est insoluble [4].

(1) L'idée a été soutenue par Von Buri avant l'apparition de la théorie de la causalité adéquate. « Chaque coactivité, disait-il, cause toute la conséquence ». V. Marteau, *op. cit.*, p. 128 et suivantes.

(2) Cette question a été très discutée pour les risques survenus pendant la guerre de 1914 à 1918. Elle a donné lieu à une jurisprudence très fournie et l'on a vu reparaître la théorie de la *causa proxima* et de la cause dominante. V. Georges Ripert, *Droit maritime*, 3e éd., t. III, nos 2680 et suiv.; — Audouin, *Rev. int. du droit maritime*, XXXIII, p. 1 et 239; — Aubrun, note au D. 1920, 2, 49; — Cass. Civ., 25 nov. 1924, D. 1925, 1, 12, S. 1926, 1, 129.

(3) Voy. par exemple : Cass. Req., 25 novembre 1923, D. 1925, 1, 12, S. 1926, 1, 129, note Hubert; Cass. Req., 18 mai 1925, D. H. 1925, 385 (responsabilité du notaire); Cass. Req., 1er mai 1923, *Gaz. Palais*, 25 septembre (recel d'objets volés).

(4) Dans le cas où il y a faute partagée la jurisprudence n'admet pas le recours de la victime pour l'intégralité du dommage mais elle

En essayant de transporter dans le monde juridique une loi physique de causalité efficiente, la théorie du risque, cédant à un faux esprit scientifique, a en réalité introduit dans le droit un esprit matérialiste qui me paraît évident. Il importe peu que les partisans de cette idée nouvelle aient su lui donner une haute valeur sociale en s'en servant pour développer et affiner la règle de responsabilité. Ils ont ainsi corrigé ou dissimulé la matérialité du principe, mais le principe reste que la morale ne connaît pas.

118. — Ne peut-on pas du moins voir dans le lien de causalité un simple élément de technique juridique et chercher le fondement du principe nouveau dans sa valeur sociale? On a présenté ce principe comme réalisant ou aidant à réaliser la solidarité sociale.

De la constatation de la loi de solidarité est-il possible de tirer une règle de réparation? Je ne le crois pas, à moins qu'on ne déforme l'idée de solidarité. Il est certain qu'aucune action humaine ne peut voir ses effets limités par celui qui l'accomplit; elle fortifie ou ébranle des situations acquises. Mais c'est justement parce que ces répercussions sont fatales que l'on ne peut conclure de la constatation du mal à l'obligation de la réparation. Dans la grande mêlée de la vie, « nul ne peut se vanter de se passer des hommes », ni de jamais leur nuire. Toute supériorité matérielle ou morale que nous acquérons est acquise aux dépens de quelqu'un; c'est la vie; et la nature nous donne le spectacle de la lutte incessante [1].

tient compte de la gravité des fautes respectives de l'auteur et de la victime et du degré de causalité. De même, au cas de faute de plusieurs coauteurs du dommage.

(1) M. Em. Lévy (*Responsabilité et contrat*, *Revue critique*, 1899, p. 361, 383) déclare qu'il y a responsabilité si on trompe la confiance légitime d'autrui et qu'il n'y en a aucune dans la mesure où l'on a besoin d'avoir confiance en soi pour agir. Et cela pourrait bien se ramener à l'idée de faute si cette proposition ne s'appuyait pas sur une détermination préalable de la limite des activités basée sur des considérations d'idée sociale. — Comp. Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse, Montpellier, 1901.

D'ailleurs, si l'attribution des conséquences à l'acte était imposée par la loi de solidarité, il faudrait logiquement admettre que l'homme, tenu de supporter les dommages causés par ses actes, peut récupérer les profits créés pour autrui par son activité. Celui qui a les risques devrait avoir les profits. Or, si cette formule a été proposée dans la théorie de l'enrichissement sans cause, elle n'a eu aucun succès (n° 141). L'échec de la contre-démonstration suffirait à prouver la fragilité logique de la théorie du risque.

Il est vrai qu'on pourrait dire avec Duguit : la règle de droit impose la réalisation d'une certaine solidarité sociale ; celui qui nuit à autrui fait un acte contraire à l'idée de solidarité, donc un acte par cela même illicite. C'est un raisonnement hasardé. La seule observation des faits ne peut conduire qu'à constater scientifiquement la répercussion fatale des actes et par conséquent la production des dommages. Pour admettre une règle de droit imposant l'observation de la solidarité, il faut « qu'elle corresponde au sentiment que la masse des esprits se fait de la justice » [1]. C'est un rajeunissement positiviste de l'idée du droit naturel à contenu variable [2]. D'ailleurs, Duguit n'abandonne pas le vieux principe de la responsabilité pour faute [3].

119. — Si tout au moins l'idée de solidarité peut être défendue au point de vue de l'organisation économique de la société, ne va-t-on pas trouver là une présentation nouvelle de la théorie de risque ? Il s'agirait tout simplement d'attribuer et de répartir les dommages, et la loi les

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e édit., I, p. 95.
(2) Gény, *Science et technique*, t. II, nos 115 et suiv., p. 191, et *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de M. Duguit*, *Revue trimestrielle*, 1923, p. 779, reproduit dans *Science et technique*, IV, p. 159.
(3) Duguit, *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 139 ; *Traité de droit constitutionnel*, I, p. 94-95.

attribuerait à celui qui se révélerait le mieux à même de les supporter parce qu'il les a causés par son activité. C'est bien là l'idée du risque professionnel, qui ne tient aucun compte des fautes respectives du patron ou de l'ouvrier, mais fait peser le risque sur l'exploitation.

La règle ainsi présentée n'a de valeur que si l'organisation économique permet de l'appliquer. Si l'assurance n'existait pas, le risque professionnel aurait écrasé les petits patrons. L'idée est d'ailleurs difficile à appliquer pour le travail domestique (Loi du 2 août 1923) [1]. Sans doute l'assurance-responsabilité peut se généraliser, mais si on l'applique à toutes les personnes et à tous les risques, elle arrête l'activité sous la charge de la garantie.

Il ne faut pas oublier, en effet, qu'en dehors des accidents de personnes, le dommage se traduit par une atteinte au patrimoine. On parle toujours de la création du risque, on oublie trop facilement que le risque pour être subi suppose la possession de biens. Si le propriétaire d'un immeuble où le feu éclate fait courir des risques à son voisin, c'est parce que le voisin expose lui-même en risques un immeuble ; si le passant qui tombe fortuitement sur un trottoir brise la glace de luxe d'un grand magasin, c'est parce que ce magasin a exposé aux risques de la circulation un objet de prix [2]. Elargir l'application de l'action de réparation, c'est au fond défendre contre les initiatives les situations acquises.

C'est peut-être pour cette raison qu'au début du xxe siècle, la théorie nouvelle a rencontré de la faveur. Dans un monde qui désirait avant tout la sécurité, il était naturel que l'on condamnât facilement l'homme qui la troublait.

(1) Dans leur récent traité des *Accidents du travail* (1934), MM. Rouast et Girard ont abandonné l'idée du risque professionnel ou du risque créé pour y substituer l'idée du risque d'autorité (nos 15 à 19, p. 20 et s.).

(2) Ihering parlait avec raison de la *réceptivité personnelle* de la victime.

Celui qui imagine une nouvelle installation industrielle, qui invente un mode de transport nouveau, qui se livre à une expérience dangereuse, qui crée un aménagement perfectionné et délicat, introduit dans la société humaine un risque pour ceux qui jouissent en paix des biens acquis. Il faut l'empêcher d'agir, ou tout au moins de nuire.

On pouvait espérer qu'une génération nouvelle qui a été tout d'abord ardente aux sports, puis lancée dans la guerre, et qui a compris la valeur de l'initiative, serait plus désireuse d'action que de sécurité, admettrait moins facilement que les grands courages et les puissances initiatives soient ligotés par la crainte de la responsabilité. Il ne semble pas que tel soit son désir et, sous l'influence d'idées sociales nouvelles, la règle de la réparation de plein droit du dommage causé fait des progrès incessants. L'homme est hanté par l'idée de protéger les biens et les droits qu'il a pu acquérir [1].

120. — Mais cette réparation largement accordée élargit-elle vraiment la responsabilité ? En apparence seulement. Car, et c'est là qu'il faut en arriver, dans le désir d'élargir le domaine de la responsabilité, la théorie du risque fait en réalité disparaître l'idée même de responsabilité. S'il ne s'agit que d'appliquer une loi mécanique de cause ou une loi économique de répartition, la réparation civile n'est plus qu'une charge de l'activité, de la propriété et de l'exploitation. Cette charge légale est semblable à celle que l'on aurait pu volontairement assumer dans un contrat ; la responsabilité délictuelle apparaît de même nature que la contractuelle. Ou bien elle est semblable à la charge légale de l'impôt ; elle frappe d'après l'importance de la fortune acquise et de l'activité déployée, et non de l'activité coupable.

(1) SAVATIER, *Vers la socialisation des risques et de la responsabilité*, D. H., 1931, *Chronique*, p. 9 ; *Règles générales de la responsabilité civile. Rev. critique*, 1934, page 309.

Il appartient alors à chacun de nous de se garantir à l'avance contre le risque qui pourrait l'écraser. L'assureur, en prenant la charge du risque moyennant le forfait de la prime, donne la sécurité demandée et cette assurance de responsabilité crée en réalité une dangereuse irresponsabilité [1].

D'autre part, si on peut connaître à l'avance la victime, et la chose est possible dans un certain cercle d'activité, on lui demandera de renoncer à toute réparation en lui payant au besoin cette renonciation par un avantage particulier ; d'où la pratique des clauses de non-responsabilité que l'on ne trouve plus aucune raison de condamner.

Cette possibilité de garantie explique d'ailleurs pourquoi les lois étendant les cas de réparation sous le couvert de l'idée de risque ont été si facilement acceptées. Les auteurs responsables ont assuré leur propriété ou leur exploitation contre les risques. Ils ont la charge de la prime. S'ils sont exploitants une loi d'incidence ne leur laisse pas cette charge, s'ils ne le sont pas il la font figurer parmi les dépenses que le luxe permet. Finalement ils ont acquis l'irresponsabilité complète de leurs fautes. C'est pour cette raison que la législation sur les accidents de travail a été étendue sans protestation à tous les genres d'exploitation. Le patron responsable a toujours trouvé un assureur.

C'est pour cette raison aussi que l'application démesurée de l'article 1384 § 1 a été si facilement acceptée. C'est surtout à propos des accidents d'automobiles que cette jurisprudence s'est affirmée. Or tout automobiliste est assuré contre le recours des tiers. Au fond il est irresponsable

(1) Notre ancien Droit n'admettait même pas l'assurance complète (Ord. de 1681 sur la Marine, liv. III, tit. VI, art. 18 et 19). Les polices d'assurances maritimes limitent aux neuf dixièmes la garantie du recours des tiers : Georges Ripert, *Droit maritime*, 3e éd., III, nos 2518 et 2637.

et tout se passe comme s'il y avait une réparation légale des accidents, réparation payée à l'avance par les exploitants sous la forme des primes d'assurance. Il serait plus simple de le dire franchement [1].

121. — La résistance de la doctrine et de la jurisprudence françaises à une généralisation de la théorie du risque prouve qu'au fond nous n'avons pas perdu l'idée que la responsabilité civile n'est que l'organisation juridique technique de la responsabilité morale.

L'idée de réparation est une des plus vieilles idées morales de l'humanité. Elle a été mise au premier rang par la morale chrétienne. Le repentir ne suffit pas à effacer la faute si la réparation du dommage n'a pas été fournie. L'homme a le sentiment de sa responsabilité ; « il s'estime faillible et en même temps responsable » dit M. Hauriou [2], et il a ce sentiment aussi que cette responsabilité s'effacera s'il répare le mal causé.

L'homme doit agir ; agir comporte des risques pour soi-même et pour les autres ; qu'importe, puisque l'action est la loi de l'homme. Mais l'homme ne doit pas mal agir et il agit mal quand il cause à autrui un dommage qu'il aurait pu prévoir, empêcher, ou atténuer. Il doit alors dire : *mea culpa*, et, puisque le mal est fait, le réparer [3].

Il est des cas où le devoir moral est bien clair. Ceux qui ont agi contre l'honnêteté, contre la légalité ont conscience de leur faute. Il est des cas où le devoir moral est plus incertain ; celui qui agit honnêtement, mais maladroitement, ne s'avoue pas à lui-même que le dommage

(1) Voy. M. Picard, *Pour une loi sur les accidents d'automobiles*, *Rev. des assurances*, 1932, p. 5 ; — Lalou, rapport à la Société d'Etudes législatives, *Bulletin*, 1932, p. 80 et discussion, p. 196, 1933, p. 30.

(2) Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1932, p. 19.

(3) Comp. Fauconnet, *La responsabilité*. Thèse, lettres, Paris, 1920, p. 370 : « La négligence révèle les mauvaises habitudes mentales. »

provient de sa maladresse et il est prêt à accuser autrui [1]. Le devoir moral de réparation naît de la condamnation civile prononcée contre l'auteur. L'homme vivant en société doit se soumettre aux lois de la cité, et, quand il a été jugé que l'imprudence de son action a causé un dommage, il doit s'incliner devant le jugement de condamnation [2].

Il est enfin des cas où l'action apparaît comme irréprochable parce qu'elle est accomplie conformément aux règles légales, par exemple un industriel exploite un établissement après autorisation et suivant les règles imposées. Les tribunaux n'hésitent pourtant pas à le condamner si les inconvénients qu'il cause à ses voisins excèdent la mesure normale de l'obligation de voisinage. On a vu dans ces condamnations une consécration de l'idée du risque parce que les tribunaux, bien que ne prononçant pas le mot de risque, n'osent plus parler de faute. La faute existe pourtant. Elle consiste non à commettre l'acte, mais à ne pas réparer le dommage. Nous sommes dans des hypothèses où l'action nocive est tolérée et admise à cause de son utilité. Il y a dans ce cas, imposée par la loi ou la jurisprudence, une obligation de réparer le dommage causé. L'auteur du dommage qui n'offre pas spontanément la réparation viole donc l'obligation légale qui lui incombe. Si on a pu reprocher légitimement à Planiol de créer ainsi arbitrairement des obligations légales afin de les faire violer [3], c'est parce que qu'il n'a pas voulu donner à ces obligations légales un fondement solide en y voyant la simple traduction et la consécration de l'obligation morale. Quand on commence par poser cette règle morale que, même faisant un acte permis par

(1) Voir Fauconnet, *op.* et *loc. cit.*
(2) Voy. Dabin, *Philosophie de l'ordre juridique positif*, 1929, p. 551 ; — Joatton, *Essai critique sur la théorie générale de la responsabilité civile*, 1933.
(3) Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, nos 863 et suiv.

la loi, l'homme doit dans certains cas réparer les suites fâcheuses de cet acte, on ne peut que reconnaître la faute de celui qui n'a pas réparé le dommage causé. Ce qui est exact c'est que dans ce cas la règle générale ne suffit pas et que la loi ou la jurisprudence doivent préciser l'étendue de l'obligation.

122. — Quand on maintient ainsi la responsabilité civile sur le principe fondamental de la faute, on a, semble-t-il, quelque peine à expliquer sans le désavouer le mouvement législatif qui a conduit à admettre dans un certain nombre de cas la réparation sans faute. Il s'agit justement de savoir si ces lois sont bien, pour la plupart du moins [1], des lois de responsabilité et je ne le crois pas.

Les lois successives sur les accidents de travail qui ont établi et appliqué le principe du risque professionnel sont au fond des lois d'assurance, car elles déplacent et divisent les risques évalués forfaitairement [2]. C'est pour cela que le fait du travail comprend le cas de force majeure et aussi la faute de l'ouvrier, pourvu qu'elle ne soit pas inexcusable, alors que l'application de la loi de causalité donnerait une solution plus restrictive. La jurisprudence a pu élargir la notion de *fait du travail* sans que la conscience en soit choquée, car ce n'est pas comme responsable de ses actions que le patron est tenu de réparer les accidents [3]. Au surplus, le risque professionnel n'a pu s'appliquer en pratique que parce que le patron a divisé par l'assurance le risque mis à sa charge.

(1) Il est par exemple certain que la loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne établit pour le dommage causé aux tiers à la surface une règle de responsabilité sans faute.

(2) Comp. Duguit, *Les transformations générales du droit privé*, 1912, p. 142.

(3) Rouast, *Le lien de causalité entre les accidents du travail et le dommage* (*Revue des assurances*, 1932, p. 679). — Japy, *La relation de cause à effet dans les accidents du travail*, thèse, Paris, 1933.

La responsabilité que la jurisprudence fait peser sur les exploitants d'automobiles est tout simplement la charge d'un risque. Les tribunaux le savent très bien. Ils condamnent souvent même quand la faute de la victime est démontrée et ils prennent soin de ne condamner que dans les limites de l'indemnité d'assurance.

De même les civilistes ont eu bien tort de se laisser hypnotiser par les lois qui ont établi une obligation de réparation à la charge de l'Etat ou des personnes morales publiques : loi du 8 juin 1895 sur la revision des procès criminels, loi du 16 avril 1914 sur la responsabilité des communes au cas de dommages causés par les attroupements, loi du 17 avril 1917 sur la réparation des dommages de guerre, loi du 24 juin 1919 sur la réparation due aux victimes civiles de la guerre, loi du 23 mai 1921 sur les accidents causés à des tiers par les établissements travaillant pour la défense nationale. L'exposé des motifs de cette dernière loi ne dit-il pas : « L'accident constitue une sorte de risque industriel dont on peut s'attendre à voir le principe bientôt inscrit dans nos lois ».

Il n'y a enfin aucun rapport entre la responsabilité qui pèse sur l'Etat à raison de l'exécution des services publics et la responsabilité que le Code civil impose aux personnes privées par cette excellente raison que l'Etat a envers les administrés des obligations qui ne ressemblent en rien aux devoirs d'un homme envers ses semblables [1]. A ce point de vue encore, les civilistes ont eu le tort de consulter la jurisprudence administrative comme si elle pouvait servir de modèle à la jurisprudence civile [2].

(1) Cot, *De la responsabilité civile des fonctionnaires publics*, thèse, Paris, 1923, p. 230 ; — Duez, *Le développement jurisprudentiel de la responsabilité de la puissance publique*, *Revue critique*, 1925, p. 588.

(2) Encore faut-il ajouter que l'idée de faute demeure même dans la responsabilité de l'Etat et des personnes publiques. Voyez Mestre, *Morale et obligation civile*, *Rev. trimestrielle*, 1926, p. 51.

D'ailleurs aucune de ces règles de réparation ne parvient à étouffer la grande règle de responsabilité civile. Les lois sur les accidents de travail ont bien réussi à supprimer l'appréciation de la faute, mais elles ont dû s'arrêter devant la faute volontaire et la faute inexcusable ; elles ont maintenu le recours contre l'auteur responsable de l'accident. La responsabilité de l'Etat n'a pas fait disparaître la responsabilité personnelle des fonctionnaires publics [1]. L'Etat, quand il est tenu d'obligations légales envers les particuliers ne néglige pas d'exercer les actions contre les tiers qui ont mis en jeu ses obligations. C'est ainsi par exemple qu'il réclame aux compagnies de chemins de fer responsables d'un accident une indemnité à raison des pensions d'invalidité qu'il sert aux militaires blessés dans leur service [2]. Il y a donc en quelque sorte une superposition de l'obligation de réparation à la responsabilité pour faute. Il faudrait une généralisation de cette obligation pour faire disparaître la règle de responsabilité délictuelle.

123. — Il faut alors se demander si cette réforme de nos lois civiles est souhaitable. Tout en constatant que la théorie du risque n'est consacrée que dans certaines lois particulières, on a pu considérer ces lois comme les premières manifestations d'une conception nouvelle qui supplanterait définitivement la vieille théorie de la responsabilité délictuelle.

(1) Fliniaux, *Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la personne morale en droit administratif*, *Rev. de droit public*, 1921, p. 333 ; — Jèze, *Revue de droit public*, 1914, p. 569, et 1919, p. 62 ; — Cot, thèse précitée, p. 273 et suiv. ; — Fairé, *La transformation de principe de la responsabilité en droit public et en droit privé*, thèse, Paris, 1913, p. 135 et suiv.

(2) Sur les difficultés naissant de ce cumul d'actions en responsabilité voyez Demogue, *Obligations*, IV, nos 606 et suiv., p. 281 et suiv. ; — Doby, *Le recours des administrations publiques contre les tiers responsables des accidents survenus à leurs agents*, thèse, Paris, 1931 ; — Capitant note au D. 1932, 1, 159.

Ceux qui ont soutenu ces idées ont été inspirés par le désir de ne pas laisser des dommages sans réparation. C'est une pensée généreuse. Le tort a été de chercher à élargir la responsabilité en la dépouillant de l'idée de faute qui seule peut l'expliquer : « Nous commençons à nous rendre compte, écrivait Hauriou, que la vie morale des hommes et, par conséquent leur vie sociale, n'est pas sujette à tant de nouveautés, qu'elle reste au contraire singulièrement identique à elle-même, qu'elle repose sur un petit nombre de théories dont le fond ne varie pas » [1]. Et il disait aussi : « Le vieux fleuve du droit subjectif continue de couler paisible à côté de celui de droit objectif » [2].

Il ne faudrait pourtant pas négliger, par le désir de revenir aux conceptions anciennes et un mépris injustifié des nouvelles, le travail de ces trente dernières années, ni avoir la prétention de faire tenir toute la théorie de la responsabilité civile dans les quelques pages que Pothier, dans son traité des obligations, consacre aux délits et aux quasi-délits civils. Ce serait méconnaître tout le progrès que des recherches juridiques plus poussées ont apporté à l'étude de cette responsabilité.

Ce progrès a consisté, par l'analyse des situations et la recherche des causes, à marquer les contours de l'obligation morale qui défend de causer injustement un dommage à autrui [3]. Sanctionné par la décision du juge, le devoir moral devient obligation juridique. On avait autrefois cette idée qu'était irréprochable, celui qui agissait

(1) HAURIOU, Note au S. 1918 19, 3, 25.

(2) HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 19.

(3) On comparera à cette notion française la notion anglaise de « *tort* », définie par JENKS « la violation d'un devoir créant une obligation » (*Digest*, 722). V. LÉGAL, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle*, thèse, Paris, 1922, p. 77, et sur la tendance générale du droit anglais a tenir compte de cette notion de devoir (*duty*), LÉVY-ULLMANN, *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit anglais et du droit anglo-américain ?* p. 16.

honnêtement, correctement, en bon père de famille. Nous sommes aujourd'hui plus difficiles. Il nous apparaît que dans la vie sociale moderne où règne l'inégalité de puissance et la lutte des intérêts, il est du devoir de chacun de nous de considérer tous les dommages qu'il peut causer et d'apprécier s'il n'en doit pas en justice réparation, parce qu'il a créé des risques pour les autres, en retirant pour lui-même profits ou plaisirs.

C'est, dira-t-on, la formule même de la théorie du risque. La formule n'est point inexacte dans cette théorie, mais bien l'idée sur laquelle elle repose. Ce n'est pas parce qu'il a causé le risque que l'auteur est tenu à réparation, c'est parce qu'il l'a causé *injustement*, ce qui ne veut pas dire contrairement au droit, mais contrairement à la justice. La responsabilité civile n'est que la détermination et la sanction légale de la responsabilité morale. Il faut voir comment cette idée gouverne la technique de la responsabilité.

§ 2. — Organisation technique de la responsabilité civile sur le fondement moral.

124. Le fait de l'homme et le fait des choses. — 125. La conscience : responsabilité de l'aliéné et de l'enfant. — 126. Le fait d'autrui. — 127. Responsabilité des personnes morales. — 128. Des devoirs et des fautes. — 129. Le droit à réparation. — 130. La faute de la victime. — 131. Le montant de la réparation. — 132. Valeur des clauses de non-responsabilité.

124. — Essayons, maintenant que le principe de la responsabilité civile est retrouvé sous l'apport des théories nouvelles, de voir comment il commande et éclaire toutes les solutions qu'il faut admettre en matière de responsabilité civile.

Tout d'abord il faut un *fait de l'homme*, puisqu'il faut une faute. La loi civile peut présumer la faute ; une pré-

somption n'est jamais qu'une dispense ou même un déplacement de la preuve. La nature du dommage ou sa cause initiale peut faire présumer la faute. Mais la présomption n'est possible que si la constatation du dommage permet de découvrir un acte fautif.

Nous nous retrouvons ici en présence de la fameuse théorie de la *responsabilité du fait des choses inanimées.* C'est un procédé technique régulier que de présumer la faute de celui qui a la garde d'une chose lorsque cette chose a été l'instrument du dommage. Mais peut-on déclarer la présomption irréfragable ainsi que les arrêts de la Cour de cassation semblent obliger à le faire ?

On a dit alors, non sans raison, que la responsabilité du fait des choses était purement légale ou objective, qu'elle ne reposait plus sur la faute, puisqu'elle ne supposait pas un fait de l'homme, mais un fait de la chose. En apportant une exception pour la communication de l'incendie, la loi du 7 novembre 1922 a rendu la confusion des idées extrême, car, si le principe est juste, l'exception relative à un certain genre des risques ne se comprend pas.

La confusion ne remonte-t-elle pas plus loin et ne provient-elle pas de l'emploi même d'une expression défectueuse ? Peut-on parler du *fait* des choses *inanimées* et les mots ne jurent-ils pas ? Il y a bien un fait de l'animal parce que l'animal, sans avoir une personnalité, a une activité. Il y a des choses qui paraissent avoir un dynamisme personnel ; la machine, « la bête humaine », agit parfois comme un animal furieux : elle fait explosion, communique l'incendie, blesse ou tue ; mais c'est pure apparence que ce fait de la chose, puisque la chose n'a pas de vie, puisque sa force interne est une création de l'homme. C'est l'homme qui produit la vapeur, capte l'électricité, conduit la flamme, mélange les gaz. La chose

est l'instrument du dommage, elle ne peut en être la cause [1].

On le voit bien, d'ailleurs, dès qu'il s'agit de choses qui sont sous l'action directe de l'homme. La jurisprudence a tout d'abord déclaré que l'article 1384 du Code civil était inapplicable aux choses inanimées, mues ou dirigées par la main de l'homme, par exemple un appareil de levage mû à la main [2], une bicyclette [3], une voiture automobile dirigée par un conducteur [4], un navire [5]. On a fait remarquer que la distinction aboutit à cette conséquence singulière que la victime d'un accident est dans une situation plus difficile quand elle a été blessée par une machine dirigée par la main de l'homme que lorsque la blessure provient d'une chose qui n'est pas soumise à cette action [6]. Alors les tribunaux ont appliquer l'article 1384 même aux choses qui sont sous la direction immédiate de l'homme [7]. La Cour de Cassation décida que, au cas d'accident d'automobile, il y avait lieu à la responsabilité de fait de choses [8]. Mais cette décision n'a pas été accueillie sans discussion [9] et il a fallu

(1) G. Ripert, Note au D. 1922, 1, 25. — Voir Max Vitry, *La détermination du fait de l'homme, de l'animal, de la chose.* Thèse, Lille, 1922; — Crouzel, *La responsabilité de fait des animaux et de fait des choses, Rev. trimestrielle*, 1925, p. 29.

(2) Dijon, 22 janvier 1907, D. 1910, 2, 132.

(3) Cass. Req., 12 juin 1899, D. 1901, 1, 42.

(4) Cass. Req., 22 mars 1911, D. 1911, 1, 354, S. 1914, 2, 213; Orléans, 25 février 1909, D. 1911, 2, 307; Bordeaux, 26 octobre 1909 et 23 mars 1910, D. 1912, 2, 255. Voir sur ces décisions nos observations, *Revue critique*, 1911, p. 139, 1912, p. 202, 1913, p. 206.

(5) Nice, 20 décembre 1912, *Gaz. Tribunaux*, 1913 (1er semestre), 2, 229.

(6) A. Colin et Capitant, 7e éd., t. II, p. 403 et note 1.

(7) Aix, 7 janvier 1924, *Revue de droit maritime comparé, Suppl.*, t. 2, p. 151 (navire). Comp. Cass. Req., 27 octobre 1924, D. 1925, 1, 11.

(8) Cass. Civ., 29 juillet 1924, D. 1925, 1, 5, note G. Ripert, S. 1924, 1, 321, note P. Esmein. Comp. Cons. d'Etat, 22 décembre 1924, D. 1925, 3, 9, note J. Appleton, S. 1926, 3, 1.

(9) Voy. notamment Vienne, 2 janvier 1925, D. H. 1925, 150; Nîmes, 9 janvier 1925, D. H. 1925, 251; Riom, 22 janvier 1925, D. H. 1925, 189; Trib. Seine, 21 février 1925, D. H. 1925, 190; Rouen, 17 mars 1925, D. H. 1925, 330; Lectoure, 10 avril 1925, D. 1925, 2, 105, note

un nouvel arrêt pour fixer la jurisprudence [1]. Les Chambres réunies ont du l'imposer [2].

En réalité l'expression « responsabilité du fait des choses » signifie simplement que dans la recherche de la responsabilité on peut faciliter à la victime la preuve de la faute de l'auteur en lui permettant d'attaquer celui qui, sans avoir créé peut-être le danger, a la garde de la chose dangereuse. Mais, pour que la personne ainsi recherchée puisse être déclarée responsable, il faut qu'il y ait une faute dans la garde ou l'usage de la chose [3]. La faute consiste à ne pas prendre la précaution utile pour que la chose ne soit pas nocive ou, si de telles précautions sont impossibles, à se servir d'une chose dangereuse. Ce n'est pas parce que la chose est la cause du dommage que le gardien est responsable, c'est parce que la nature du dommage causé fait apparaître immédiatement la faute du gardien de la chose [4].

JOSSERAND ; Angers, 10 juin 1925, D. H. 1925, 551 ; Rennes, 16 juin 1925, D. H. 1925, 508 ; Narbonne, 2 juillet 1925, D. H. 1925, 530 ; Paris, 13 janvier 1926, D. H. 1926, 185 ; Angers, 20 avril 1926, D. H. 1926, 386 ; Montpellier, 11 juin 1926, D. H. 1926, 540 ; Angers, 25 juin 1926, D. H. 1926, 538 ; Paris, 10 juin 1926, D. H. 1926, 521. — Voy. SAVATIER, Note au D. 1925, 2, 41.

(1) Cass. Civ., 21 février 1927, D. 1927, 1, 47 note G. RIPERT, S. 1927, 1, 137, note P. ESMEIN. — Aj. Civ. 26 octobre 1927, D. H. 1927, 557, S. 1928, 1, 89, 28 février 1928, D. H. 1928, 193.

(2) Cass. ch. réunies, 13 février 1930, D. 1930, 1, 393, note G. RIPERT S. 1930, 1, 121 note P. ESMEIN. V. sur cet arrêt JOSSERAND, *Chronique*, D. H. 1930, 25 ; 1931, 69 ; CAPITANT, *Chronique*, D. H. 1920, 29, 1931, p. 53. — Aj. Civ. 14 avril 1930, D. 1931, 1, 81, note SAVATIER ; Req. 28 avril 1931, D. H. 1931, 317. — LALOU, *Les choses inertes et l'art. 1385*, D. H. 1933, *Chronique*, p. 93. — H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., t. II, 1934, nos 1195 et s.

(3) D'après la jurisprudence qui applique ici l'article 1384, la responsabilité n'est pas attachée à la propriété ou à l'usage, mais à la garde de la chose (Cass. Req., 3 juin 1904, D. 1907, 1, 117 ; Lyon, 23 juillet 1908, D. 1909, 2, 215). Pour la responsabilité du fait des animaux, la jurisprudence n'a pas admis en général qu'il y ait responsabilité du gardien qui n'a pas l'usage de l'animal : Alger, 18 janvier 1899, D. 1901, 2, 14 ; Douai, 31 mars 1903, D. 1904, 2, 453 ; Chambéry, 5 juin 1906, D. 1907, 5, 10 ; Rennes, 19 mars 1907, S. 1907, 2, 168. Mais il y a des hésitations : Cass. Civ., 19 janvier 1910, D. 1911, 1, 131.

(4) MAZEAUD, *La faute dans la garde*, *Rev. trimestrielle*, 1925, p. 793 ; — A. BESSON, *La notion de garde*, thèse, Lyon, 1929.

Ce n'est donc pas sur le fait de la chose que doit porter l'attention du juge. Ce fait établit une présomption de faute, mais ce n'est qu'une présomption. Pour que la faute existe, il faut qu'il y ait une obligation particulière de garder la chose. La présomption de faute peut bien être irréfragable en ce sens que le gardien de la chose ne peut pas démontrer qu'il n'a pas commis de faute, mais ce caractère irréfragable se justifie justement parce que la seule arrivée du dommage établit que le gardien a manqué à son obligation. C'est cette obligation qu'il faut retrouver. Elle n'existe que s'il y a un devoir particulier de garder la chose à raison des dangers possibles qu'elle présente. On doit garder une machine en action, des matières inflammables ou explosives, un véhicule en marche. On ne doit pas garder un siphon d'eau gazeuse sur une table de café, une canalisation de gaz dans un immeuble, des fûts de résine sur un quai de gare, un immeuble même qui peut être incendié par un tiers [1]. Voilà pourquoi la loi du 7 novembre 1922 a paru juste en tant qu'elle s'applique à la communication de l'incendie parce qu'on a songé à l'incendie communiqué par un immeuble ou par une chose mobilière non dangereuse, mais elle constitue sous sa formule générale une exception inadmissible à un principe général de responsabilité, car l'incendie a pu être communiqué par une chose qui devait être gardée. Il aurait fallu, à notre avis, ne pas appliquer la loi quand il s'agit de choses mobilières dangereuses et qui doivent être l'objet d'une surveillance particulière.

Certaines décisions de justice ont cru pouvoir se prononcer en ce sens [2], mais cette doctrine n'a pas reçu

(1) Ce sont pourtant là des cas où la jurisprudence a appliqué l'art. 1384. Voir les arrêts cités n° 114.

(2) En ce sens Grenoble, 4 mars 1925, D. H. 1925, 375, S. 1926, 2, 54 (machine à battre le blé); Trib. Seine, 12 juin 1925, D. H., 1925, 54 (canalisation électrique passant au-dessus d'une toiture). — Mais voy. Cass. Civ., 5 mai 1926, D. H. 1926, 315; 18 mai 1926, D. H. 1926, 329.

l'approbation de la Cour de cassation. De même la distinction faite entre les meubles et les immeubles ne se comprendrait que si par lui-même l'immeuble ne devait pas être gardé [1]. Mais, en l'effaçant, la Cour de cassation a imposé l'obligation de garder tous les immeubles.

Il aurait fallu que la jurisprudence, restée fidèle à la théorie de la responsabilité délictuelle, n'appliquât pas l'article 1384 quand il est impossible de découvrir une faute génératrice de responsabilité. Il ne s'agit pas de déclarer que le gardien de la chose peut faire la preuve de l'absence de faute, mais bien d'envisager cette idée de garde de la chose au point de vue de la responsabilité et de préciser l'obligation de garder pour mesurer la responsabilité. Il n'y a de responsabilité que pour l'homme qui garde mal une chose dangereuse [2]. La Cour de cassation n'a pas voulu faire une telle distinction. La nécessité d'établir une sorte de réparation automatique des accidents causés par les automobiles a entraîné une large application de l'art. 1384-1°. La jurisprudence a été ensuite débordée. Depuis l'arrêt des Chambres réunies de 1930, elle applique l'art. 1384-1°, dans des cas où manifestement le gardien de la chose est irréprochable et elle a tellement étendu cette idée de garde qu'on en arrive à la responsabilité légale sans les avantages de précision et de fixité que présenterait la loi [3].

(1) Comp. JOSSERAND, Note au D. 1925, 1, 97.

(2) Voir nos observations au *Dalloz*, 1922, 1, 25. — Comp. SALEILLES, *La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada*, *Rev. trimestrielle*, 1911, p. 23. — La question de la distinction du fait de l'homme et du fait de l'animal s'est également posée devant les tribunaux : Cass. Req., 6 mai 1901, S. 1902, 1, 286 ; Cass. Req., 11 mai 1908, D. 1911, 1, 399 ; Nancy, 5 décembre 1896, D. 97, 2, 455.

(3) La jurisprudence admet d'ailleurs que l'action fondée sur l'art. 1384 n'a pas la même *cause* que celle fondée sur l'art. 1382 et en tire une série de conséquences quant à la procédure de l'action. Voy. Cass. Req., 9 juin 1928, D. 1928, 1, 153, note SAVATIER ; Cass civ., 25 mai 1927, D. 1928, 1, 128 ; Cass. civ., 29 février 1928, D. H. 1928, 223 ; 16 juillet 1928, D. 1929, 1, 33, note SAVATIER.

125. — Le fait de l'homme qu'il faut retrouver dans toute action en responsabilité civile doit être le fait d'un homme *conscient* de ses actes. Ni l'enfant, ni le fou ne sont responsables de leurs actes. Pothier disait : « Les personnes qui ne sont pas raisonnables ne sont capables ni de négligence, ni d'imprudence [1]. Cette solution, admise assez facilement pour l'enfant, parce que le recours contre lui serait le plus souvent illusoire et qu'il y a derrière lui une personne civilement responsable, a été au contraire très discutée pour l'aliéné [2]. Certains Codes étrangers admettent assez volontiers une réparation partielle, qui paraît, il est vrai, plutôt inspirée par l'idée de charité que par l'idée de responsabilité, puisque la loi tient compte de la fortune de l'auteur et de la pauvreté de la victime [3]. La jurisprudence française, tout en admettant en principe l'irresponsabilité de l'aliéné [4] s'est efforcée de corriger les inconvénients de la règle en permettant de relever la faute antérieure à l'état d'inconscience [5] et surtout la faute des personnes qui ont volontairement assumé la garde de l'aliéné [6].

(1) Pothier, *Obligations*, n° 118.

(2) Labbé, *De la démence au point de vue de la responsabilité*, *Revue critique*, 1870, p. 107 ; — Pascaud, *Responsabilité des aliénés*, *Revue critique*, 1905, p. 219 ; — E.-H. Perreau, *Revue critique*, 1902, p. 408 ; — Neagu, *La responsabilité extra-contractuelle de l'aliéné*, thèse Paris, 1929 ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique de droit civil*, t. VI, n° 498 ; — H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., 1934, t. I, n° 456 ; — Limouzeanu, *Le problème de la responsabilité extra-contractuelle de l'aliéné*, thèse Dijon, 1932.

(3) Code allemand, art. 827 et 829 ; Code suisse, art. 58. — Voir Saleilles, *Obligation*, 2e éd., n° 319 ; — Rolin, *De la responsabilite sans faute en droit allemand*, *Revue belge de droit international*, 1906, p. 64. — Comp. Code portugais de 1867, art. 377 et 2378, et pour le droit anglais : Gérard, *Des torts en droit anglais*, thèse, Rennes, 1911, p. 35. Voyez aussi une formule générale dans le Code civil soviétique, art. 406.

(4) Cass. Req., 14 mai 1866, D. 67, 1, 297, S. 66, 1, 237 ; 21 octobre 1901, D. 1901, 1, 524, S. 1902, 1, 32 ; Aix, 8 décembre 1902, *Pand. franç.*, 1904, 2, 282 ; Lagny, 7 février 1908, D. 1908, 5, 29 ; *Contra*, Montpellier, 31 mai 1866, S. 66, 2, 259.

(5) Caen, 9 novembre 1880, D. 82, 2, 23, S. 82, 2, 118 ; Rennes, 17 mars 1874, D. 74, 2, 150, S. 74, 2, 199.

(6) Cass. Req., 30 juillet 1906, D. 1907, 1, 315, note Planiol, S. 1910, 1, 20 ; Toulouse, 4 juillet 1903, S. 1906, 2, 13. Comp. Cass.,

L'opposition de principes subsiste. Si on fonde la responsabilité sur le risque créé, l'aliéné doit certainement une réparation ; il la doit d'autant plus qu'il est un être anormal, cause funeste de déséquilibre. Mais cet être anormal n'a pas de conscience ni de liberté ; il n'a aucune responsabilité morale. Lui imposer une obligation de réparation, c'est tout simplement transporter une valeur de son patrimoine dans le patrimoine d'autrui pour aider la victime à supporter le dommage causé. Nous sommes alors en présence d'une obligation d'assistance et non plus de réparation. Si on veut organiser légalement la responsabilité de l'aliéné, c'est dans cette voie qu'il faut chercher et naturellement il ne saurait plus être question de réparation intégrale ou due dans tous les cas [1].

126. — Quand la loi civile organise la *responsabilité du fait d'autrui* n'abandonne-t-elle pas l'idée de faute ? C'est une autre question et très débattue [2]. On sait comment pour défendre ici l'idée délictuelle, les auteurs classiques avaient recours à la double idée de faute de choix et de faute de surveillance, enfermant la personne déclarée responsable dans un dilemme d'où elle ne pouvait sortir. Dans certains cas, la double explication échoue puisqu'on peut être responsable d'un préposé que l'on n'a pas choisi et puisqu'il n'est point permis de démontrer que l'on n'a pas failli au devoir de la surveillance.

Il y a en réalité dans la responsabilité du fait d'autrui plusieurs idées qui n'ont pas toujours été nettement distin-

10 juillet 1900, S. 1901, 1, 117 ; Req. 19 juillet 1926, S. 1926, 1, 319 ; C. d'Etat, 23 janvier 1931, S. 1931, 3, 57.

(1) Le projet franco-italien du Code des obligations a admis une obligation de réparation atténuée à la charge de l'aliéné.

(2) Becqué, *De la responsabilité qui incombe à une personne à raison du dommage causé à une autre*, Montpellier, 1912.

guées, et c'est pour cela que dans la préparation des lois civiles, on a pu voir cette idée très discutée [1].

Dans certains cas la responsabilité dite du fait d'autrui est en réalité une responsabilité pour faute personnelle. La personne responsable a commis la faute de donner l'ordre de commettre l'acte dommageable et d'en faciliter l'exécution ou de ne pas en empêcher la réalisation. Il y a trois degrés dans la faute qu'elle peut commettre. La personne qui commet le dommage et dont elle répond peut être entre ses mains un instrument animé sans volonté propre et presque sans conscience [2], ou bien, au contraire, elle peut conserver une certaine indépendance de pensée et d'action et concourir à la réalisation du dommage, ou bien enfin elle peut être complètement indépendante et échapper à la surveillance de son maître. On ne fait pas d'ordinaire cette analyse, parce que l'on ne veut pas admettre l'irresponsabilité personnelle de celui qui, agissant pour autrui, a été l'instrument plutôt que l'auteur du dommage. Il semble pourtant que, par l'analyse exacte du rapport de préposition, on pourrait arriver à graduer la responsabilité du fait d'autrui, ou tout au moins à voir dans quelle mesure le dommage doit se répartir entre le père et l'enfant, le commettant et le préposé.

La responsabilité du fait d'autrui repose sur une seconde idée : celle de la garantie envers les tiers des actes d'une personne. Elle est alors purement technique et il appartient au législateur de voir dans quelle mesure il veut qu'il y ait dans la société des répondants pour autrui. Parfois la solution change : ainsi par exemple la loi du 20 juillet 1899 substitue la garantie de l'Etat à celle des

(1) Sur la préparation de l'art. 831 du Code civil allemand voir SALEILLES, *Obligations*, p. 417. Sur le droit anglais, GÉRARD, *Des torts en droit anglais*, thèse, Rennes, 1911, p. 309.

(2) BARTIN sur AUBRY et RAU, 5e éd., VI, § 445, note 15 *ter*, p. 382 ; « l'œil et le bras au service de l'intelligence d'autrui ».

membres de l'enseignement public (art. 1384 C. civ.). Cette garantie n'est pas de même nature que la responsabilité résultant de la faute. Dans notre ancien droit on admettait que les personnes civilement responsables ne pouvaient être contraintes par corps [1]. On admet aujourd'hui que la personne civilement responsable peut recourir pour le tout contre l'auteur du dommage [2]; elle n'est donc que sa caution envers la victime [3].

Dans cette garantie édictée envers les tiers, il faut tenir compte de la nature des fonctions remplies par le préposé. Il est possible que notre droit civil donne sur ce point une solution peu nuancée [4]. La jurisprudence aurait pu, en analysant l'exercice des fonctions, préciser l'étendue de cette garantie [5]. Cette jurisprudence est malheureusement assez imprécise, car beaucoup de décisions sont uniquement inspirées par une pensée de commisération envers la victime.

127. — Le problème de la *responsabilité des personnes morales* se présente de la même façon [6]. S'il s'agit tout d'abord de la responsabilité qui pèse sur la personne morale du fait de ses préposés, il ne peut y avoir aucune difficulté, puisque nous admettons qu'il n'y a là qu'une obligation légale de garantie envers les tiers. Le pro-

(1) POTHIER, *Obligations*, n° 122.
(2) Cass., 24 février 1886, D. 87, 1, 31, S. 86, 1, 460.
(3) Comp. loi du 5 août 1914 (art. 5) sur la responsabilité de l'officier ministériel mobilisé pour les faits de charge de son suppléant.
(4) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 911.
(5) ZINGHER, *De la responsabilité du commettant*, thèse, Paris, 1923.
(6) MICHOUD, *De la personnalité morale*, 3e éd. par TROTABAS, 1924, I, n° 60 et suiv.; — SALEILLES, *Personnalité juridique*, p. 323 et suiv.; — BECQUÉ, *op. cit.*, p. 79 et suiv.; — PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique de droit civil*, VI, nos 502 et s. — H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, nos 1977 et s.; — LORNE, thèse, Paris, 1910; — MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse, Paris, 1899. — Sur la responsabilité des syndicats : BOHLER, thèse, Aix, 1906; — GRANIER, thèse, Paris, 1908.

blème ne devient délicat que s'il s'agit du fait d'un organe de la personne morale. Ici encore les idées de faute et de risque se sont affrontées et certains auteurs pensent que l'on ne peut expliquer la responsabilité de la personne morale sans faire appel à l'idée de risque [1].

En réalité, il y a à la base de la responsabilité un fait personnel de l'organe et ce fait doit être tel qu'il engagerait la responsabilité de cette personne si elle avait agi pour elle-même. Toute la question est de savoir si, en accomplissant cet acte générateur de responsabilité, l'auteur agissait pour lui-même ou comme organe de la personne morale. Dans ce dernier cas il se décharge des conséquences de ses actes sur la personne morale qu'il représente et les tiers n'ont pas le droit de s'adresser à lui, parce que le législateur lui substitue une autre personne.

Nous sommes donc encore ici en présence d'une organisation technique de la responsabilité, supposant un perfectionnement assez grand des idées juridiques, pour que l'on conçoive la représentation dans l'action, comme on admet la représentation dans la volonté.

La jurisprudence est encore très hésitante sur ce point. Car si elle admet la responsabilité civile de la personne morale [2], elle semble répugner à faire disparaître la responsabilité personnelle de l'organe [3]. Cela prouve bien que pour elle la responsabilité de la personne morale n'est qu'une garantie légale des actes de l'organe vis-à-vis des tiers. Pourtant, bien souvent, les décisions de justice se fondent sur l'article 1382 et non sur l'article 1384. Il ne semble pas que la nature de la personnalité morale

(1) Demogue, *Obligations*, III, n° 344, p. 946, n° 351, p. 556.
(2) La solution est expressément donnée par les Codes civils allemand (art. 31) et suisse (art. 55, § 2).
(3) Cass. Req., 2 juin 1924, *Gaz. Palais*, 1924, 2, 336. — Comp. pour la responsabilité pénale Cass. Crim., 17 juillet 1926, D. H. 1926, 565. — Voy. Planiol, Ripert et Savatier, *Traité pratique de droit civil*, I, n° 93.

doive avoir quelque influence sur la solution de ce problème ; que cette personnalité soit fictive ou réelle, elle est assurément différente de la personnalité physique et on ne peut pas soumettre la personne morale à l'observation de la règle de conduite posée par la loi morale. C'est uniquement un problème de garantie et de représentation qui se pose ici.

128. — Ainsi, quand on poursuit l'étude des conditions d'application de la responsabilité civile, on retrouve toujours cette idée de faute qui est le fondement même de l'obligation de réparation. Est-ce à dire qu'il faille condamner le mouvement qui, depuis une trentaine d'années, s'efforce d'élargir le domaine de la responsabilité ? Je ne le pense pas, mais il faut distinguer.

Le progrès de la législation a consisté justement à rendre la règle civile aussi parfaite que la règle morale, à sanctionner aussi complètement que possible le devoir de ne pas nuire à autrui. Le jour où l'on a pu substituer aux délits privés une règle générale de responsabilité, un grand progrès a été accompli. L'article 1382 du Code civil est un triomphe de l'idée morale.

A une époque où régnait la doctrine de l'individualisme libéral et dans une société qui reposait sur l'idée un peu théorique d'égalité, une règle abstraite et générale de responsabilité paraissait suffisante. Puis, et principalement par la transformation économique de la société, des hommes ont pu développer leurs forces d'une façon formidable. L'inégalité est devenue plus grande ou plus apparente. Il a fallu imposer à ceux qui l'oubliaient trop facilement l'observation du devoir moral. C'est parce qu'il y a eu abus de puissance que la responsabilité civile s'est développée [1].

(1) Comp. BETTREMIEUX, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile.* Thèse, Lille, 1921, notamment n° 59, p. 113.

En même temps l'esprit s'est affiné dans la recherche des responsabilités. On ne s'est plus incliné devant la fatalité du malheur. L'étude des effets et des causes a permis de voir plus loin. L'action nocive a paru plus intolérable dans une société plus tranquille. La loi civile s'est faite plus énergique, parce que la conscience du devoir moral devenait plus subtile.

Ainsi des fautes nouvelles sont apparues parce que des devoirs nouveaux ont été sanctionnés. Dans un esprit trop absolu d'égalité civile, on avait pris le type idéal et abstrait du père de famille et considéré comme étant en faute la personne qui n'agissait point comme aurait agi cet homme idéal. Il faut en réalité tenir compte des devoirs particuliers qui incombent à chaque homme.

1° Ces devoirs tiennent tout d'abord à la situation sociale de la personne. Certains, par les fonctions qu'ils occupent, l'instruction et l'expérience qu'ils ont acquises, la confiance qu'on leur prête, doivent plus que tous autres veiller attentivement à l'impeccabilité de leur conduite. Ainsi s'explique la sévérité de la jurisprudence dans l'appréciation de la responsabilité des notaires ou des agents de change. D'autres, au contraire, sont frappés plus rigoureusement, parce que leur honnêteté professionnelle est souvent suspecte, ainsi les agents d'affaires. D'autres enfin jouissent d'une certaine irresponsabilité, parce qu'ils sont présumés agir avec conscience et que leur initiative ne doit pas être entravée, ainsi les médecins.

2° Ceux qui se livrent à une activité licite, mais dangereuse, ont l'obligation de veiller à ne point causer de dommage à autrui ou en tous cas à réparer le dommage qu'ils ont causé. A ce titre on a admis très facilement la responsabilité au cas d'usage d'un nouveau moyen de locomotion, quitte à se montrer moins sévère quand l'usage s'est répandu. Les tramways ont été considérés

autrefois comme dangereux, puis les automobiles [1], aujourd'hui les avions [2] ; la loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne établit une responsabilité de plein droit de l'exploitant de l'aéronef au cas d'accidents causés par les évolutions de l'appareil aux personnes et aux biens situés à la surface (art. 63) [3].

3° D'une façon générale un homme a des devoirs particuliers de garde quand il est propriétaire et quand il use de choses dangeuses : animaux, machines, appareils produisant une force vive, matières explosives. La responsabilité du fait des choses a été tout simplement une manifestation de cette idée. La loi du 23 mai 1921 sur la responsabilité des industriels travaillant pour la défense nationale en est une autre.

4° Il y a enfin des cas où une personne prétend tirer de sa propriété un usage exceptionnel et, rompant l'équilibre, impose à ses voisins des inconvénients qui excèdent les inconvénients normaux du voisinage. Ce propriétaire est déclaré responsable quand bien même il serait muni de toutes les autorisations administratives. On a dit à tort qu'il y a abus du droit de propriété. L'abus n'existe pas puisqu'il n'y a pas intention de nuire et que l'exercice de droit est régulier. La jurisprudence se contente de dire

(1) Ambroise Colin, *Revue politique et parlementaire*, 1908, p. 15, et *Bulletin Soc. Et. législatives*, 1907 et 1908 ; — Wahl, *Revue trimestrielle*, 1908, p. 5 ; — Sainctelette, *Responsabilité des propriétaires d'automobiles*, 1908 ; — Josserand, *Rapport à l'Automobile-Club de Lyon*, 1908 ; — Rolland, *Revue de droit public*, 1910, p. 309 ; — de Deker, *La théorie du risque et les accidents d'automobiles*, Bruxelles, 1912 ; — Capitant, *Gazette Dalloz*, 31 mai 1923 ; — et les thèses de M. Bertholomot (Dijon, 1909) ; Pierron (Montpellier, 1909) ; Roland, Paris, 1909) ; Dupont (Caen, 1910). Voy. la discussion à la Société d'Etudes législatives et le rapport de M. Lalou, *Bulletin*, 1933.

(2) Georges Ripert, *Rapport sur le projet de loi relatif à la navigation aérienne. Bull. Soc. Et. législatives*, 1922 ; *La responsabilité du transporteur aérien. Revue juridique de locomotion aérienne*, 1926.

(3) Le principe de la responsabilité objective à être adopté dans la Convention internationale de Rome de 1933 sur les dommages causés par les aéronefs aux personnes et aux biens à la surface, mais avec le correctif d'une limitation légale de responsabilité.

que ce propriétaire fait subir à ses voisins un dommage qui dépasse la mesure de celui qu'ils doivent supporter. Il faut tenir compte pour apprécier ce caractère normal ou exceptionnel de l'époque et du milieu. C'est un jugement que l'on porte sur le propriétaire et, s'il est condamné, c'est qu'il y avait l'obligation, non pas de s'abstenir de l'acte, mais de réparer le préjudice causé par son acte [1].

En empêchant ainsi l'action nuisible et en forçant l'auteur de l'acte à réparer le dommage causé, la jurisprudence dresse une liste précise des obligations qu'elle impose aux hommes vivant en société. Cette liste est dressée d'après cette idée morale que l'homme ne doit pas nuire injustement à autrui.

Il est facile de le vérifier en remarquant que si un homme nuit à autrui sans qu'on puisse lui reprocher l'injustice de son action, il n'encourt aucune responsabilité. Ainsi en est-il lorsqu'il exerce un droit dans un intérêt légitime ou encore qu'il a agi uniquement pour rendre service à autrui et que cette activité qu'il croyait bienfaisante a été nuisible.

129. — L'acte fautif n'est atteint par la loi civile que s'il cause un dommage à autrui. C'est la victime de la faute qui poursuit la réparation. Elle est devenue par le délit qui a été commis créancier de l'obligation de réparation qui est à la charge de l'auteur [2].

Cette conception est absurde, écrit Duguit [3], « parce qu'un acte contraire au droit ne peut pas donner naissance à un droit, même par la toute puissance de la loi ». Le droit ne vient pas du délit ; il est l'aspect actif de l'obligation qui pèse passivement sur l'auteur de l'acte, en

(1) Voir la bibliographie citée nº 89.
(2) Voy. Lucienne Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Paris, 1933.
(3) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., I, § 19, p. 156 et suivantes.

vertu de la loi ; il y a obligation légale préexistante au délit, suivant la formule de Planiol. Comment, dit alors Duguit, la loi violée peut-elle modifier la situation respective de deux personnes ? En réalité la victime agit conformément à la loi en demandant la réparation d'un acte contraire à la loi ; il n'y a pas à son profit de droit subjectif [1]. « Le délit et le quasi-délit... sont simplement les conditions de la possibilité pour certaines volontés de provoquer la mise en jeu de la contrainte sociale pour assurer la cessation et la réparation de la lésion ». Ainsi s'expliquerait la recevabilité de l'action en réparation, intentée par des collectivités qui n'ont pas toujours la personnalité juridique [2], et aussi le report au jour de la condamnation de l'existence du droit à la réparation [3].

Dans cette conception assez singulière qui fait de la victime le défenseur de l'ordre public et le serviteur de la règle de droit, il y a une idée juste : c'est que l'auteur de l'acte est obligé parce qu'il a violé la règle, c'est-à-dire parce qu'il est coupable. Cette culpabilité existe avant qu'aucune action en réparation ait été intentée. Mais elle n'est alors que morale, et elle restera morale si la règle a été violée sans qu'il y ait eu de victime ou sans que la

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., I, p. 127 et suiv. — Sur la négation du droit subjectif, comp. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., p. 48, et *Revue du droit public*, 1909, p. 679 ; — Demogue, *Obligations*, IV, no 570.

(2) Cass. Civ., 28 novembre 1916 et 5 novembre 1918, S. 1920, 1, 58 ; Cass. Ch. réunies, 5 avril 1913, S. 1920, 1, 49.

(3) M. Duguit (*op. cit.*, p. 163), explique ainsi trois arrêts de la Cour de cassation des 18 janvier 1898 (S. 99, 1, 5), 22 octobre 1900 (S. 1901, 1, 504), 11 avril 1907 (S. 1907, 1, 433, note Lyon-Caen), qui, en matière de concordat de faillite, déclarent le concordat non opposable à la victime d'un quasi-délit du failli n'obtenant condamnation qu'après le concordat. On pourrait citer aussi le cas d'un voyageur blessé dans un accident de transport et mourant quelques jours après, qui ne transmet pas son droit à réparation à ses héritiers ceux-ci agissant de leur chef : v. Cass., 21 mars 1906, S. 1907, 1, 70 ; Toulouse, 17 avril 1902, S. 1905, 2, 81, note Lacoste. — Comp. Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., VI, 445, note 2 *ter* ; — Lucienne Ripert, *De la réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Paris, 1933, nos 111 et s.

victime se plaigne. Mais, comme l'obligation morale de ne point causer de préjudice existe envers le prochain, la victime est bien titulaire d'un droit à réparation et c'est un droit subjectif qui figure dans son patrimoine et qu'elle peut transmettre dans certaines conditions. Il y a bien « un pouvoir propre de la volonté humaine » ; c'est le pouvoir d'exiger l'accomplissement du devoir moral de réparation.

130. — La victime a-t-elle toujours qualité pour exiger cette réparation ? Si elle a elle-même commis une faute, son indignité ne la rend-elle pas irrecevable à agir [1]. On pourrait le penser en invoquant ici un principe analogue à celui que nous avons dégagé à propos de la répétition des obligations illicites (nos **104** et suiv.). La victime, obligée de dévoiler sa faute, tire un principe d'action de sa propre turpitude. A supposer même qu'il n'y ait pas faute morale d'une extrême gravité, il resterait que la victime doit perdre son droit subjectif de réparation parce que le droit naîtrait de son propre délit. Il y aurait compensation des fautes.

Certaines législations fortement inspirées de considérations morales suppriment en effet tout recours de la victime au cas où celle-ci a elle-même commis une faute. C'est un moyen efficace pour forcer les hommes à la plus extrême vigilance [2]. La jurisprudence anglo-saxonne donne la même solution par la théorie de la *contributory negligence* [3]. Mais une telle solution a le grave inconvénient de laisser la faute de l'auteur sans répression. La

(1) Marguerite HALLER, *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation*, thèse, Paris, 1926.

(2) M. HALLER, *thèse citée*, p. 72 et suiv., et les références citées.

(3) Ainsi dans l'abordage par faute commune, avant la Convention internationale de Bruxelles de 1912, certaines législations refusaient tout recours au navire victime de l'abordage quand il avait lui-même commis une faute.

victime est punie par le dommage souffert. Qui punira l'auteur si le droit de poursuite est supprimé? C'est exactement la même considération qui a restreint l'application de la maxime : *nemo auditur turpitudinem suam allegans.*

Aussi, dans l'opinion qui triomphe aujourd'hui dans toutes les législations, on partage la responsabilité entre l'auteur et la victime [1], c'est-à-dire que l'on autorise un recours partiel de la victime. On défend cette opinion en disant que dans l'hypothèse de faute commune [2] l'auteur et la victime ont, chacun par leur fait, causé le dommage et qu'il faut par suite, analysant les causes et divisant le dommage, rendre à chacun la part qui lui incombe dans l'éventualité du préjudice.

Si on voulait faire une telle analyse de la causalité on se heurterait à l'impossibilité que nous avons signalée de déterminer le degré d'efficience. La part de causalité de chacun est entière. Si, par exemple, un passant traversant une chaussée avec maladresse est écrasé par un véhicule venant à toute allure, sa faute bien que légère doit-elle apparaître comme la cause principale de l'événement? Ce serait là un problème insoluble.

La jurisprudence adopte une solution beaucoup plus simple. Elle divise la responsabilité d'après la gravité des fautes commises. La victime est par conséquent privée de son droit à réparation dans la mesure où elle est elle-même coupable. La solution est facilement acceptée sur l'idée de la responsabilité délictuelle. On ne voit pas comment on pourrait la justifier autrement.

131. — Quand on vérifie ainsi ce qu'il y a de délictuel dans la responsabilité civile, on rencontre pourtant une

(1) Demogue, *Obligations*, IV, n° 797 et les décisions citées.
(2) Le nom de *faute commune* donné à cette hypothèse par la doctrine n'est pas heureux. Il y a deux fautes différentes et non faute commune. On devrait réserver cette dernière expression au cas de dommage arrivé par le fait de plusieurs personnes commettant en commun une faute.

objection grave : la réparation n'est pas adéquate à la faute, mais au dommage. Il devrait y avoir, suivant le mot de Ihering « équilibre entre la culpabilité et la réparation » [1]. Il y a au contraire réparation intégrale quelque soit le degré de la faute. Ici l'idée de causalité paraît seule jouer parce que la réparation s'applique à tout le dommage direct.

On pourrait invoquer pour expliquer la règle les nécessités de l'organisation technique du principe. La faute est susceptible de degrés infinis ; la morale peut doser l'importance des fautes, le droit civil les met toutes sur le même rang. Mais cette réponse serait peu satisfaisante, parce que justement le droit civil a l'idée nette que toutes les fautes ne sont pas du même genre, et que le droit des contrats fait des distinctions entre les fautes lourdes et légères, les lois sur le risque professionnel entre la faute intentionnelle, inexcusable ou lourde.

En réalité, si l'étendue de l'obligation de réparation ne dépend pas de la gravité de la faute, c'est que toute faute oblige moralement à réparation intégrale : *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, disaient les anciens auteurs. On tâche d'individualiser la peine, parce qu'elle doit punir et prévenir. La réparation n'est pas une peine, c'est la satisfaction qu'exige la victime pour que la faute soit effacée.

S'il y a faute commune de plusieurs auteurs, la réparation intégrale pèse sur chacun des auteurs et on sait que la jurisprudence, admettant ici la solidarité sans aucun texte du Code civil la consacrant, a fait une application juridique remarquable de l'idée de réparation intégrale.

(1) Encore faut-il tenir compte de ce que certains arrêts font état de la gravité de la faute pour apprécier le montant des dommages-intérêts : Nîmes, 17 décembre 1849, D. 52, 2, 69 ; Nevers, 31 août 1866, D. 67, 2, 198 ; Nancy, 9 décembre 1876, D. 79, 2, 47. — Voyez Lucienne Ripert, *thèse citée*, nos 88 et s.

Est-il d'ailleurs parfaitement exact que la faute oblige seulement à la réparation du dommage causé? N'y a-t-il pas des cas où l'on suppose l'existence du dommage pour punir la faute? On songe ici à la réparation du *dommage moral*, largement admise par la jurisprudence, et tout particulièrement aux indemnités versées à titre de réparation aux proches parents d'une personne tuée par la faute d'un tiers dans l'hypothèse où le dommage moral est présumé exister sur la seule qualité de la victime. C'est une question que nous retrouverons en recherchant s'il ne reste pas dans notre droit civil une responsabilité « à reflet pénal » (n° 181) [1].

132. — Si le fondement de la règle de responsabilité est purement moral, nous devons enfin en tirer cette conséquence que l'auteur responsable ne peut pas rejeter ou atténuer cette responsabilité. On ne se soustrait pas par une convention à l'accomplissement d'un devoir.

Mais admettre une telle conséquence c'est prononcer une condamnation de principe contre les clauses de non responsabilité et il faut en réalité distinguer, parce que le même mot désigne des conventions bien différentes [2].

Si la clause avait pour objet de permettre l'irresponsabilité dans l'action nocive, elle devrait en effet être frappée de nullité absolue. La jurisprudence déclare nulles les clauses d'exonération du dol et de la faute lourde équipollente au dol. Mais elle permet ou semble permettre, car elle est loin d'être nette, l'exonération des fautes légères [3].

(1) Huguenet, Note au S. 1923, 1, 81.

(2) P. Esmein, *Les clauses de non responsabilité*, Revue trimestrielle, 1926, p. 313; — Paul Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse, Paris, 1931, préface G. Ripert; — H. et L. Mazeaud, *op. cit.*; Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique du droit civil*, t. VI, nos 399 et s., 851 et s.; — P. Esmein, *Trois problèmes de responsabilité civile*, *Rev. trimestrielle*, 1934, p. 315, nos 23 32.

(3) Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 245. — Voyez Cass. Civil, 12 mai 1930, D. 1932, 1, 5, note G. Ripert, S. 1932, 1, 121, note Gény.

Il faut poser la question autrement. Peut-on à l'avance régler l'étendue de ses devoirs envers autrui? Si ces devoirs dépendent des relations contractuelles qui sont engagées avec cette personne, il est parfaitement licite que les parties déterminent par un contrat l'étendue de leurs obligations respectives. La responsabilité contractuelle dépendra donc du contenu de l'obligation. Il est possible que le législateur interdise dans certains cas les clauses exonérant le débiteur de toute responsabilité, mais c'est alors parce qu'il estime qu'il n'y a pas contrat librement débattu ou que l'intérêt économique général exige la garantie complète du débiteur : exemple dans le contrat de transport terrestre, la loi du 17 mars 1905 modifiant l'article 103 du Code de commerce, ou dans le contrat de transport par air, la loi du 31 mai 1924 ne permettant aussi que certaines clauses [1].

Si les devoirs de l'homme ne dépendent pas d'un contrat passé, il est plus difficile de comprendre comment l'homme pourrait se dispenser par avance de leur observation. Prenons garde pourtant que par la clause la victime se désigne elle-même et s'offre en quelque sorte au coup qui la frappera. Si elle trouve un avantage particulier et si elle accepte volontairement le risque, pourquoi la morale s'opposerait-elle à une pareille convention? L'annulation de la clause ne sera prononcée que si elle confère l'irresponsabilité même pour le dol, même pour la faute lourde, et ici sans aucune distinction entre la responsabilité contractuelle et la délictuelle parce qu'on ne saurait acquérir à l'avance par aucun sacrifice pécuniaire le droit de mal agir. Toutefois cette acceptation des risques ne doit être accueillie qu'avec prudence car la loi civile doit protéger l'homme contre ses propres imprudences et surtout contre la surprise de son consentement.

(1) Roger, *La limitation conventionnelle de la responsabilité dans le contrat de transport*, thèse, Paris, 1929.

Cette même raison ne devrait pas permettre de valider l'assurance des fautes lourdes ou du dol puisque cette assurance va conférer en fait l'irresponsabilité. On a cédé parfois trop facilement ici à l'idée de donner la sécurité absolue de l'exploitation, idée commerciale qui l'emporte sur l'idée civile de la moralité des actions [1]. La jurisprudence n'a pas voulu admettre la validité de l'assurance des fautes intentionnelles et des fautes lourdes [2]. La loi du 13 juillet 1930 (art. 12, § 2) sur le contrat d'assurance décide que l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré et cela nonobstant toute convention contraire. Elle maintient par là la responsabilité nécessaire à la moralité des actions.

II

LE DEVOIR DE NE PAS S'ENRICHIR AUX DÉPENS D'AUTRUI ET L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

133. Des raisons qui ont empêché ce devoir de se transformer en obligation juridique. — **134.** Admission de l'action *de in rem verso* par la jurisprudence. — **135.** La formule de l'enrichissement sans cause. — **136.** Orientation générale des études doctrinales. — **137.** Fondement de l'action sur l'idée de transmission de valeur. — **138.** L'idée d'équivalence. — **139.** L'idée de cause. — **140.** Fondement de l'action sur l'obligation légale de restitution. — **141.** Théorie du profit créé. — **142.** Caractère moral de la règle. — **143.** Conditions d'exercice de l'action. — **144.** Son caractère subsidiaire. — **145.** Du devoir de justice de réparer l'appauvrissement. — **146.** Enrichissement obtenu par l'intermédiaire d'un tiers. — **147.** Conclusion sur le caractère moral de la théorie de l'enrichissement sans cause.

(1) BOUTAUD, *Des clauses de non responsabilité et de l'assurance des fautes*, 1896 ; — STEFANI, *De l'assurance des fautes*, thèse, Paris, 1923 ; — SALEILLES, *De l'obligation*, 3e éd., p. 435.

(2) Cass. Civ., 15 mars 1876, S. 76, 1, note LABBÉ.

133. — Le devoir de ne pas nuire à autrui s'est transformé bien vite en obligation juridique parce que son observation était indispensable au bon ordre de la vie sociale ; et c'est peut-être même la plus ancienne des obligations s'il est vrai que l'effet du contrat n'a été tout d'abord reconnu que sur le fondement délictuel. Le devoir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, qui semble au point de vue moral aussi impérieux que le précédent, a eu beaucoup plus de peine à se faire sanctionner, et aujourd'hui encore le principe de l'enrichissement sans cause reste assez mal défini [1].

Les raisons en sont multiples.

C'est tout d'abord que dans l'enrichissement sans cause la personne obligée n'a accompli aucune action qui soit la source de son obligation. Or, l'attention du législateur s'est portée sur l'action injuste avant de se fixer sur les résultats de l'action. Lorsque celui qui s'enrichit aux dépens d'autrui n'arrive à ses fins qu'en causant par sa volonté ou par sa faute un préjudice à autrui, il est obligé à réparation, mais en vertu du principe de la responsa-

(1) Il y a eu dans ces vingt dernières années une série d'études qui suffisent à montrer combien ce problème hante aujourd'hui les esprits : voir G. RIPERT et TEISSEIRE, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, p. 727 et suiv. ; — LOUBERS, *Revue critique*, 1912, p. 396 et suiv., 462 et suiv. ; — SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse, Poitiers, 1916 ; — VERGNIAUD, *L'enrichissement sans cause*, 1916 ; — RENARD, *Rev. trimestrielle*, 1920, p. 243 et suiv. ; — MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, t. II, thèse, Toulouse, 1920 ; — ROUAST, *Rev. trimestrielle*, 1922 ; — BONNECASE, *Supplément au traité de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, 1926, nos 112 et suiv., p. 215 et suiv. ; — A. MESTRE, *Gestion d'affaire et enrichissement sans cause en droit administratif* ; — PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique de droit civil*, t. VII, nos 752 et s. (Paris, 1925) ; — ALMOSINO (Paris, 1932). Il faut également signaler une série de thèses qui se bornent d'ailleurs à reproduire les conclusions des études précédentes : REYNAUD (Paris, 1899) ; STOÏCESCO (Paris, 1904) ; CHAINE (Lyon, 1909) ; TARTANSON (Grenoble, 1909) ; POLZER (Paris, 1912) ; BOUCHÉ-LECLERCQ (Paris, 1913) ; POSSA (Paris, 1916) ; MONNERVILLE, *Labbé et la théorie de l'enrichissement sans cause* (Toulouse, 1921) ; ALEXANDRESCU (Paris, 1930) ; ALMOSINO (Paris, 1931) ; GEROTA, *L'enrichissement sans cause en droit allemand* (Paris, 1925) ; MOSONI (Paris, 1932).

bilité civile et dans toute la mesure du dommage causé [1]. Dans le cas au contraire où la personne enrichie s'est contentée de profiter de l'activité d'autrui sans agir elle-même, on a essayé de regarder du côté de celui qui l'avait enrichie et confondu pendant un certain temps la théorie de l'enrichissement sans cause avec celle de la gestion d'affaires [2].

En second lieu, le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui apparaît comme susceptible de tant d'applications et aussi de modalités que la reconnaissance d'une règle juridique générale et abstraite absorberait les moyens juridiques divers par lesquels on s'est efforcé d'empêcher les enrichissements injustes [3]. Les conditions auxquelles l'octroi de ces moyens a été subordonné se trouveraient renversées par l'application possible de la règle générale. Ce grand courant d'équité qui traverserait le droit abattrait comme châteaux de cartes les institutions qui abritent les intérêts.

Alors on s'est contenté de dire que le principe est trop vague pour être proposé comme règle juridique. Comme un fleuve souterrain, il alimente des règles précises, qui en révèlent l'existence, mais il ne sort jamais au jour. Il y a dans le Code civil un certain nombre d'applications de l'enrichissement sans cause. Si on veut en trouver d'autres, il faut créer des règles légales dans des cas précis. A défaut, on dissimulera l'action pour enrichissement sous une action de responsabilité civile, ou de gestion d'affaires [4], ou en répétition de l'indu, ou même en

(1) Sur les rapports de la responsabilité civile et de l'enrichissement sans cause, voir G. RIPERT et TEISSEIRE, *op. cit.*, p. 33 du tirage à part.

(2) Sur les rapports de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause, voir M. PICARD, *La gestion d'affaires, Revue trimestrielle*, 1921 ; — RIPERT et TEISSEIRE, *op. cit.*, p. 15 du tirage à part ; — MARUITTE, *La gestion d'affaires*, thèse, Caen, 1930.

(3) ROUAST, *op. cit.*, n° 33.

(4) Les auteurs classiques ne s'occupent de l'action *de in rem verso* qu'à propos de la gestion d'affaires : POTHIER, éd. Bugnet, t. V, n°s 167

revendication. Si aucune de ces institutions ne convient, on dira que la personne enrichie est sans doute tenue d'une obligation naturelle [1], mais qu'il n'y a à coup sûr aucune obligation civile.

134. — Est-il possible d'admettre que le devoir moral de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui puisse se contenter d'une reconnaissance dérisoire comme obligation naturelle qui permet la restitution, mais ne l'impose pas? Quand il y a eu intervention volontaire d'un tiers qui s'est immiscé dans la gestion du patrimoine d'autrui [2], le maître de l'affaire utilement gérée est tenu d'indemniser le gérant des dépenses qu'il a faites. Pourquoi, à défaut de cette intention de gérer, si le résultat utile a été obtenu, l'obligation n'existerait-elle pas, du moment qu'elle est purement légale du côté du maître, encore que déguisée sous le qualificatif de quasi contractuelle?

Après avoir condamné l'action en réclamation de l'enrichissement dans son arrêt du 11 juillet 1889 [3], puis hésité dans son arrêt du 2 décembre 1891 [4], la Cour de cassation s'est décidée à l'admettre, et d'un seul coup son arrêt du 15 juin 1892 [5], bien souvent cité, lui reconnaît le plus large champ d'application : « Cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui et n'ayant été sanctionnée par aucun

et suiv. ; — LAROMBIÈRE, *Obligations*, t. VII, p. 448 ; — MARCADÉ, t. V, p. 281 ; — DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 49 ; — LAURENT, t. XX, n°s 333 et suiv. ; — HUC, t. VIII, n°s 1376 et suiv.

(1) M. BARTIN, sur AUBRY et RAU, 5e éd., t. IX, p. 362 et note 10 *bis*, déclare qu'il faut dans tous les cas admettre une obligation naturelle.

(2) Nous employons cette expression pour caractériser la gestion d'affaires (voir Cass. Req., 18 juin 1872, D. 72, 1, 471), mais le criterium de la gestion d'affaires est très discuté. Comp. M. PICARD, *Revue trimestrielle*, 1921 ; — MAURY, *op. cit.*, t. II, p. 122 ; — A. COLIN et CAPITANT, 6e éd., t. II, p. 720.

(3) Cass. Req., 11 juillet 1889, D. 89, 1, 393, note PETITON, S. 90, 1, 97, note LABBÉ.

(4) Cass. Civ., 2 décembre 1891, D. 92, 1, 161, note SARRUT, conclusion DESJARDINS, S. 92, 1, 92.

(5) Cass. Req., 15 juin 1892, D. 92, 1, 596, S. 93, 1, 281, note LABBÉ.

texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée... Il suffit pour la rendre recevable que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait par un sacrifice ou un fait personnel procuré à celui contre lequel il agit ».

C'est la traduction pure et simple du devoir moral en obligation juridique, déclaration de principe peut-être aventurée, mais qui était nécessaire pour éveiller l'attention sur l'importance de l'obligation ainsi créée. De cet arrêt de 1892 datent toutes les études sur l'enrichissement sans cause. Ce jour-là, nous avons marqué un progrès certain du droit civil puisque le droit est venu consacrer par une action autonome une règle que la morale imposait.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que cet arrêt ait été sévèrement jugé : « Formule exagérée dont les conséquences auraient été inadmissibles », déclaration qui « aurait conduit à une véritable anarchie s'il avait fallu la prendre au pied de la lettre », simple « boutade qui a eu seulement pour résultat de multiplier les procès d'enrichissement sans cause », c'est ainsi que M. Rouast qualifie la décision de la Cour suprême. Il est pourtant un des plus récents et des plus brillants défenseurs de l'enrichissement sans cause, mais il tient à maintenir très fermement la séparation du droit et de la morale [1].

135. — Depuis 1892 la jurisprudence a eu à connaître beaucoup d'actions fondées sur l'enrichissement sans cause. Ces actions n'ont pas toujours été très heureusement intentées et il y a eu d'assez grandes hésitations. La Cour de cassation, cherchant une formule susceptible de mieux délimiter la portée d'application de l'action que sa formule de 1892, a, dans deux arrêts du 12 mai

(1) Rouast, *op. cit.*, n° 5, p. 12 du tirage à part.

1914 et du 2 mars 1915 [1], emprunté celle d'Aubry et Rau [2]. « L'action de *in rem verso* fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui doit être admise dans tous les cas où, le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celui-ci ne jouirait pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou quasi-délit ».

La formule, heureuse en elle-même, est trop restrictive en ce qu'elle ne vise que les sources d'obligations prévues par le Code civil. On a fait remarquer qu'il fallait également viser les actions garantissant les droits réels et M. Rouast propose de définir le caractère subsidiaire de l'action de *in rem verso* en disant : « l'action doit être écartée toutes les fois que le demandeur a la disposition d'une autre voie de droit pour obtenir satisfaction » [3].

Ce caractère subsidiaire, sur lequel nous reviendrons, marque à merveille le caractère de l'action. Pour empêcher les enrichissements injustes, le législateur a créé des règles juridiques dont la mise en jeu est subordonnée à des conditions précises. Ayant donné une voie de droit, il a fait assez pour celui qui s'est appauvri. Il appartient à la personne appauvrie d'intenter cette action. Mais, si les conditions juridiques de cette voie de droit ne sont pas réunies, la personne enrichie ne peut se flatter d'échapper à son devoir, parce que le moyen juridique manque qui la rappellerait à l'ordre. Elle reste tenue parce qu'elle a le devoir de restituer cet enrichissement illégitime.

(1) Cass. Req., 12 mai 1914, S. 1918, 1, 41 et 2 mars 1915, D. 1920, 1, 102. Voir aussi : Cass. Civ., 12 février 1923, D. 1924, 1, 129, note ROUAST.

(2) AUBRY et RAU, 4e éd., t. VI, § 578, et ajouter les observations de M. BARTIN dans le t. IX de la 5e éd. — Comp. ZACHARIÆ, 2e éd., 1839, t. IV, § 576.

(3) ROUAST, *op. cit.*, n° 26, p. 52.

L'équité intervient pour corriger l'imperfection des moyens juridiques. La personne enrichie abuserait de sa situation légale, en apparence régulière, si elle conservait l'enrichissement et la morale défend cet abus de situation comme elle défend l'abus des droits[1].

136. — Cet appel à l'équité effraye les juristes, et ils veulent essayer de délimiter exactement les conditions d'application de l'action *de in rem verso*. D'où tant d'études parues depuis une vingtaine d'années sur l'enrichissement sans cause. Le désir est sans doute louable et l'œuvre n'est pas inutile ; mais ce qu'il y a de remarquable, c'est que tous ces efforts ont tendu au fond à dépouiller l'action de son caractère moral. Il a semblé qu'elle n'aurait vraiment belle apparence juridique que lorsqu'on serait arrivé à masquer ce besoin d'équité qui en est le fondement ou tout au moins à la couler dans une forme juridique déjà connue.

Quand il s'agit de fixer l'étendue de la responsabilité civile, personne n'est effrayé de la formule générale de l'article 1382 et la notion de faute a beau être protéiforme, on ne la critique que pour la trouver trop étroite. En matière d'enrichissement sans cause, on cherche au contraire à accumuler les conditions juridiques comme s'il était impossible en analysant la seule idée de devoir moral de découvrir dans quels cas l'enrichi est obligé. Ne nous effrayons pas trop de ces restrictions. Rappelons-nous qu'autrefois la règle que nul ne doit nuire à autrui s'est, elle aussi, manifestée par la création de délits spéciaux. La notion d'*injuria* n'a cessé de s'élargir depuis la vieille loi Aquilie et il a fallu des siècles pour arriver au principe consacré par l'article 1382. Nous sommes encore

(1) Il est très caractéristique que la théorie de l'enrichissement sans cause se soit développée à la même époque que la théorie de la responsabilité civile au cas d'abus de droit.

bien près de l'époque où la restitution de l'enrichissement sans cause ne se faisait que par des moyens juridiques précis. Il y a à peine une trentaine d'années que l'indépendance de l'action *de in rem verso* a été proclamée. Peut-être un jour la reconnaissance d'une règle générale rendra-t-elle inutile la précision des cas particuliers de restitution. Nous aurons alors dans notre droit une règle semblable à celle qui se trouve aujourd'hui formulée pour la responsabilité civile. Il n'y a pas de raison de principe pour que cette règle ne puisse être dégagée.

Elle ne peut pourtant être défendue que si on parvient à en découvrir le fondement. C'est là la recherche essentielle à l'heure actuelle, puisque de son résultat dépend l'avenir de l'action.

137. — On a tout d'abord pensé à trouver le fondement juridique de l'action dans l'idée de *transmission de valeur*. Aubry et Rau sont les auteurs responsables de cette thèse. C'est à propos de la théorie du patrimoine qu'ils traitent de l'action *de in rem verso* et ils en donnent cette formule : « faculté de réclamer au moyen d'une action personnelle la restitution des objets ou des valeurs apportés au patrimoine » [1].

Il me paraît certain qu'Aubry et Rau ont été inspirés par les applications particulières que donne le Code civil à propos des biens : reprise en nature du champ emporté par la rivière en cas d'avulsion (art. 559), restitution en nature ou en valeur de la chose mobilière (art. 566 et suiv.), indemnité pour les plantations, constructions et ouvrages faits sur le terrain d'autrui (art. 555). Le législateur a déclaré lui-même que le droit d'accession est « entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle » (art. 565). On peut donc, en vertu de ce principe d'équité, autoriser la recherche de la chose qui a quitté

(1) AUBRY et RAU, 4e éd., t. VI, § 578.

un patrimoine et que l'on voit dans un autre. Au surplus la place même qu'Aubry et Rau donnent en droit civil à l'idée d'enrichissement sans cause les amenait à défendre la nature patrimoniale de l'action.

M. Bartin, développant la pensée d'Aubry et Rau, dit : « La *versio in rem* est l'altération du patrimoine d'une personne en conséquence du passage injustifié de certains éléments du patrimoine dans un autre qui y restent reconnaissables » [1]. Il lui donne un « fondement patrimonial » [2] et va jusqu'à admettre au cas de conflit de lois, l'application de la loi du lieu où le patrimoine appauvri est réputé situé [3].

Comme la théorie d'Aubry et Rau a eu une très grande influence sur la jurisprudence, il n'est pas étonnant de retrouver dans beaucoup de décisions l'idée de la transmission de valeur. Dans l'arrêt célèbre du 15 juin 1892, qui a affirmé l'existence de l'action de *in rem verso*, il y avait transmission matérielle de la chose puisqu'il s'agissait d'engrais incorporés au sol. De même, en cas de travaux qui profitent à des copropriétaires indivis, on voit l'immeuble matériellement augmenté par les améliorations. L'action de *in rem verso* apparaît alors comme une sorte de revendication en nature de la plus-value.

C'est pour cela que l'existence d'un lien de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement est apparu à certains auteurs comme essentielle. Il faut pouvoir suivre la valeur passant d'un patrimoine dans un autre. Or, si la chose est relativement facile dans le cas de passage direct, l'observation du lien de causalité est beaucoup plus malaisée lorsqu'un tiers patrimoine s'interpose entre les deux premiers, la personne appauvrie ayant livré la

(1) Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., t. IX, p. 361, note 9.
(2) Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., t. IX, p. 361, note 9, *duodecies*.
(3) Cass. Req., 23 février 1891, S. 95, 1, 78, et Bartin, *op. cit.*, p. 136.

valeur à un tiers qui l'a remise à la personne enrichie, par exemple le marchand livrant au fermier des engrais qui sont répandus sur la terre du propriétaire. Alors on doit s'attacher plus fermement encore à suivre la valeur qui passe ainsi de main en main [1].

Cette conception en quelque sorte matérielle de la *versio in rem*, admise par Aubry et Rau pour rattacher juridiquement l'action à la revendication ou à la pétition d'hérédité, ne me paraît pas défendable [2]. La restitution est, dit-on, conforme à l'équité parce que l'action protège la propriété. Mais dans le conflit de droits entre le possédant d'hier et le possédant d'aujourd'hui, l'antériorité de la possession est-elle un argument décisif? Le Code civil ne l'a pas pensé, puisqu'il éteint rapidement le recours en cas d'avulsion, fait des distinctions suivant la bonne ou mauvaise foi au cas d'accession, exige l'erreur du *solvens* dans la répétition de l'indu, et fait même disparaître la revendication mobilière devant le droit de l'acquéreur qu'il juge supérieur.

138. — On s'est bien aperçu de l'insuffisance de l'explication quand on a voulu élargir l'application de l'action de *in rem verso*, et l'admettre même quand l'enrichissement a pris naissance dans le patrimoine de l'enrichi par suite de l'activité du demandeur, même quand l'avantage procuré consiste simplement dans la prévention d'une perte ou dans un bienfait moral. Il était difficile alors de retrouver la transmission de valeur. Il restait pourtant au fond de beaucoup d'esprits cette idée d'un rapport nécessaire entre deux patrimoines qui étaient en équilibre jusqu'au jour où la balance a penché, parce

(1) D'où l'importance attachée à l'analyse du lien de causalité. Voyez G. Ripert et Teisseire, *op. cit.*, p. 40.

(2) Elle est pourtant acceptée par M. Demogue, *Obligations*, III, n° 79, p. 124. — Comp. Savatier, *op. cit.*, p. 203.

qu'une valeur qui était dans l'un des plateaux a été placée dans l'autre. L'action de *in rem verso* doit rétablir l'équilibre patrimonial détruit.

Dans la thèse de M. Louis-Lucas [1] la transmission de valeur économique résultant d'une énergie créatrice est considérée comme la source de l'action *de in rem verso* dans la mesure où cette énergie subsiste dans le patrimoine de l'enrichi. Sous un appareil sociologique et avec un appel aux idées de volonté et de cause, la recherche est orientée dans la direction donnée par Aubry et Rau. Dans l'article de M. Renard [2], moins systématique d'ailleurs, l'enrichissement sans cause est appelé « institution d'équilibre ».

M. Maury s'est fait le défenseur de cette idée d'équivalence [3]. Il trouve dans l'enrichissement sans cause la plus belle démonstration du principe juridique de l'équivalence. La théorie, dit-il, doit être objective et « construite sur le terrain de la conservation nécessaire des patrimoines, sur l'idée d'équilibre ». Cette équivalence basée sur l'équité s'intègre dans la notion générale de cause et justement on a toujours parlé d'enrichissement *sans cause* ; « la cause c'est la force qui justifie d'un patrimoine à un autre un déplacement de valeur ». Il fait appel à la conscience sociale pour reconnaître la seule justice d'un déplacement « auquel correspond un déplacement de même amplitude ».

On reconnaît dans ces études récentes quelques-uns des traits dominants de l'école juridique moderne : le désir d'objectiver, c'est-à-dire au fond de considérer l'obligation comme un rapport purement patrimonial, et

(1) Louis Lucas, *Volonté et cause*, thèse, Dijon, p. 135, 198.
(2) Renard, *op. cit.*, *Revue trimestrielle*, 1920, p. 294.
(3) Maury, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse, 2 vol., 1920. Le tome II traite de l'équivalence dans le domaine extracontractuel, c'est-à-dire de l'enrichissement sans cause.

le désir aussi d'entourer les notions juridiques d'un appareil scientifique : énergie, force, déplacement, équilibre [1].

139. — Ces idées ne sont pas absentes dans l'étude récente présentée par M. Rouast avec tant de finesse, encore que l'auteur fasse en terminant une prière fervente devant l'autel désaffecté du droit naturel. Il nous présente le juge tenant la balance des intérêts quand les hommes ne la tiennent pas eux-mêmes, et nous entendons bien que cette balance, qui est celle de la justice, est inconnue des physiciens, mais tout de même les pesées qu'il imagine ne sont pas purement fictives, et il témoigne à la formule d'Aubry et Rau une admiration sans réserves.

M. Rouast, comme d'ailleurs MM. Louis-Lucas et Maury, est attiré par l'idée de cause, parce que le mot a cours dans la langue juridique. Si ce mot peut servir à caractériser l'enrichissement restituable, tout est sauvé ; la règle morale prend forme juridique. Il entreprend donc d'analyser la cause et, après avoir étudié avec soin la jurisprudence, il conclut : « La cause nous apparaît comme l'élément qui est la contre-partie soit de l'appauvrissement, soit de l'enrichissement, et dont la présence a pour effet de les neutraliser » [2]. Cette définition pourrait d'ailleurs convenir tout aussi bien à la cause dans le contrat. L'idée de cause est une idée générale ; on sera conduit à admettre d'autant plus largement l'enrichissement sans cause que l'on se désintéresse davantage de la notion contractuelle de cause.

Qu'est-ce donc que cette contre-partie qui va empêcher la rupture d'équilibre ? Ce n'est pas du tout une valeur

(1) Rouast, *op. cit.*, n° 23, p. 44. — Comp. dans le même sens Demogue, *Obligations*, III, n° 161, p. 259 ; — Renard, *op. cit.*, p. 289.

(2) On peut, je crois, faire remonter cette tendance aux premières études d'Hauriou.

économique, mais simplement la considération d'une contre-prestation, d'un avantage personnel ou d'un motif moral, étant entendu d'ailleurs qu'il n'y a pas là une conception purement psychologique de la cause mais que la contre-prestation considérée, ou l'avantage, ou le motif moral existe réellement.

Une telle idée soulève tout de suite une objection. Comme les hommes n'ont pas l'habitude d'agir sans que leur action soit motivée par une des considérations semblables à celles que révèle M. Rouast, il s'ensuit qu'il n'y aura jamais, en fait, d'enrichissement sans cause. Il n'y en a en effet que parce que la prestation prise en considération ne se produit pas. Mais il faut alors admettre, ce qui est tout au moins discutable, que la disparition de la cause postérieure à l'enrichissement donne naissance à l'action *de in rem verso*.

D'autre part, quand on examine cette contre-prestation, on se place tantôt au point de vue de la personne enrichie, tantôt au point de vue de celle qui s'est appauvrie : ainsi, dans l'hypothèse ou une personne fait un travail, qui lui est personnellement utile en même temps qu'il procure un avantage à une autre personne, on est bien obligé de constater que l'enrichissement est sans cause, mais on dit alors que l'appauvrissement n'est pas sans cause, parce que celui qui a fait le travail avait en considération son avantage personnel. Ainsi, par un jeu subtil de l'esprit, la cause est envisagée tantôt d'un côté, tantôt de l'autre, afin que l'on puisse toujours retrouver la contre-partie quand on veut refuser l'action *de in rem verso*.

Enfin, quand on cherche les raisons pour lesquelles il n'est pas permis de s'enrichir sans contre-partie, on ne trouve pas autre chose que cette idée vague et inconsistante de la conservation nécessaire du patrimoine. M. Renard, dont les conclusions se rapprochent beaucoup de celles de M. Rouast, y voit une manifestation du désir

de stabilité dans les relations humaines, qui tend « à empêcher les changements imprévus survenus dans l'état des personnes » [1]. M. Demogue, méprisant comme fondement de l'institution « le masque souriant de l'équité », y voit « un certain besoin de sécurité statique dans les fortunes » [2].

140. — Il y a dans la théorie de l'enrichissement sans cause un autre courant d'idées d'une origine plus ancienne. Avant Aubry et Rau, on ne rattachait pas l'action *de in rem verso* à la théorie de patrimoine; on pensait simplement qu'il existait une action en réparation, moins énergique que l'action de gestion d'affaires, puisqu'elle ne tend pas au remboursement de toutes les dépenses, mais qui se rapproche pourtant de cette action, en tant que la personne enrichie est tenue d'indemniser dans la mesure de son enrichissement celui aux dépens de qui elle s'est enrichie.

Planiol, ramenant au contrat et à la loi toutes les sources des obligations, a fondu les obligations quasi contractuelles dans les obligations légales, et la gestion d'affaires est alors apparue comme une catégorie d'enrichissement sans cause [3]. Si la personne enrichie est tenue par l'action *de in rem verso*, c'est parce qu'il existait à sa charge une obligation légale de restitution. En ne restituant pas, elle viole l'obligation légale qui lui incombait. Par suite l'obligation née de l'enrichissement sans cause a un fondement quasi-délictuel. Elle a « son origine dans l'existence d'un fait lésif » et présente « un caractère indemnitaire ». La personne enrichie n'est pas tenue par le fait d'autrui, ce qui serait inadmissible, elle est tenue parce que son enri-

(1) RENARD, *op. cit.*, *Rev. trimestrielle*, 1920, p. 277.
(2) DEMOGUE, *Obligations*, t. III, n° 79, p. 123. Voir aussi *Notions fondamentales du droit privé*, p. 485.
(3) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., t. II, n° 937; *Revue critique*, 1904, p. 224 et suiv.; note au *Dalloz*, 1891, 1, 49.

chissement représente « un état de fait contraire au droit ». Et voici la précision dernière : « Un pareil enrichissement est, d'après sa définition même, un *fait illicite*, puisqu'il est injuste ; il ne serait pas permis à celui qui le possède de prétendre le conserver ».

Ce rapprochement entre la responsabilité civile et l'enrichissement sans cause nous paraît digne de remarque. Il avait déjà été fait par Boistel [1]. La théorie proposée par Planiol a eu de l'influence même sur les auteurs qui, la repoussant en principe, se rattachent plutôt à l'idée d'Aubry et Rau. C'est ainsi que M. Rouast écrit : « L'action *de in rem verso* apparaît dès l'abord comme une action d'indemnité [2] ».

Elle a dans tous les cas été adoptée par un certain nombre d'auteurs [3]. M. Savatier notamment qui fonde l'enrichissement sans cause sur l'équité a été inspiré par ce rapprochement entre les théories de la responsabilité civile et de l'enrichissement sans cause [4].

Ce qui à nos yeux fait la faiblesse de la théorie de Planiol, c'est qu'elle n'est point parvenue à dégager le caractère et l'étendue de l'obligation légale qui pèse sur la personne enrichie. Il n'est pas exact que ce soit l'obligation d'indemniser la personne appauvrie, puisque le montant de l'indemnité accordée ne dépassera jamais le montant de l'enrichissement obtenu. Il n'est pas exact non plus que la seule rétention de l'enrichissement constitue une faute : il n'y a pas faute à profiter de l'activité d'autrui, quand on n'a rien fait pour attirer à soi le bénéfice de cette activité [5]. S'il y avait faute d'ailleurs, l'action en respon-

(1) Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, p. 462.
(2) Rouast, *op. cit.*, n° 6. Il ajoute, il est vrai (p. 13, note du tirage à part), qu'elle n'est pas exclusivement une action d'indemnité.
(3) Vergniaud, *L'enrichissement sans cause*, Paris, 1916 ; — Bouché-Leclercq, thèse, Paris, 1913.
(4) Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse, Poitiers, 1916, p. 132 et suiv.
(5) Comp. Renard, *op. cit.*, p. 269.

sabilité suffirait. Alors de deux choses l'une : ou bien on n'admet l'action *de in rem verso* que dans le cas où l'on peut reprocher à la personne enrichie une faute positive et nous retombons dans le devoir de ne pas nuire à autrui, ou bien on admet que le seul fait de ne pas restituer constitue une faute, mais alors on a une formule dangereuse de responsabilité, puisqu'il va falloir dans l'effroyable complication des opérations juridiques du monde se préoccuper de rendre à chacun le sien.

Si la construction juridique n'a peut-être pas été suffisamment poussée, il reste que Planiol a cherché le fondement de l'action *de in rem verso* là où on peut le trouver : dans l'obligation morale de la personne enrichie de restituer l'enrichissement. Il lui a donné sa véritable place à côté de l'action de responsabilité. L'une et l'autre sanctionnent des obligations civiles qui marquent la ligne de conduite de tout homme.

141. — Ce rapprochement entre la théorie de la responsabilité civile et celle de l'enrichissement sans cause nous a conduit autrefois, avec l'aide d'une précieuse collaboration [1], à esquisser une théorie qui, partant de l'idée de la responsabilité basée sur le risque créé, admettait une répétition de l'enrichissement basée sur le profit procuré. Il ne nous est pas difficile à plusieurs années de distance de nous rappeler l'idée qui nous avait inspiré. Il s'agissait de donner à l'enrichissement sans cause la plus large portée d'application pour lui permettre de prendre l'ampleur de la responsabilité civile et en même temps de serrer la théorie dans un appareil technique protecteur. Le sentiment profond qui nous animait c'était le désir d'attribuer à chaque homme les conséquences bonnes ou mauvaises

(1) G. Ripert et Teisseire, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause de droit civil français*, *Rev. trimestrielle*, 1904, p. 727 et suiv. (M. Teisseire, professeur à la Faculté libre de droit de Marseille, est mort pour la France en 1915).

de ses actes, de ramener l'attention sur la personne qui s'est appauvrie, de montrer que la personne enrichie ne doit pas profiter d'une situation qu'elle n'a pas créée.

Cette théorie, accueillie avec curiosité, a été jugée paradoxale [1]. On lui a reproché, avec juste raison d'ailleurs, de ne pas tenir compte de l'organisation technique de l'action, puisque traditionnellement l'on ne peut réclamer l'*in rem versum* que dans la mesure de l'appauvrissement. On a dit aussi qu'elle participait au caractère aventureux de la théorie du risque et que la récupération de l'enrichissement procuré ne peut être fondé si la responsabilité du dommage causé n'exsite pas sans faute.

Si ces critiques sont en elles-mêmes assez justes, elles ne me paraissent pas décisives, la première parce qu'elle se fonde sur la forme actuelle de l'action *de in rem verso* qui n'est peut-être pas la définitive, la seconde parce qu'elle fait dépendre la critique de la fausseté de la théorie du risque, qui elle-même a besoin de démonstration.

On peut, je crois, adresser une plus décisive critique à la construction doctrinale que nous avons tentée : c'est qu'elle dépouille la théorie de l'enrichissement sans cause de son caractère moral sans lequel elle ne peut vivre. Elle repose sur l'idée de profit créé et suppose que dans le choix nécessaire entre la personne enrichie et la personne appauvrie, l'enrichissement doit fatalement revenir à celui qui l'a créé. Mais cela, c'est tout simplement l'expression de la loi physique de causalité qui ne peut devenir par sa seule force une règle juridique.

On peut faire le même reproche à la théorie proposée par M. Loubers quand il dégage « une cause particulière de responsabilité civile qui n'est ni la faute ni le risque,

(1) Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., t. IX ; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des Obligations* ; — Demogue, *Obligations*, III, no 82, p. 133 ; — Savatier, *op. cit.*, p. 153 et 197 ; — Maury, *op. cit.*, t. II, p. 415 et suiv. ; — Rouast, *op, cit.*, p. 20, note 1 du tirage à part. — La théorie a été acceptée par M. Chaine, thèse citée.

qui est le profit » et lorsqu'il établit cette proposition : « Celui qui profite du dommage subi par autrui est tenu envers la victime à le réparer ». En effet pour lui aussi, l'obligation de réparation repose sur cette seule idée que le profit a été procuré [1].

Peut-être y a-t-il dans cette recherche obstinée du profit procuré une influence inconsciente de la théorie d'Aubry et Rau. Ce profit qui passe d'un patrimoine dans un autre marque le lien de causalité entre l'appauvrissement de l'une des parties et l'enrichissement de l'autre. Si ces deux faits sont les conditions matérielles de l'exercice de l'action, le lien de causalité entre ces faits sera la source même et le fondement de l'action.

Il y a dans tout cela un faux appareil scientifique, une prétention à la mécanique juridique. L'acte ne crée pas des obligations par ses conséquences si en lui-même il n'est pas source d'obligations. Ce n'est pas parce que la théorie du risque créé est discutable qu'on peut combattre la théorie du profit créé, mais c'est parce que la récupération du profit est inadmissible que la charge du risque l'est tout autant. Nous avons fait la contre-démonstration de la théorie du risque créé ; son échec nous a suffisamment démontré la fragilité de la théorie du risque.

142. — Il faut alors en revenir à la considération de la personne enrichie. Planiol avait vu juste, et, dans l'effort fait par M. Loubers pour préciser la théorie, cette conception était exacte qu'il faut chercher la source de l'obligation dans la personne du débiteur. L'enrichissement sujet à restitution, c'est celui qui est injuste parce qu'il est obtenu aux dépens d'autrui. Celui qui s'est ainsi enrichi a le devoir moral d'indemniser celui qui s'est appauvri.

Le problème juridique tout simplement à préciser suf-

(1) Loubers, *Revue critique*, 1912, p. 396 et suiv., 462 et suiv.

fisamment le devoir moral pour qu'on puisse lui donner figure d'obligation civile. Cette précision ne saurait être cherchée qu'en tenant compte du fondement de la restitution. Lorsqu'on fait appel aux idées de causalité, de transmission de valeur, d'équivalence ou de cause, on introduit dans l'enrichissement des notions techniques qui lui sont étrangères, puisqu'elles reposent sur des considérations économiques ou scientifiques et que le problème est d'ordre moral.

De même qu'en ce qui touche la responsabilité civile la jurisprudence est restée fidèle à l'idée de faute, parce que la faute marque la violation du devoir de ne pas nuire à autrui, de même dans l'enrichissement sans cause il faut rechercher dans quels cas il y a violation du devoir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, afin de savoir quand l'enrichissement peut être dit *sans cause*.

Ce n'est pas en effet la possession obtenue à la suite d'une transmission de valeur qui peut à elle seule fonder l'action en restitution. Le possédant peut avoir autant de droit que le réclamant. La possession a pu être acquise par le seul fait du hasard, et il n'est pas défendu de profiter d'un hasard heureux. L'obligation de restituer ne commence que quand il y a faute à conserver [1].

143. — Il est tout d'abord nécessaire que l'enrichissement ait été obtenu aux dépens d'autrui. Le même fait doit consacrer l'appauvrissement de l'un et l'enrichissement de l'autre. On a vu là une manifestation du lien de causalité. En réalité ce n'est pas l'appauvrissement qui est la cause de l'enrichissement ou tout au moins la cause unique. M. Bartin remarque très justement qu'il vaudrait mieux parler « d'une indivisibilité d'origine » [2]. Ce qui en

(1) Comp. les conclusions de Bonnecase dans le *Supplément du Traité de droit civil* de Baudry-Lacantinerie, t. III, nos 142, 150.

(2) Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., t. IX, p. 358. — Comp. Rouast, *op. cit.*, no 12, p. 25 ; — Maury, *op. cit.*, t. II, p. 292.

effet choque l'équité, ce n'est pas le déplacement d'une valeur patrimoniale, c'est que le sort par une mauvaise distribution donne à l'un la peine ou la perte, à l'autre le profit. Aussi y a-t-il lieu à l'action *de in rem verso* même quand aucune valeur n'est sortie du patrimoine de la personne appauvrie, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un travail intellectuel personnel [1], même quand aucune valeur n'est entrée dans le patrimoine de la personne enrichie, par exemple, quand il s'agit d'une perte évitée [2] ou d'un avantage purement moral [3].

L'appauvrissement marque la limite de l'exercice de l'action *de in rem verso*, parce que cette action a un caractère indemnitaire. Traditionnellement il en est ainsi et toute théorie qui tendrait à la répétition complète de l'enrichissement devrait être écartée parce qu'elle méconnaîtrait l'idée réparatrice qui existe dans l'enrichissement sans cause [4].

Il faut réparer. Mais la personne enrichie n'est pas tenue de cette réparation comme la personne responsable ? Tout ce qu'on peut lui demander, c'est de sacrifier l'enrichissement acquis pour aider à cette réparation. Le devoir ne va pas au delà, sans quoi ce serait un devoir d'assistance. Ainsi s'explique que l'action *de in rem verso* ne puisse permettre d'obtenir plus que l'enrichissement.

(1) Poitiers, 2 décembre 1907, D. 1908, 2, 332 ; Montpellier, 5 février 1869, D. 69, 2, 214 ; Aix, 20 décembre 1888, S. 90, 2, 25 (mais ces derniers arrêts sont plutôt une application de la gestion d'affaires) ; Cass. Req., 8 octobre 1871, D. 71, 1, 240. La jurisprudence ne rembourse pas seulement les frais, elle accorde une rémunération du travail professionnel.

(2) Cass. Req., 15 juillet 1873, D. 73, 1, 457 ; Orléans, 1er mai 1889 sous Cass., 2 décembre 1891, S. 92, 1, 92 ; Paris, 17 juin 1899, D. 1900, 2, 105.

(3) Aix, 20 décembre 1888, S. 90, 2, 35 ; Montpellier, 5 février 1869, D. 69, 2, 214. — Rouast, *op. cit.*, n° 10. Voir cependant en sens contraire : Renard, *op. cit.*, Cf. Cass. Req., 31 juillet 1895, D. 95, 1, 391. Cet arrêt a été l'objet d'interprétations différentes.

(4) Nous abandonnons par là complètement l'idée que nous avions soutenue dans notre étude de 1904, d'ailleurs avec des réserves sur le mode de calcul de l'enrichissement.

144. — Reste à déterminer dans quels cas il y aura lieu à réparation.

Tout d'abord la personne enrichie peut avoir le droit de garder l'enrichissement, et j'entends ce mot *droit* dans un sens très précis : une disposition légale lui permet de le conserver. Elle ne saurait avoir alors le devoir moral de le restituer, ou en tout cas, si ce devoir moral existe pour des considérations particulières, il ne saurait valoir que comme obligation naturelle et non comme obligation civile.

Il en est ainsi toutes les fois que la personne enrichie s'est procurée l'enrichissement par un moyen juridique régulier, par un contrat avantageux [1], par une gestion d'affaires utile. Elle est alors tenue de l'obligation contractuelle ou quasi contractuelle, mais elle a le droit de conserver l'avantage acquis [2].

Quand on parle du *caractère subsidiaire* de l'action *de in rem verso*, on confond plusieurs choses différentes [3]. La Cour de cassation indique que les rapports entre les parties ne doivent pas être réglés par des actions naissant de contrats, de quasi-contrats, de délits et de quasi-délits [4], on a ajouté très justement : et de la loi [5]. Dans tous ces cas en effet la personne enrichie a le droit absolue de conserver l'enrichissement.

M. Rouast dit que le demandeur a alors à sa disposition

(1) Par exemple elle est propriétaire et recouvre tout simplement ses biens : Cass. Req., 9 novembre 1904, D. 1905, 1, 489 ; Cass. Civ., 23 avril 1912, S. 1912, 1, 513.

(2) Cass. Civ., 18 octobre 1898, D. 99, 1, 105 ; Paris, 26 juin 1899, S. 1901, 2, 167 ; Req., 7 février 1905, S. 1907, 1, 453 ; Cass. Civ., 9 novembre 1909, D. 1911, 1, 169, S. 1912, 1, 308 ; Req., 23 novembre 1908, D. 1912, 1, 217, note G. Ripert, S. 1910, 1, 425, note Naquet ; Civ., 12 février 1923, D. 1924, 2, 129.

(3) Voy. Almosino. *L'enrichissement sans cause et son caractère subsidiaire*, thèse, Paris, 1931.

(4) Cass. Req., 12 mai 1914, S. 1918, 1, 41 ; 2 mars 1915, D. 1920, 1, 102 ; Cass. Civ., 12 février 1923, D. 1924, 2, 129, note Rouast.

(5) Rouast, *op. cit.*, n° 26, p. 51 du tirage à part ; et note au D. 1924, 1, 129.

une autre action pour obtenir satisfaction. Il ne voit pas que cette satisfaction est d'ordre tout à fait différent. Par l'action contractuelle, le demandeur réclame la contre-prestation promise ; par l'action de gestion d'affaires, ses dépenses utiles ; par l'action délictuelle, une indemnité pour le préjudice causé ; par la revendication, la chose enlevée ; mais dans aucune de ces hypothèses il ne réclame l'enrichissement et, dans toute la mesure où cet enrichissement dépasse le montant légitimement réclamé, il est définitivement acquis, sans que le demandeur à l'action soit autorisé à le réclamer dans la mesure de l'appauvrissement supplémentaire qui lui a été imposé [1].

145. — Si les rapports entre les parties ne sont point à l'avance juridiquement réglés, l'enrichissement est le fait du hasard. S'il était en effet volontairement et même consciemment procuré, il y aurait gestion d'affaires parce que l'appauvri aurait représenté sinon la personnalité, du moins les intérêts de l'enrichi. C'est le hasard qui a réglé l'attribution du profit, non que l'acte de l'enrichi n'ait aucune part dans cette attribution, mais parce que cet acte est détourné de son but. Par exemple, le marchand destinait des engrais à un fermier et ces engrais ont enrichi le propriétaire bénéficiant de la récolte [2] ; le maçon destinait son travail à un propriétaire et les travaux ont profité à un copropriétaire qui n'a pas traité avec lui [3] ; le fournisseur de la femme mariée a été utile au mari qui

(1) Cette différence de résultat est très apparente quand le créancier d'une faillite ne peut se prévaloir de l'action de *in rem verso* contre la masse et doit se contenter de produire à la faillite : Cass. Civ., 12 février 1920, *Gaz. Palais*, 13 avril 1924. Comp. Trib. Roanne, 2 juillet 1924, *Gaz. Palais*, 4 novembre 1924. — MAZEAUD, *Des obligations extracontractuelles de la masse dans la faillite*, Revue critique, 1926, p. 126.

(2) Cass. Req., 15 juin 1892, D. 92, 1, 596, S. 93, 1, 281.

(3) Cass. Req., 20 décembre 1910, D. 1911, 1, 377. Voir aussi Req., 9 novembre 1904, D. 1905, 1. 489.

devait légalement subvenir aux besoins de sa femme [1]; le généalogiste comptait faire l'objet d'un contrat des renseignements obtenus par lui et, le contrat n'étant pas conclu, ces renseignements ont tout de même profité à l'héritier [2].

D'où va naître ici le devoir moral qui pèse sur la personne enrichie? Cette personne a la conviction qu'elle profite injustement du bien ou du travail d'autrui. Elle aurait le droit de bénéficier d'un hasard heureux, si ce hasard qui lui a profité ne nuisait pas à un autre. Elle ne peut le faire si elle tire sa prospérité du malheur d'autrui.

Il faut donc une seconde fois considérer l'appauvrissement dont on demande réparation pour voir s'il y a un devoir de justice à réparer.

On trouve alors de nombreux cas dans lesquels la personne appauvrie n'est pas digne d'intérêt, parce qu'elle a agi dans un intérêt personnel [3]. Si elle a profité de cet action qui en même temps a profité à d'autres, elle ne peut rien réclamer, car il n'y a pas d'injustice à réparer [4]. Si elle a fait un mauvais calcul et procuré à autrui un avantage fortuit alors qu'elle agissait pour s'attribuer à elle-même cet avantage, elle s'est appauvrie par sa faute et personne n'a le devoir moral de réparer les fautes des autres [5].

Il reste les cas où les événements ont été plus forts que

(1) Cass. Civ., 12 janvier 1874, D. 71, 1, 153; Cass. Req., 26 avril 1900, D. 1900, 1, 455, S. 1901, 1, 193; Paris. 17 juin 1899, D. 1900, 2, 105, et Req., 4 février 1901, S. 1902, 1, 229 (fournitures faites à la sœur et utiles au frère). V. Binet, *La femme dans le ménage*, thèse, Nancy, 1904, p. 114.

(2) Poitiers, 2 décembre 1907, D. 1908, 2, 332.

(3) Comp. la solution donnée par le Code civil au cas de mauvaise foi du constructeur (art. 555).

(4) Cass. Req., 6 novembre 1838, S. 39, 1, 160.

(5) Cass. Req., 21 juillet 1903, D. 1904, 1, 181. C'est pour cette raison que l'on refuse une indemnité de plus-value au fermier sortant: Douai, 11 août 1877, S. 78, 2, 150; 10 décembre 1902 et 20 mai 1903, S. 1904, 2, 69.

les hommes. La personne appauvrie faisait, dans son propre intérêt sans doute, mais très régulièrement et sans faute, un acte, dont elle espérait tirer profit; le profit a été pour un autre. Elle a le droit de demander tout au moins qu'on ne lui laisse pas la perte. Ainsi le généalogiste sera indemnisé des frais faits pour la découverte de la succession ; le marchand, du prix des engrais; le maçon du coût des réparations.

146. — Il n'y a de difficulté réelle que dans l'hypothèse où la personne enrichie a obtenu cet enrichissement grâce à l'*intervention d'un tiers* et ne peut opposer à la personne appauvrie aucun droit défini. C'est le cas du propriétaire qui bénéficie des engrais répandus par son fermier et a le droit d'en bénéficier en vertu de son contrat de bail, mais ne peut opposer ce contrat au vendeur des engrais qui y est resté étranger. Pour expliquer le droit du propriétaire, on a imaginé des analyses assez subtiles sur l'effet à l'égard des tiers de la situation contractuelle [1]. Il suffit de remarquer que le propriétaire ne s'enrichit pas injustement puisque cet enrichissement lui vient par l'effet de ses rapports contractuels avec le fermier [2]. M. Rouast parle avec raison dans ce cas de « la cause de l'enrichissement [3] ». Il a simplement le tort de ne pas voir que cette cause, consistant dans une contre-prestation, n'est pas du tout fournie à la personne appauvrie. Ce n'est donc pas ici l'idée juridique de cause qui empêche le recours ; c'est tout simplement l'absence de tout devoir moral de restitution. Quand on arrive à parler de cause légale [4], on ne fait pas autre chose que constater le caractère équitable ou injuste de l'enrichissement.

(1) Voir la note de LABBÉ, S. 93, 1, 281.
(2) Cass. Civ., 18 octobre 1898, D. 99, 1, 105 ; Paris, 26 juin 1899, S. 1901, 2, 167 ; Cass. Req., 7 février 1905, S. 1907, 1, 453.
(3) ROUAST, *op. cit.*, n° 15, p. 32.
(4) ROUAST, *op. cit.*, n° 23, p. 46.

D'ailleurs, si on se plaçait au point de vue de la personne appauvrie, on constaterait que cette personne ne s'est pas appauvrie sans cause. Ce fournisseur d'engrais comptait au contraire agir contre l'acquéreur et cette action existe à son profit. Elle se trouve simplement paralysée en fait par l'insolvabilité de l'acquéreur. La jurisprudence n'en admet pas moins l'action *de in rem verso*, parce qu'elle constate l'enrichissement injuste du propriétaire. On dit alors : l'action dans ce cas n'est plus subsidiaire parce que l'obstacle qui empêche le demandeur d'agir par la voie normale de l'action contractuelle est un obstacle de fait qui ne dépend pas de la faute du demandeur. Cette explication n'est donnée que parce que l'appauvrissement n'apparaît pas sans cause. Plaçons-nous dans la situation du défendeur : il n'y avait pas d'autre action contre lui que l'action *de in rem verso*.

147. — En somme, toutes les constructions juridiques auxquelles a donné lieu l'enrichissement sans cause apparaissent à peu près inutiles pour expliquer le domaine et et la portée de l'action. Ce que l'on a essayé, c'est de dissimuler le caractère moral de la règle posée. Dans la pratique les tribunaux se demandent simplement si la personne enrichie n'a pas le devoir de justice d'indemniser la personne appauvrie, dans la mesure où cette personne s'est appauvrie, si elle s'est elle-même enrichie [1]. D'où la formule très large de l'action donnée en 1892 par la Cour de cassation. On a dit que la Cour de cassation avait modifié cette formule dans ses arrêts postérieurs en empruntant celle d'Aubry et Rau. Mais à la vérité, si la seconde formule est plus précise que la première, elle

(1) C'est pourquoi on n'admet pas l'action de *in rem verso* lorsque l'enrichissement n'a été qu'un avantage passager qui a disparu au moment où l'action est intentée : Lyon, 11 janvier 1906, D. 1906, 2, 132 ; Cass. Req., 23 novembre 1908, D. 1912, 1, 127, note G. Ripert, S. 1910, 1, 425, note Naquet.

n'en modifie pas le sens, car, en 1892, la Cour de cassation avait bien dit que l'action reposait sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et l'application qu'elle en avait faite était correcte.

Ce que la Cour de cassation a précisé dans ses arrêts postérieurs, c'est le *caractère subsidiaire* de l'action. Il faut bien s'entendre sur ce caractère. Il signifie qu'avant de se poser la question du devoir moral de la personne enrichie, il faut examiner si cette personne n'est pas tenue civilement ou si elle n'est pas au contraire déliée par l'application d'une règle de droit. Là ou les recours juridiques ont été établis sur des bases précises, il n'y a plus lieu de parler de devoir moral, le recours étant supposé donner satisfaction à l'équité. M. Rouast a très bien marqué cette idée et en a fait le principe du caractère subsidiaire de l'action.

Mais comme il a commencé par poser un prétendu principe de droit naturel sur l'équilibre de prestations, il a eu toutes les peines du monde à expliquer pourquoi il ne donnait pas l'action *de in rem verso* quand cet équilibre n'était pas réalisé et il a été obligé d'invoquer les considérations pratiques ou l'infériorité du droit positif, sans nous dire pourquoi le droit positif ne doit pas tenter de se rapprocher de la justice parfaite.

Cela suffirait à démontrer l'insuffisance et le péril de ces appels au droit naturel. Qu'est ce prétendu principe de l'équilibre des prestations que la nature imposerait comme je ne sais quelle loi physique sur les vases communicants? Si les prestations fournies étaient mathématiquement égales, leur échange n'offrirait aucun intérêt. Ce qui est défendu par la morale, ce n'est pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, c'est de s'enrichir *injustement*. Mais comme il faut dans la vie sociale éliminer dans la mesure du possible les appréciations différentes de la justice, le législateur a donné un cadre pour l'organisation de rap-

ports sociaux. Celui qui s'enrichit aux dépens d'autrui dans l'emploi régulier de ces moyens juridiques est peut-être tenu en conscience, mais cette obligation de conscience ne deviendra jamais une obligation civile : ainsi celui qui s'enrichit par un contrat lésionnaire ne pourra pas être légalement tenu de restituer tant que la lésion ne sera pas une cause de nullité du contrat.

D'autres fois l'enrichissement d'une personne provient de l'action de la communauté, soit qu'il y ait plus-value donnée à son patrimoine par la situation économique, soit que tel élément de son patrimoine reçoive d'un travail public un accroissement de valeur. La communauté juridique a alors différents moyens à sa disposition pour réclamer tout ou partie de cette plus-value [1]. Il ne s'agit plus ici de rapports de droit privé.

Restent enfin les cas où une personne s'enrichit par le même acte qui appauvrit autrui. L'injustice de la répartition due au hasard éclate alors. Rien ne justifie cette attribution. « Une loi qui d'en bas semble injuste et mauvaise » divise les effets de l'acte pour donner à l'un le profit et la perte à l'autre. Dans ce cas celui qui garderait l'enrichissement procuré sans dédommager l'autre personne de l'appauvrissement subi tirerait injustement avantage du malheur d'autrui. La loi morale le lui défend.

De telles situations sont évidemment rares, car il est rare en fait que sans une intervention volontaire et qui serait fautive, par suite génératrice de responsabilité, les effets d'un acte puissent être divisés de manière à séparer le profit du risque. C'est peut-être cette rareté de l'hypothèse qui l'a fait négliger autrefois. Une analyse plus fine des situations juridiques a révélé le problème. Une cons-

(1) En dehors de l'impôt on peut citer la récupération des plus-values causée par l'exécution de travaux publics. Voir sur le rapport de cette règle du droit administratif avec l'enrichissement sans cause : G. RIPERT, *Des plus-values indirectes résultant de l'exécution des travaux publics*. Thèse, Aix, 1904.

cience plus sévère n'a pas permis de négliger l'observation du devoir. On est alors allé chercher dans l'arsenal juridique cette vieille action *de in rem verso*, débris rouillé de la procédure romaine. Mais il faut se garder d'un mépris qu'excuseraient les dénominations d'enrichissement sans cause et d'action *de in rem verso*. Ce que le droit moderne consacre, c'est tout simplement le devoir moral de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui.

III

LE DEVOIR D'ASSISTANCE

148. Difficulté de sanctionner juridiquement le devoir d'assistance. — **149**. Assistance par l'Etat : réparation des dommages de guerre. — **150**. Assistance familiale : obligation alimentaire. — **151** Assistance professionnelle : les accidents du travail. — **151** *bis*. Les allocations familiales. — **152**. Assistance à raison de la communauté de péril : assistance maritime. — **153**. Devoir de reconnaissance sanctionné par la loi. — **154**. Dommage souffert par une personne que l'on avait l'obligation d'assister. — **155**. Dommage souffert au service d'autrui. — **156**. Cas où le créancier réclame l'assistance : état de nécessité, action *ad exhibendum*.

148. — En énonçant le devoir de ne pas nuire à autrui et celui de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, nous avons pu placer à côté du devoir l'obligation juridique qui en découle et le traduit. A la suite de ce titre : devoir d'assistance, nous ne pouvons pas faire de même. Il n'y a pas de règle juridique générale qui puisse être considérée comme précisant et sanctionnant le devoir d'assistance [1].

S'il fallait en croire certains auteurs, ce refus de sanction tiendrait à la rigoureuse séparation du droit et de la

(1) Comp. CAMPION, *La notion d'assistance en droit privé*, Bruxelles, 1926. — ASTRUC, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, thèse Montpellier, 1929.

morale. Les devoirs de justice trouvent dans la loi civile leur définition et leur sanction ; les devoirs de charité restent dans le domaine de la conscience qui peut seule en mesurer l'étendue et en assurer le respect.

Cette séparation entre les devoirs de justice et les devoirs de charité ne saurait être maintenue. L'observation des devoirs de charité envers le prochain marque la supériorité morale d'une société, et c'est pour être imprégnée de cette idée chrétienne que la société moderne est incontestablement supérieure à la société antique. Il suffit d'ailleurs de sanctionner un devoir de charité pour que l'observation de l'obligation imposée envers le prochain devienne devoir de justice et la séparation n'a pas la netteté qu'on voudrait lui donner.

En réalité, il est un autre motif, qui rend bien difficile la sanction légale des devoirs de charité. C'est la difficulté de déterminer la personne du créancier et l'objet de l'obligation. La *caritas generis humani* peut bien obliger en conscience une personne à secourir les pauvres ou les malades, mais, comme il est impossible de préciser envers quelles personnes existe ce devoir et par quel sacrifice on y satisfera, le devoir ne peut se transformer en obligation.

Il suffira donc pour voir apparaître l'obligation juridique de pouvoir dans certains cas indiquer envers quelle personne et pour quel fait ou pour quelle somme existe le devoir de charité. Ce ne sera sans doute que dans des cas particuliers. Mais est-ce que dans le vieux droit romain, la responsabilité existait en dehors des cas précis où la loi créait une action délictuelle ou quasi-délictuelle ? Lorsque ces cas ont été assez nombreux, on est arrivé à proclamer un principe général de responsabilité civile. Le même progrès juridique sera-t-il un jour réalisé pour l'obligation d'assistance ? Contentons-nous pour le moment d'indiquer dans quelles hypothèses l'obligation d'assistance peut être instituée.

149. — Il faut laisser de côté l'assistance due par la société politique aux membres qui sont incapables de subvenir à leur existence par leur travail ou leurs capitaux : vieillards, infirmes, enfants abandonnés, femmes en couches. La collectivité se substitue ici à l'initiative individuelle. L'assistance est légale ; les conditions dans lesquelles elle est accordée sont déterminées d'une façon précise ; les particuliers contribuent par l'impôt à l'assurer.

J'insisterai davantage sur l'hypothèse où la collectivité répare un dommage causé à une personne, parce que dans le cas l'obligation d'assistance se rapproche de la responsabilité civile. On a cité les lois qui ont établi l'indemnisation au cas de revision de procès criminels (loi du 8 juin 1895) ou au cas de dommages causés par des attroupements (loi du 16 avril 1914) comme des manifestations de la théorie du risque. Ce sont en réalité des lois qui reposent sur l'idée de solidarité entre les membres de la collectivité, c'est-à-dire sur l'idée d'assistance.

La *réparation des dommages de guerre*, prescrite par la loi du 17 avril 1919, nous fournit un excellent exemple de ces lois de réparation qui ne doivent rien à l'idée de responsabilité. La destruction par un fait de guerre a toujours été considérée comme due à un cas de force majeure et la victime de ces dommages les a toujours subis sans recours. Pendant le cours de la dernière guerre s'est au contraire affirmée cette idée que la victime du dommage de guerre a un véritable droit à une réparation et que ce droit peut être exercé non pas contre la Puissance ennemie, auteur de la destruction ou en tout cas de la guerre, mais contre l'Etat français [1]. Si quelques auteurs ont sou-

(1) *Le Comité national d'action pour la réparation des dommages de guerre* a été constitué à Paris sous la présidence de M. LARNAUDE. Ce Comité a publié une série d'études et la *Revue politique et parlementaire* a reproduit certaines de ces études. Voir notamment sur le fondement du droit : LARNAUDE, fasc. G., et *Revue* du 10 juin

tenu que les victimes de la guerre devaient être secourues, mais ne pouvaient réclamer une réparation légale [1], le plus grand nombre de juristes ont, au contraire, affirmé l'existence du droit à réparation, non comme une mesure exceptionnelle, mais comme une application logique de l'idée de solidarité [2]. Le dommage de guerre est un risque social ; il faut répartir ce risque entre tous les membres de la collectivité et il n'est d'autre moyen pour arriver à cette répartition que d'imposer à l'Etat la réparation des dommages de guerre [3].

L'adoption de ce principe a conduit à admettre la réparation intégrale du dommage par une assimilation de cette réparation à celle qui découle de la responsabilité civile. Ce fut une erreur économique qui pèse aujourd'hui lourdement sur la situation financière de la France. Les juristes ont leur large part de responsabilité. Ils n'ont su donner la règle nouvelle réclamée par l'opinion publique que sous la formule des règles anciennes. Basant la réparation sur le risque et la responsabilité, ils en sont arrivés à traiter l'Etat français comme s'il était responsable de la guerre et à dresser contre lui des sinistrés qui se présentent en créanciers intransigeants.

Il fallait en réalité admettre la réparation des dommages de guerre non sur le concept de la responsabilité mais sur celui de l'assistance. Si on n'a pas voulu le faire, c'est parce que, bien à tort, on a considéré que

1915, p. 418 ; CARRÉ DE MALBERG, 1915 ; BARTHÉLÉMY, fasc. B., et *Revue*, 10 mai 1915, p. 20 ; HAURIOU, fasc. avril 1915 ; MICHOUD, fasc. L.

(1) VILLEY, *Journ. des Economistes*, 1915, p. 218 ; — COLSON, *Journ. des Economistes*, 1915, p. 71.

(2) Voir les travaux du *Comité national* précité : ajoutez JÈZE, *Revue de droit public*, 1915, p. 54 ; — GENY, *Science et technique*, t. II, n° 174 ; — MILLIOT, *Les principes directeurs de la loi sur les dommages de guerre*, *Rev. trimestrielle*, 1919, p. 47.

(3) Voir la critique très vive de M. JACQUELIN, *Le droit social et la réparation des dommages en région envahie*, 1917, et *Revue politique et parlementaire*, 1917, p. 297.

l'assistance, parce qu'elle serait bénévolement accordée, ne créerait pas de droit et que l'obligation d'assistance ne rentre pas dans le cadre de la législation civile. Il faut au contraire poser le *droit à l'assistance* dans certains cas. Les sinistrés avaient le droit d'obtenir une réparation. Mais cette obligation d'assistance devait être organisée techniquement. Il n'y a aucune raison pour que l'assistance soit immédiate et intégrale. Elle doit être accordée en tenant compte non seulement de la situation du créancier mais aussi de celle du débiteur. Dans la loi sur les dommages de guerre, l'organisation technique est dominée par le principe de la réparation intégrale. Elle aurait dû au contraire suivre cette idée nouvelle d'assistance obligatoire et en délimiter la portée.

Je signale la difficulté et je n'insiste pas sur ces lois spéciales, parce que ces règles, mettant l'obligation à la charge de l'Etat, échappent au droit privé. Il suffit de noter comment le principe juridique faussement appliqué a pu avoir des inconvénients pratiques.

150. — En droit privé nous allons voir l'obligation d'assistance apparaître entre les personnes qui font partie du même groupement. Nous la trouverons tout d'abord dans le cercle familial. L'article 212 établit *entre les époux* une obligation réciproque d'assistance et cette obligation comprend à la fois le secours personnel et le paiement éventuel d'une pension alimentaire.

L'obligation d'assistance existe également entre certains parents et alliés et la loi détermine ici les créanciers et les débiteurs de l'obligation en même temps qu'elle en précise l'objet, qui est la *pension alimentaire* (art. 203 et suiv. C. civ.). L'article 210 permet exceptionnellement de s'acquitter de l'obligation alimentaire en offrant au créancier le logement, la nourriture et l'entretien. La loi du

7 février 1924 a fait de certains cas d'inexécution le délit d'abandon de famille.

Le devoir moral qui impose l'obligation légale est ici tellement impérieux que l'obligation alimentaire a été admise au profit des enfants naturels [1], et réciproquement de leurs parents, bien qu'il n'y ait pas de texte qui donne la solution.

Quant aux autres parents et alliés, il a paru d'autant plus impossible de leur imposer l'obligation alimentaire que les liens familiaux se font aujourd'hui moins étroits et moins forts. Mais la jurisprudence admet qu'il y a tout au moins une obligation naturelle et nous verrons combien elle entend largement cette obligation [2] (n° 199).

Enfin, sous couvert de réparer le préjudice causé par la séduction ou le maintien des relations de concubinage, les tribunaux ont reconnu qu'il y avait entre les concubins une sorte de société emportant tout au moins une obligation mutuelle d'assistance [3].

151. — J'expliquerais volontiers par la même conception les lois sur les *accidents du travail*. Elles reposent sur l'idée du risque professionnel. Or la profession unit dans un même intérêt l'employeur et les ouvriers. Si un accident se produit, le patron a l'obligation d'en réparer les conséquences non parce qu'il est responsable, mais parce qu'il doit légalement assister son ouvrier. Aussi la loi détermine-t-elle l'étendue de l'obligation du patron et le calcul n'est plus le même qu'en matière de responsabilité. L'indemnité est forfaitaire. Quand, par exemple, l'ouvrier reçoit le demi-salaire, on voit très bien l'idée

(1) Cass. Req., 13 juillet 1886, D. 87, 1, 119, S. 87, 1. 65, note CHAVEGRIN.

(2) Voir notamment : Cass. Req., 7 mars 1911, D. 1913, 1, 404; Cass. Req., 5 mai 1868, D. 69, 1, 285, S. 68, 1, 25.

(3) Rennes, 7 mars 1904, D. 1905, 2, 305, note PLANIOL, S. 1907, 2, 241, note HÉMARD.

d'assistance. J'ai déjà fait remarquer d'ailleurs la façon très large dont la jurisprudence entend le fait du travail et la difficulté qu'elle éprouve à admettre une faute inexcusable de l'ouvrier. L'ouvrier est en réalité protégé contre ses propres fautes. C'est tout aussi inexplicable au point de vue de la responsabilité objective qu'au point de vue de la responsabilité délictuelle ; c'est tout à fait clair et sensé avec l'idée d'assistance. Le patron assiste l'ouvrier et le protège tout au moins contre ses fautes inévitables [1].

D'autre part, cette prétendue répartition des risques pourrait se défendre dans une entreprise industrielle de quelque importance ; elle ne signifie pas grand chose dans les petites entreprises à un ou deux ouvriers. La meilleure preuve, c'est que la loi du 9 avril 1898 a énuméré les entreprises industrielles auxquelles le principe du risque professionnel était applicable et vise en fait les industries importantes. Mais, quand on applique la loi sur les accidents du travail aux ouvriers agricoles (loi du 15 décembre 1922) et à plus forte raison aux domestiques (loi du 2 août 1923), dira-t-on encore que la réparation des accidents est prélevée sur les frais généraux de l'entreprise, parce que l'entreprise doit supporter les risques qu'elle crée ? Il devient sensible que le maître assiste son domestique et qu'il n'y a aucun rapport entre l'accident fortuit survenu et le service rendu.

Dans l'article 262 du Code de commerce [2] on voyait déjà apparaître cette obligation d'assistance envers le marin malade ou blessé. Elle avait été admise à une époque où on ne parlait pas encore du risque professionnel,

(1) Sur le caractère alimentaire de la réparation des accidents du travail, voy. ROUAST et GIRARD. *Traité du droit des accidents du travail*, 1934, nº 20, p. 27.

(2) Remplacé aujourd'hui par l'art. 79 de la loi du 13 décembre 1926 portant *Code du Travail maritime*.

mais où la vie sur la mer rapprochait assez les hommes pour que l'assistance parût sacrée [1].

Si dans l'explication des lois sur les accidents du travail on écarte l'idée d'assistance, c'est parce que les juristes répugnent à rendre l'assistance obligatoire, c'est-à-dire à la faire entrer dans la science juridique. Ils s'imaginent que ce serait diminuer la valeur du droit reconnu à l'ouvrier que de faire reposer ce droit sur le devoir d'assistance du patron. La charité ne crée pas de droits. C'est là une idée juridique vieillie qui reposait sur l'oubli de la véritable nature du devoir d'assistance. Il n'y a pas seulement un vague devoir de prêter à autrui un secours passager dans les limites que l'on fixera soi-même, mais une véritable obligation qui se précise vis-à-vis des hommes qui vous prêtent leur concours et travaillent pour vous. Si le patronat avait gardé l'idée chrétienne du travail, il aurait vu que ses devoirs envers les ouvriers ne sont pas laissés à sa libre appréciation, mais doivent se traduire en une formule positive d'assistance. Il faut sans doute organiser et délimiter légalement l'étendue de ce devoir. La loi civile qui le fait garde le caractère moral. Sous l'idée nouvelle de solidarité, on laïcise l'idée morale de la charité. Ceux qui croient plus grande la force de l'idée de solidarité méconnaissent que le devoir de charité est aussi impérieux que le devoir de justice.

151 *bis*. — Il apparaît dans la législation contemporaine une tendance à faire assister l'ouvrier par le patron. La pratique des *allocations familiales* en est un exemple. Cette création est d'initiative patronale. Elle a rencontré de la part des ouvriers des résistances qui ont assez vite disparu quand l'usage s'en est répandu. Le législateur est intervenu et la loi du 11 mars 1932 a rendu obligatoires

(1) G. RIPERT, *Droit maritime*, 3e éd., t. I, no 582, p. 575.

les allocations familiales. Pour qu'il n'y ait aucune injustice à imposer l'obligation et aucun intérêt pour le patron à employer des ouvriers célibataires la loi a prescrit l'organisation de caisses de compensation destinées à répartir la charge entre tous les patrons. On voit ici combien dans le contrat de travail l'idée de la rémunération du service rendu n'est plus la seule qui justifie le salaire de l'ouvrier. S'il faut tenir compte de la situation familiale de cet ouvrier c'est bien que le patron a l'obligation morale de ne pas considérer les services rendus comme équivalents quelle que soit la personne qui les lui rend.

152. — Il y a dans nos lois un cas très remarquable d'obligation légale d'assistance qui a été admis à cause des rapports particuliers de l'assistant et de l'assisté : c'est l'assistance maritime [1]. La communauté de risques et d'intérêts permet de préciser et de consacrer le devoir moral. Déjà en 1566, par la célèbre constitution *Cum nobis*, le pape Pie V ordonnait aux marins et aux pêcheurs de prêter assistance aux navires en péril. En 1681, le Roi, pour seconder l'action de la papauté, prescrivait à ses sujets dans l'*Ordonnance sur la marine* de « faire tout devoir pour secourir les personnes qu'ils verront dans le danger de se perdre » (liv. IV, tit. XI, art. 3). L'individualisme de la législation napoléonnienne a laissé tomber la prescription et il a fallu longtemps pour la reprendre.

C'est la loi du 10 mars 1891 (art. 4) qui, au cas d'abordage, a prescrit à chacun des navires entrés en collision « d'employer tous les moyens dont il dispose pour sauver l'autre bâtiment ». La rencontre a créé entre les deux navires un lien suffisant pour obliger à l'assistance. L'obligation est pénalement sanctionnée. La Convention de Bruxelles sur l'abordage du 23 septembre 1910 (art. 8)

(1) G. Ripert, *Droit maritime*, 3e éd., t. III, nos 2137 et suiv.

a imposé cette obligation à tous les navires battant pavillon de l'un des Etats contractants.

La seconde convention de Bruxelles de la même date sur l'assistance et le sauvetage a, même hors du cas d'abordage, imposé à tout capitaine l'obligation de prêter assistance « à toute personne même ennemie trouvée en mer en danger de se perdre » (art. 12). La loi du 29 avril 1916 (art. 12) a introduit cette obligation dans notre législation interne et lui a donné une sanction pénale. Le décret du 6 avril 1923 sur la radiotélégraphie a ajouté toute une réglementation de l'assistance requise par appel de détresse [1].

L'assistance n'est due qu'aux personnes, mais elle est due gratuitement. Le sauveteur de vies humaines n'a pas droit à rémunération; toutefois on lui accorde une part dans le sauvetage des biens, s'il y a des biens sauvés. Ce n'est là que la première étape. Il est probable que le droit maritime arrivera à reconnaître et à sanctionner une obligation générale d'assistance en mer pour les biens comme pour les personnes.

Dans la loi sur la navigation aérienne du 31 mai 1924 (art. 57), l'obligation d'assistance a été étendue aux aéronefs qui se trouveraient en mer. Le jour où il sera possible de concevoir l'assistance entre aéronefs en circulation il est certain que l'on édictera une obligation réciproque d'assistance; déjà un projet de convention a été préparé.

Pourquoi ne pas poser une règle générale d'assistance aux personnes en péril? C'est, a-t-on dit, parce qu'il est impossible de déterminer la personne du débiteur. L'objection n'est pas décisive, car bien souvent le débi-

(1) *Officiel* du 8 avril 1923. Le décret reproduit les dispositions de la Convention de Londres du 20 janvier 1914 sur la sécurité de la vie humaine en mer, convention que le gouvernement a été autorisé à ratifier par la loi du 4 juillet 1920, mais qui n'a pas été ratifiée et a été remplacée en 1930 par une nouvelle convention.

teur de l'obligation est déterminé par les circonstances. Ainsi, au cas de rencontre d'automobiles, il aurait été facile d'imposer cette obligation comme au cas de collision de navires. La loi du 17 juillet 1918 s'est bornée à créer *le délit de fuite*. La personne qui assiste impassible aux efforts désespérés que fait une autre personne pour se sauver peut-elle prétendre que son abstention est légale [1] ? Dans l'état actuel du droit, il paraît difficile d'admettre la responsabilité de celui qui s'abstient quand il n'a pas l'obligation légale d'agir, mais il serait dans ce cas bien facile de transformer le devoir moral en obligation légale [2].

La jurisprudence la fait parfois en considérant qu'il y a faute à ne pas rendre un service à autrui, lorsque l'on a vis-à-vis d'une personne une obligation morale d'aide et d'assistance, par exemple un maître envers son domestique [3].

153. — Nous allons voir l'obligation d'assistance apparaître également, lorsqu'il y a à la charge d'une personne un devoir particulier de reconnaissance envers une autre.

(1) Le Code italien sanctionne pénalement l'obligation de prêter secours à une personne en péril quand on peut le faire sans danger pour soi-même.

(2) M. Appleton (*L'abstention fautive en matière délictuelle, Revue trimestrielle*, 1912, p. 593) propose de créer un délit pénal. Comp. sur ce point l'arrêt de Poitiers du 20 novembre 1901, D. 1902. 2, 81, note Le Poittevin, S. 1902, 2, 305, note Hémard ; — Garçon, *Code pénal annoté*, art 295, nos 24 et 311, no 47. — Voy. aussi Crouzel, *Les prétendus délits et quasi-délits d'omission*, Revue générale, 1922, p. 168 et 135 ; 1923, p. 26 et 97 ; — Campion, *La notion d'assistance en droit privé*, Bruxelles, 1926.

(3) Paris, 2 janvier 1919, D. 1920, 2, 128 (domestique abandonné par son maître durant l'invasion allemande) ; Rouanne, 20 juillet 1922, D. 1922, 2, 110 (accident arrivé à un domestique par l'emploi d'essence) ; Trib. du Puy, 10 janvier 1925, *Gaz. Palais* (séduction d'une jeune fille due à la promiscuité de l'habitation). Mais voir Cass. Civ., 4 février 1924, *Gaz. Palais*, 12 mars 1924, qui déclare que le maître n'est pas responsable de la destruction des effets du domestique par l'incendie de la maison.

Ainsi le donataire a des devoirs de gratitude envers le donateur et le Code civil permet au donateur d'agir en révocation de la donation au cas d'*ingratitude du donataire* (art. 955, 1°). La difficulté consiste à préciser l'étendue de l'obligation. Le Code civil indique parmi les cas d'ingratitude le refus d'aliments. On a vu dans cette disposition la reconnaissance d'une véritable obligation alimentaire semblable à celle qui existe entre certains parents ou alliés. Mais la Cour de cassation a estimé que c'était là dépasser la disposition du Code et elle a refusé au donateur toute action autre que l'action en révocation [1]. Ce n'est pas à dire que l'obligation du donataire n'existe pas, mais simplement que juridiquement elle ne dépasse pas l'importance de la donation reçue.

De même on hésite en présence des donations dites *rémunératoires* [2]. En faisant la libéralité le donateur remplit le devoir moral de reconnaissance qu'il avait envers son bienfaiteur. La donation conserve pourtant son caractère juridique, parce qu'il est impossible d'évaluer le montant exact de l'obligation due à titre rémunératoire. Elle est au contraire considérée comme un paiement quand le service rémunéré peut être apprécié en argent et que le donateur a voulu, bien qu'il n'y fût pas obligé, payer ce service [3] ; dans ce cas aucune incapacité de recevoir à titre gratuit ne s'applique plus (art. 909 C. civ.).

La jurisprudence hésite à imposer le rapport et la réduction des libéralités qui sont dictées par le devoir moral d'assistance. Elle y voit plutôt l'exécution d'une obligation naturelle qu'une donation.

Il est extrêmement difficile de préciser l'étendue de ce

(1) Cass. Req., 1er décembre 1919, D. 1920, 1, 5, note G. RIPERT.
(2) TIMBAL, *Des donations rémunératoires*, thèse, Toulouse, 1925.
(3) Cass., 7 janvier 1862, D. 62, 1, 188; — PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., t. III, n° 2506.

devoir de reconnaissance. Dans certains cas la jurisprudence en reconnaît l'existence en considérant comme une faute le fait d'y manquer. Ainsi par exemple elle décide qu'il y a faute de la part d'employés à donner des renseignements sur la maison qui les occupe parce qu'ils doivent se considérer comme solidaires du patron. Il y a également des décisions qui font état du devoir de protection qui incombe au maître vis-à-vis de ses employés et domestiques et qui relèvent la faute du maître qui manque à ce devoir. Ce sont d'ailleurs des décisions isolées.

154. — L'objet de l'obligation se précise pourtant quand il y a eu dommage souffert par la personne que l'on avait l'obligation d'assister. Le dommage peut être calculé et l'action a l'apparence d'une action en réparation. Reste à déterminer le débiteur.

Il est assez facile de le faire quand il y a dommage causé par une personne qui échappe aux lois de la responsabilité civile. L'aliéné, n'ayant pas la conscience de ses actes, n'en a pas la responsabilité (n° **123**) ; mais le dommage causé même inconsciemment précise entre l'auteur et la victime le devoir d'assistance et il est possible de le transformer en obligation légale. Le Code allemand l'a fait en admettant un recours au cas où la victime a besoin de secours et où l'aliéné peut à raison de son état de fortune le fournir facilement. « L'équité exige un dédommagement », dit l'article 829, et le Code suisse : « Si l'équité l'exige le juge peut condamner une personne, même irresponsable, à la réparation totale ou partielle du préjudice qu'elle a causé » (art. 58). Le projet franco-italien du Code des obligations a admis cette obligation de réparation.

Le transport bénévole de personnes victimes d'un accident d'automobile a fait naître une question délicate. La

jurisprudence décide qu'il n'y a pas de responsabilité contractuelle, parce qu'il n'est pas intervenu de contrat de transport entre le conducteur et l'ami qu'il transporte ; il ne peut y avoir de responsabilité délictuelle, quand il n'y a pas de faute établie [1]. Ne serait-il pas pourtant dans certains cas équitable que le conducteur de véhicule assistât celui qu'il a blessé par son fait tout au moins quand il a pris l'initiative du transport ? [2].

Il en est de même quand le dommage provient d'une faute de la victime, mais que ce fait est la conséquence d'une intervention louable au profit d'autrui. La personne qui est blessée en portant secours à une autre personne n'a pas d'action en responsabilité, puisque le dommage provient entièrement de son fait. Elle ne peut prétendre exercer l'action de gestion d'affaires, parce que son acte n'est pas toujours utile, et que d'ailleurs il est difficile d'assimiler l'accident subi à des dépenses faites, et le danger évité à l'enrichissement ou la conservation du patrimoine. Pourtant il serait certainement injuste de laisser la personne blessée sans secours. Les tribunaux lui donnent en général une indemnité [3]. Ils ont quelque peine à en justifier l'attribution. Il serait pourtant assez facile de dire que la personne a une obligation légale d'indemnité envers celui qui lui a prêté secours, et cette formule aurait l'avantage de permettre au juge d'arbitrer équitablement la condamnation sans être obligé d'accorder une réparation intégrale.

(1) Grenoble, 15 novembre 1921 ; Caen, 26 novembre 1924 ; Paris, 9 mai 1925 ; Lyon, 13 mai et 10 juin 1925 ; Dinan, 30 novembre 1925 ; Nîmes, 14 décembre 1925, D. 1926, 2, 121, note Ricol, et les arrêts antérieurs cités dans cette note.

(2) Voy. Josserand, *Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobiles*, D. H., 1926, *Chronique*, p. 22 ; — Ricol, Note au D. 1926, 2, 121.

(3) Cass. Crim., 14 mars 1914, *J. des Parquets*, 1915, p. 72 ; Metz, 19 février 1863, D. 63, 2, 154, S. 63, 2, 123 ; Douai, 12 novembre 1864, S. 65, 2, 76 ; Paris, 10 mars 1892, S. 92, 2, 255 ; Paris, 17 novembre 1894, S. 97, 2, 211 ; Paris, 20 février 1896, S. 97, 2, 107 ; Trib. paix, Paris, 26 septembre 1913, D. 1914, 2, 245 ; Trib. Espalion, 27 novembre 1925, *Gaz. Palais*, 20-21 décembre.

155. — L'hypothèse de la personne blessée en prêtant secours à une autre personne n'est qu'un aspect particulier d'une question juridique qui peut être aussi formulée : la personne qui *éprouve un dommage au service d'autrui* a-t-elle droit à réparation [1] ? La jurisprudence fait une distinction. Elle accorde une indemnité au mandataire par application de l'article 2000 du Code civil, elle refuse toute réparation à celui qui accomplissait un travail pour autrui dans l'exécution d'un contrat de louage de services [2].

Cette distinction serait difficilement justifiable si elle était fondée uniquement sur l'absence dans la réglementation de louage de services d'un texte analogue à l'article 2000. Mais elle repose en réalité sur cette idée que le mandat est donné dans l'intérêt du seul mandant tandis que dans le louage de services chaque partie défend ses intérêts propres. Ainsi le mandant serait tenu moralement d'assister le mandataire au cas de dommages éprouvés dans l'exécution du mandat, tandis que l'employeur n'aurait aucune obligation particulière vis-à-vis d'un employé qui a dû calculer son affaire et faire entrer en ligne de compte les risques qu'il court ; les métiers dangereux sont d'ailleurs mieux rétribués.

Si véritablement l'employé pouvait être considéré comme un entrepreneur prenant certains risques à sa charge et les acceptant à cause de l'importance de la rémunération allouée, on concevrait qu'il ne fût pas traité comme un mandataire. Mais, d'une part, il est loin d'en être toujours ainsi, et d'autre part, le mandataire est assez souvent un mandataire salarié, auquel la même

(1) Dereux, *Du dommage éprouvé au service d'autrui, Revue trimestrielle*, 1908, p. 49.

(2) Cass., 24 janvier 1882, D. 82, 1, 65 ; 14 avril 1886, D. 86, 1, 221. La jurisprudence belge est dans le même sens. Voy. les arrêts cités par Campion, *La notion d'assistance en droit privé*, n° 73, p. 79, note 6.

considération pourrait s'appliquer. Aussi nous paraîtrait-il plus juste de fonder dans tous les cas la solution non pas sur la nature juridique du contrat conclu, mandat ou louage de services, mais uniquement sur la nature du service rendu et la relation entre le dommage subi et le service. Si le contrat est conclu exclusivement dans l'intérêt de celui qui profite du service, celui-ci a l'obligation de prendre à sa charge le préjudice subi par autrui [1] et il a de même cette obligation quand le service rendu ne rentre pas dans l'exercice normal des fonctions confiées [2]. Si le contrat est dans l'intérêt des deux parties, il faut apprécier dans quelle mesure le mandataire ou l'employé a accepté le risque de la mission et du travail dangereux. Il y aura parfois une ventilation à faire. Si la jurisprudence a hésité à accorder une réparation à la victime, c'est que, voulant la fonder sur la responsabilité et non sur l'assistance, elle a craint d'être obligée d'accorder une réparation intégrale.

156. — Nous pouvons enfin citer certains cas où l'obligation d'assistance se précise, parce que le créancier de l'obligation réclame lui-même la satisfaction qui lui est due en désignant la personne qu'il estime la lui devoir. Il faut bien entendu pour qu'il en soit ainsi que le débiteur désigné soit seul en mesure de satisfaire le créancier.

Il en est tout d'abord ainsi dans l'hypothèse où une personne use dans son intérêt de la propriété d'autrui, parce qu'elle est dans la nécessité de le faire. C'est l'ap-

(1) Paris, 20 février 1907, *Pand. franç.*, 1907, 2, 193 (ingénieur de la Compagnie des câbles télégraphiques tué dans la catastrophe de la Martinique).

(2) Paris, 14 août 1852, D. 53, 2, 75 ; Aix, 23 octobre 1889, D. 90, 2, 301 (ouvriers blessés en sauvant des camarades). *Contra*, Cass., Civ., 24 janvier 1882, D. 82, 1, 65 (employé de chemin de fer blessé par un voyageur) ; Cass., 14 janvier 1886. D. 86, 1, 221 (employé blessé en arrêtant un voleur). La question a perdu de son intérêt depuis l'application des lois sur les accidents du travail.

plication en matière civile de l'*état de nécessité* qui a été bien souvent étudié en matière pénale. Certains textes de nos lois visent le droit d'user de la propriété d'autrui pour un acte indispensable ou même simplement utile [1]. Le Code civil allemand, dans la section relative à l'exercice des droits, contient des règles générales : « un fait imposé par mesure de défense personnelle forcée n'est pas contraire au droit » (art. 227) et surtout : « quiconque détériore ou détruit une chose appartenant à autrui, afin d'écarter de soi ou d'un autre un danger dont cette chose présente le menace cesse de faire un acte contraire au droit, lorsque la détérioration ou la destruction étaient exigées pour repousser le danger et que le dommage n'est pas hors de proportion avec le danger » (art. 228).

S'il y a un droit pour une personne d'user ainsi dans une certaine mesure de la propriété d'autrui, c'est que le propriétaire a l'obligation de supporter cette entreprise, quitte à se faire indemniser du dommage causé. L'article 904 présente en effet la règle sous l'aspect de l'obligation : « Le propriétaire ne peut pas interdire à autrui l'usage de la chose si elle est indispensable pour écarter un danger présent incomparablement plus grand que le dommage qui doit en résulter pour lui-même ».

On peut citer un autre exemple de réquisition du créancier dans le droit qui appartient à une personne de demander l'aide de celui qui peut lui apporter la preuve nécessaire à établir son droit. Le Code de procédure civile permet de demander au dépositaire d'un acte de produire cet acte pour la satisfaction de celui qui réclame cette production (art. 839 et 841). Cette action *ad exhibendum* a fait l'objet d'études récentes [2]. La jurisprudence

(1) Loi du 6 octobre 1791 (Tit. II, art. 41) pour le cas d'impraticabilité du chemin; loi du 4 avril 1889 (art. 9) pour la poursuite d'essaim d'abeilles.

(2) Demontès, *L'action* ad exhibendum *dans le droit moderne*, thèse, Paris, 1922 ; — Demogue, *Obligations*, III, nos 210 et suiv.

admet l'exercice de cette action en déclarant qu'il y a faute à ne pas remettre une pièce que l'on détient et qui peut être utile à autrui [1].

Le plus souvent l'action est intentée par un plaideur contre l'autre et se rattache alors à l'obligation d'agir de bonne foi, mais on voit aussi dans certains cas l'action intentée contre un tiers, et dans la mesure bien entendu où ce tiers n'est pas lié par le secret professionnel. Le Code civil allemand l'a spécialement prévue (art. 809).

Les auteurs qui l'ont étudiée la considèrent comme une manifestation de l'idée de solidarité. C'est en effet une consécration légale du devoir d'assistance dans un cas particulier où une personne est constituée débitrice parce qu'elle est seule en mesure de rendre le service utile.

On commence à voir apparaître dans la jurisprudence quelques applications de la même idée [2], non d'ailleurs sans une indécision qui s'explique par cette arrivée à la vie juridique d'une obligation nouvelle.

(1) Fontainebleau, 4 janvier 1906, D. 1906, 5, 62 ; Caen, 17 février 1908 ; D. 1908, 2, 245 ; Seine, 14 janvier 1909, D. 1909, 5, 52.

(2) Notamment pour la délivrance d'un certificat à une personne par celui qui est seul en mesure de délivrer ce certificat : Seine, 20 février 1924, *Gaz. Tribunaux*, 8 juin 1924. Voy. Demogue, *Revue trimestrielle*, 1924, p. 677.

CHAPITRE IV

LA RÉPRESSION DE LA FRAUDE ET LA PEINE CIVILE

157. La bonne et la mauvaise foi. — **158.** Faut-il sacrifier la recherche de l'intention à l'idée de sécurité ? — **159.** Evolution du droit civil sur ce point.

157. — La transformation des devoirs moraux en obligations légales ne suffit pas à faire régner la justice dans la Société. Le devoir de ne pas nuire à autrui ne peut en effet être sanctionné qui si une volonté coupable ou négligente a causé un préjudice par un acte fautif. Dans tous les cas où cette volonté est enfermée dans un acte juridique régulier, la légalité de l'acte ne suffit-elle pas à empêcher toute discussion sur la culpabilité de l'intention ?

On pourrait tout d'abord être tenté de le croire pour cette raison que le droit civil doit s'occuper des actes et non des intentions et que le droit pénal lui-même ne punit l'intention que s'il y a eu un commencement d'exécution. Le droit civil met à la disposition des sujets de droit des formes techniques dans lesquelles ces sujets coulent leurs volontés. L'emploi régulier de la forme technique couvre l'intention de l'auteur. La distinction de la morale et du droit ne permet pas l'annulation d'un acte régulier sous le prétexte de la culpabilité de l'auteur. L'homme habile sait vivre en marge du Code.

Contre une séparation aussi absolue de la conception juridique et de la conception morale, il est facile de répondre en montrant la place que tient dans notre droit la considération de la bonne foi [1]. Qu'il s'agisse de l'acquisition des fruits, du paiement des créances, de la transmission de la propriété des meubles, de l'usucapion des immeubles, des constructions élevées par le possesseur, de la validité des actes accomplis par le propriétaire apparent, dans d'autres cas encore, la loi ou les tribunaux font une distinction entre celui qui a agi de bonne foi et celui qui, connaissant le vice de sa situation ou de son titre, doit à cause de sa mauvaise foi être plus défavorablement traité.

On a, il est vrai, présenté les effets de la bonne foi comme une récompense accordée à celui qui a cru agir conformément au droit, et on préfère cette idée de récompense à celle d'une peine qui frapperait le sujet de mauvaise foi [2]. La distinction est bien subtile, car récompenser l'un, c'est par cela même punir l'autre, et elle n'est même pas exacte, car celui qui réclame les effets attachés à la bonne foi n'a, contrairement à la règle normale, aucune preuve à faire : la bonne foi se présume. La règle donnée par l'article 2268 C. civ. pour l'usucapion

(1) JAUBERT, *Des effets civils de la bonne foi*, thèse, Paris, 1899, p. 2760 ; — BRETON, *Des effets civils de la bonne foi*, *Revue critique*, 1926, p. 86 ; — GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, thèse, Paris, 1928.

(2) M. BRETON, dans l'étude précitée défend l'idée traditionnelle qu'il y a des effets attachés à la bonne foi parce que, dit-il, on détruit en faveur de celui qui est de bonne foi les conséquences de la règle juridique normale. Mais comment définir cette règle normale ? C'est celle, d'après cet auteur, qui doit s'appliquer abstraction faite de l'idée de bonne ou de mauvaise foi (p. 52). Je réponds : est-il possible de concevoir une règle juridique en faisant abstraction de la conduite des parties : on dit par exemple : le mariage nul ne devrait produire aucun effet ; donc le mariage putatif est la récompense de la bonne foi. Mais on pourrait dire tout aussi bien : le mariage qui a été conclu et consommé ne peut être déclaré nul que pour ses effets futurs ; donc c'est par punition de la mauvaise foi qu'on efface ses effets dans le passé. On pourrait dire aussi : celui qui a perçu les fruits les a acquis par occupation, donc c'est à cause de sa mauvaise foi qu'on oblige à les restituer.

de dix à vingt ans a été considérée par la jurisprudence comme un principe général de notre droit civil. Elle l'a appliquée au mariage putatif, qui est bien le cas le plus grave dans lequel la bonne foi produit des effets particuliers (1). Celui qui réclame les effets juridiques attachés par la loi à la bonne foi n'a donc aucune preuve à faire quant au caractère de sa volonté et à la valeur de ses sentiments. C'est contre lui qu'il faut établir la mauvaise foi.

C'est dire que dans la pratique c'est bien la question de la punition de la mauvaise foi et de la fraude qui se présente. Il s'agit d'enlever les fruits au possesseur, de revendiquer le meuble contre celui qui le détient, de ne pas rembourser les impenses faites, de ne pas reconnaître la validité du paiement effectué. La démonstration de la mauvaise foi prive une personne d'un droit qu'elle croyait acquis à son profit par le jeu d'une règle juridique. N'y a-t-il pas déjà dans ce refus de l'application normale de la règle juridique une pénalité civile à raison de la culpabilité ?

158. — On doit alors se demander si cette déchéance ou cette punition de l'homme qui a agi de mauvaise foi n'est pas une survivance dans le droit civil d'anciennes idées pénales et si le progrès du droit ne consisterait pas dans l'expulsion de cette notion. Le droit civil tendrait à se séparer du droit pénal et cette séparation serait une manifestation de la séparation rigoureuse que le législateur moderne voudrait établir entre le droit et la morale.

On pourrait le soutenir en voyant le progrès du droit dans la stabilité et la sécurité des relations humaines. L'emploi régulier des formes techniques donne à l'action une forme irréprochable. Cette forme doit couvrir l'im-

(1) Cass. Civ., 5 novembre 1913, D. 1914, 1, 281, note P. Binet.

pureté de l'intention, car les relations sociales se fondent sur l'apparence. Plus le commerce juridique devient actif, plus le besoin de sécurité est pressant. L'organisation de la publicité de l'état et des droits, la renaissance du formalisme, la conception de l'acte abstrait, la théorie de la propriété apparente, le maintien de la vieille maxime sur l'erreur commune, sont autant de manifestations du désir de sécurité. On s'est livré à l'analyse scientifique de cette sécurité et on a pu distinguer alors la sécurité statique et la sécurité dynamique [1]. Qu'il y ait des aspects variés de l'idée de sécurité, cela prouve la complexité de la notion, mais par cela même en démontre l'importance.

Une telle objection contient certainement une part de vérité. La rapidité, la sécurité du commerce juridique exigent que dans certains cas l'apparence l'emporte sur la réalité, ou plus exactement qu'il soit interdit de rechercher ce qu'il peut y avoir de réel sous l'apparence de la forme juridique. Un tel sacrifice de la morale à l'économie n'a pas de graves inconvénients si on sait que l'on fait un sacrifice. Ce qui est grave, c'est qu'à force de voir ce triomphe de la forme, on arrive à prendre la forme pour la réalité, soit par une conception purement étatiste du droit, soit, plus subtilement, en ramenant l'idée du droit à la croyance de la régularité de l'action. « Ce qui est le droit, a dit M. Em. Lévy, c'est ce que nous croyons être le droit ». A prendre au sérieux de telles formules on arrive à fonder le droit sur la croyance générale, c'est-à-dire, et par une singulière perversion de l'esprit, la vérité sur l'erreur commune.

Il faut maintenir contre une telle conception que, s'il est des sacrifices nécessaires de l'idée morale pour le jeu du commerce, chacun de ces sacrifices peut se traduire

[1] Demogue, *Notions fondamentales du droit privé* et *Traité des obligations*, passim.

par le triomphe de l'immoralité. On ne les admettra donc que dans la mesure où ce triomphe ne sera pas trop insolent ou brutal. Il sera bon de ne les tolérer que quand l'acte contraire à la justice ou à la morale sera soupçonné, mais non évident. Le Code civil lui-même nous offre des exemples de cette répugnance à laisser jouer la règle juridique contre la règle morale : ainsi quand la preuve légale fait défaut, il permet de recourir au serment (art. 1357 et suiv.), quand la courte prescription est acquise, il permet de la combattre par un appel à la bonne foi du débiteur (art. 2275).

159. — L'évolution du droit civil ne tend nullement à éliminer la recherche de l'intention. Bien au contraire, ce droit se perfectionne dans la mesure où il peut tenir compte de la bonne foi des sujets de droit. Le progrès du droit romain n'a-t-il pas été lui aussi marqué par le développement de cette idée ? Dans les législations les plus récentes la notion de bonne foi n'a été nullement écartée. Dans le Code civil suisse les articles 2 et 3 ont posé le principe que tous les droits devraient être exercés, toutes les obligations exécutées de bonne foi.

S'il n'y a pas dans notre Code de règle aussi générale, du fond des âges des maximes sont restées jusqu'à nous que l'on continue à citer à l'Ecole et au Palais : « *malitiis non est indulgendum* » ; « *fraus omnia corrumpit* » ; « *summum jus, summa injuria* » ; vieux adages, chargés de pensée morale et qui font pénétrer des rayons de lumière dans le sombre atelier des formes juridiques. Par le jeu de ces maximes, le juge se penche sur les âmes et scrute les consciences ; il tâche de faire régner l'équité et, s'il ne peut donner au juste plus que la loi ne lui donne, il se reconnaît le pouvoir d'enlever au coupable les avantages de la situation juridique que celui-ci avait cru acquérir.

Ce serait ici le lieu, si nous ne l'avions déjà fait (nos 89 et suiv.) de montrer une manifestation de cet état d'esprit dans la théorie de *l'abus des droits*. Le titulaire du droit, qui reste dans les limites légales, est néanmoins privé de la prérogative de l'immunité, parce qu'il est coupable de vouloir nuire à autrui. Nous avons déjà rencontré également des cas dans lesquels le juge se préoccupe de l'intention qui a provoqué l'action : dans la recherche de la *cause immorale* du contrat, le motif déterminant qui a inspiré l'acte juridique suffit, s'il est contraire à la morale, à entraîner la nullité du contrat (nos 31 et suiv.).

Il nous faut maintenant examiner de plus près dans quelle mesure le droit civil peut, dans l'attribution des droits et l'exécution des obligations, se préoccuper de la recherche de l'intention pour punir la mauvaise foi ou la fraude.

Ces deux mots sont-ils synonymes ? La mauvaise foi doit-elle pour être qualifiée fraude se traduire dans un acte qui porte en lui-même la trace du vice, ou bien l'intention frauduleuse peut-elle être punie par elle-même ? Tous les actes doivent-ils être examinés au double point de vue de leur régularité objective et de la moralité de leur auteur ? Quelle peine peut être infligée à celui qui s'est servi de l'appareil juridique pour accomplir un acte frauduleux ? Ce sont là autant de questions qui ne trouvent pas de solution par l'application des maximes morales assez vagues que nous avons citées. A chercher cette solution on acquerra une connaissance nouvelle sur la portée de la règle morale dans les obligations civiles.

Nous nous proposons seulement dans ce chapitre, considérant le « reflet pénal » [1] du droit civil, de montrer comment on peut être coupable et puni alors même qu'on échappe à l'application de la loi pénale.

(1) L'expression est de M. L. Hugueney qui parle d'une « responsabilité civile à reflet pénal » (note au S. 1923, 1, 81).

I

LA CULPABILITÉ CIVILE

§ 1. — Effets de la fraude dans les actes juridiques.

160. Le dol et la fraude dans la formation du contrat. — **161.** La spéculation illicite. — **162.** Obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. — **163.** Appréciation de la faute du débiteur. — **164.** Obligation particulière qui pèse sur les administrateurs de biens d'autrui : fraudes du mari. — **164** *bis*. Le recel et le divertissement. — **165.** L'action paulienne. — **166.** La fraude dans les transferts de droit soumis à formalités. — **167.** La fraude dans les conflits de droits et la complicité de fraude.

160. — Le principe de l'article 1382 est assez général pour permettre d'atteindre tous les actes coupables qui causent un préjudice à autrui ; beaucoup d'auteurs n'admettent en effet l'application de la maxime *fraus omnia corrumpit* que sous la forme d'une action en dommages-intérêts et dans les hypothèses où on peut appliquer l'article 1382. Mais la règle de responsabilité n'est elle-même, nous l'avons vu, que la traduction juridique de la règle morale ? Elle correspond au respect du précepte que nul ne doit nuire à autrui. Elle ne vise pas tous les actes coupables, mais seulement ceux qui causent un préjudice ; elle ne connaît d'autre réparation que l'octroi d'une indemnité. Il est d'autres manifestations de la valeur juridique de la règle morale [1]. La répression de la fraude est une de ces manifestations [2].

La lutte des intérêts privés est inévitable et, dans une

(1) Voy. P. Esmein, *La fraude dans les actes juridiques*, *Rép. pratique de notariat*, 1933, p. 137 et s.

(2) Nous ne parlons ici que de la fraude dans les obligations. Mais il convient de signaler également la fraude dans les procédures légales. La loi du 13 avril 1932 a été votée spécialement pour réprimer la fraude dans la procédure du divorce ou de la séparation de corps.

certaine mesure, légitime. L'égoïsme des mobiles est la règle dans le commerce juridique. Or, celui qui se préoccupe uniquement de la défense de ses intérêts sait très bien que ses actes peuvent porter atteinte aux intérêts d'autrui. La connaissance de sa volonté égoïste ne peut suffire à vicier l'acte accompli.

Il est certains actes juridiques qui, il est vrai, sont inspirés par une pensée de bienfaisance. Le Code civil fait des actes à titre gratuit une catégorie qui obéit à des règles spéciales. Il impose dans ce cas le respect de la pensée désintéressée en exigeant du donateur une conscience particulière de son acte (art. 901), une capacité spéciale (art. 904-905), un sacrifice irrévocable (art. 894), en demandant au donataire une gratitude envers le donateur (art. 955), en protégeant la famille du disposant contre les libéralités excessives (art. 913 et suiv.). La jurisprudence se montre dans ces actes particulièrement sévère pour apprécier la liberté de la volonté exprimée par le donateur. Elle annule pour suggestion ou captation les libéralités dictées par des manœuvres artificieuses ou des allégations fausses, que ces manœuvres ou allégations émanent du donataire lui-même ou d'un tiers quelconque [1]. Elle exige par conséquent que le donataire ne provoque pas injustement la donation à son profit.

Cette règle est propre aux libéralités. Elle accuse par là même le caractère égoïste des contrats à titre onéreux. Que la lutte des intérêts soit la condition même du progrès économique ou qu'elle manifeste au contraire l'infériorité de l'organisation économique présente, qu'elle soit désirable ou tolérée, elle existe, et le droit civil doit en tenir compte. Ce droit marque la limite de la ruse autorisée en admettant le dol parmi les vices du consentement. Il ne connaît pas le *dolus bonus*. Tout dol émané de

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., t. III, no 2884.

l'autre partie entraîne la nullité du contrat s'il est prouvé que sans ce dol le contrat n'aurait pas été conclu.

Le dol consiste d'après l'article 1116 dans des manœuvres, et il y avait peut-être dans l'expression employée le désir de distinguer le simple mensonge verbal de la manœuvre frauduleuse. Le droit pénal ne poursuit lui aussi l'escroquerie que lorsqu'il existe des manœuvres frauduleuses (art. 405, C. pén.). On a été obligé, malgré l'expression légale, d'élargir la notion de dol. Aubry et Rau, pour ne pas admettre le simple mensonge, exigent tout au moins « des affirmations précises présentant un caractère exceptionnel de tromperie » [1]. Cet essai de précision ne tient pas. La plupart des auteurs se contentent d'affirmations mensongères [2]. La simple réticence peut même dans certains cas et dans certains contrats constituer un dol (n° 48).

Nous avons d'ailleurs déjà essayé d'indiquer à propos de la théorie des vices du consentement à quel point l'admission du dol comme cause de nullité du contrat marque la formation du contrat d'un élément de moralité (n° 47).

161. — Le commerce supporte avec une certaine impatience cette appréciation de la moralité du contrat. Sans doute la manœuvre lui apparaît coupable, lorsqu'elle est dirigée contre un contractant déterminé et consiste dans une tromperie caractérisée. Mais il pense au contraire que la manœuvre n'est point répréhensible, lorsqu'elle s'adresse à un public indéterminé de vendeurs ou d'acheteurs et il estime que chacun doit défendre ses intérêts par son ingéniosité naturelle. La spéculation, dit-on bien souvent, est l'âme du commerce.

(1) Aubry et Rau, IV, § 343 *bis*.
(2) Demolombe, XXIV, n° 172; — Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 1061, et *Dol civil et dol criminel*, *Rev. critique*, 1895, pp. 345 et 649.

Jamais le droit n'a voulu accueillir complètement cette expression de la liberté contractuelle. Mais le Code pénal a été extrêmement timide dans la répression. Dans les deux célèbres articles 419 et 420, il punit ceux qui ont altéré les prix résultant de la concurrence naturelle et libre du commerce, mais seulement quand cette altération résulte de manœuvres frauduleuses ou de coalitions. Il ne consent à punir l'intention de spéculer que si elle se matérialise dans des manœuvres frauduleuses et, s'il a admis le délit de coalition, c'est à cause du récent souvenir des lois révolutionnaires sur l'accaparement.

Cette disposition légale n'a pas pu s'appliquer à la lettre. L'entente entre les producteurs ou les détenteurs de la marchandise n'est pas forcément une entente coupable. La concentration nécessaire de l'industrie s'est réalisée au XIXe siècle par des ententes et coalitions entre les industriels. La jurisprudence n'a pas pu condamner toutes ces coalitions [1]. Elle a été obligée de distinguer les bonnes et les mauvaises unions et, pour faire cette distinction, de considérer le but poursuivi par l'union [2]. Les tribunaux se sont alors demandé si l'union était conclue pour spéculer sur le prix des marchandises ; ils n'ont pu pour le déterminer rechercher le juste prix, car nous avons essayé de le montrer à propos de la lésion (n° 68), cette recherche est vaine ; même le prix officiellement taxé n'est pas toujours le juste prix. Ils ont alors essayé de savoir si les coalisés n'avaient pas réalisé par leur coalition un bénéfice anormal [3]. La coalition créée pour obtenir un bénéfice anormal est illicite et l'on voit ainsi

(1) GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 419 et 420 ; — AMIAUD, *La réglementation de la concurrence et les accords entre chefs d'industrie devant la loi pénale*, 1914 ; — Léon MAZEAUD, *Le problème des unions de producteurs*, thèse, Lyon, 1924. ; — G. RIPERT, Rapport à la Société d'Études législatives sur les ententes industrielles, *Bull.* 1933 et discussion, pp. 171 et 229 ; — TCHERNOFF, *Les ententes industrielles*, 1933.

(2) Cass. Crim., 10 mars et 22 juillet 1922, S. 1922, 1, 389.

(3) Cass. Req., 3 mai 1911, D. 1912, 1, 33, rapport MICHEL-JAFFARD.

apparaître dans la spéculation nécessaire au commerce l'idée morale. Cette spéculation ne doit pas avoir pour but et pour résultat l'enrichissement injuste du spéculateur.

Tant que le monde a vécu dans la paix et l'abondance, les méfaits de la spéculation ont paru peu redoutables. En présence de la foule des producteurs et des consommateurs l'audace d'un spéculateur était le plus souvent impuissante ; seule, la coalition paraissait dangereuse. La guerre et la crise économique qui l'a suivie ont modifié cet état d'esprit. La raréfaction des marchandises pouvait permettre les abus de la spéculation. La loi du 20 avril 1916 a créé le délit de spéculation illicite [1].

Le législateur en créant le délit a été incapable de le définir et d'en déterminer les caractères. On l'a bien vu dans la pratique. Quand il a fallu distinguer la spéculation illicite de celle qui ne l'était point, les tribunaux ont été obligés de dire que toute opération ne rentrant pas dans l'exercice normal et régulier de la profession devait être considérée comme faite dans un but de spéculation illicite. Ce n'était donc pas l'opération en elle-même qui était illicite, mais le fait qu'elle était accomplie par une personne déterminée. Le même acte prenait une couleur différente suivant la qualité de celui qui en était l'auteur. Il tirait surtout son caractère délictuel du but poursuivi par le spéculateur. Ce qui était coupable, c'était en définitive de réaliser un bénéfice anormal ou excessif [2].

Le commerce n'a cessé de protester contre la loi du 20 avril 1916. La loi du 23 octobre 1919 l'a pourtant maintenue en vigueur pendant trois ans en aggravant les

(1) PELLA, *Le délit de spéculation illicite* (Travaux de la Conférence de droit pénal de Paris), 1922 ; — TOULEMON et DUPIN, *La spéculation illicite*, 1925.

(2) Il est impossible de citer ici les nombreuses décisions rendues en matière de spéculation illicite. Voyez la note de M. G. LE POITEVIN, D. 1920, 1, 115, et les décisions rapportées.

pénalités. Mais le législateur n'a pas osé en prolonger davantage l'application. Il semble qu'il le regrette déjà. De nouvelles propositions de lois sont déposées sur la répression de la spéculation illicite. D'autre part loi du 29 décembre 1923 a limité la hausse des prix des baux à loyers sous sanction pénale. Enfin la loi du 3 décembre 1926 est venue modifier les dispositions des art. 419 et 421 du Code pénal.

Il y a en cette matière un malaise qu'on ne saurait nier. Le commerce qui a besoin de sécurité proteste contre l'arbitraire de la répression ; le public s'indigne d'une hésitation devant des spéculations éhontées. La véritable cause de ce malaise n'est-elle pas que nous sommes précisément en présence d'une de ces rencontres du précepte moral avec la forme juridique. Du point de vue de la technique juridique, le spéculateur est irréprochable toutes les fois qu'il n'emploie pas des manœuvres frauduleuses, et c'était bien là la conception du Code pénal. Mais la morale considère comme coupable celui qui spécule sur les besoins d'autrui, tout au moins lorsqu'il recherche dans cette spéculation un bénéfice exagéré. Quand on essaye de faire passer cette règle morale dans le milieu juridique, on éprouve un singulier embarras, parce qu'il faut confier au juge l'examen de la moralité de la spéculation. Il y aurait un grand intérêt à recouvrir la règle morale d'un appareil technique. Il n'est point facile de le faire.

162. — Ainsi, au moment de la formation du lien obligatoire, et sous couleur de respecter la liberté des consentements ou d'empêcher la spéculation, on exige un respect mutuel de la bonne foi. Le Code civil l'exige encore dans l'exécution de l'obligation. Les articles 1150 et 1151 prévoient le dol du débiteur et distinguent l'inexécution fautive de l'inexécution dolosive pour admet-

tre dans ce dernier cas des dommages-intérêts même pour le préjudice imprévu. Le dol du débiteur n'est plus ici la tromperie susceptible d'influencer le consentement de l'autre partie, c'est le refus volontaire et coupable d'inexécution de l'obligation.

Le créancier et le débiteur d'une obligation contractuelle sont donc tenus de respecter le rapport juridique qui les unit en agissant de bonne foi l'un envers l'autre. L'existence de la situation contractuelle leur crée en quelque sorte des devoirs particuliers. Ils ont sans doute des intérêts opposés, mais la loi commune qu'ils se sont donnée leur impose une conduite morale, et le juge ne manquera jamais d'apprécier cette conduite.

Si l'une des parties viole cette obligation générale d'agir de bonne foi, le juge peut, sur la demande de l'autre partie, prononcer la résolution du contrat par application de l'article 1184 tout comme si une obligation précise n'avait pas été exécutée [1]. Si le créancier poursuit trop rigoureusement le débiteur malheureux, le juge peut accorder à ce débiteur un terme de grâce pour se libérer (art. 1244).

Dans certains contrats, l'obligation d'agir de bonne foi devient plus rigoureuse, parce que le contrat met l'une des parties dans une certaine mesure à la discrétion de l'autre. Ainsi, dans le contrat d'assurance, l'assuré doit porter certains faits à la connaissance de l'assureur et la jurisprudence prononce la nullité pour les réticences postérieures au contrat, sanctionnant ainsi l'obligation pour l'assuré de traiter l'assureur comme une sorte d'associé [2].

([1]) M. Picard et A. Prudhomme, *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, *Rev. trimestrielle*, 1912, p. 61.

([2]) G. Ripert, *Droit maritime*, 3e éd., t. III, no 2425. — Comp. Loi 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance, art. 17.

163. — Enfin n'est-ce pas la même idée morale qui dans notre ancien droit a créé la *théorie des trois fautes?* Le débiteur pouvait se rendre coupable d'une *culpa lata*, *levis*, ou *levissima* et l'appréciation de la faute se faisait suivant les cas *in concreto* ou *in abstracto*. On croirait lire un traité de théologie morale. Le débiteur doit être plus ou moins diligent suivant que le contrat a été conclu dans son propre intérêt ou dans l'intérêt des deux parties ou dans l'intérêt du créancier seul. Il est plus ou moins coupable, suivant les cas, parce que moralement il doit plus ou moins à son créancier. L'obligation civile est toujours la même : elle consiste à garder et à restituer la chose ; mais la garde doit être plus ou moins attentive suivant le degré de dévouement dû à l'intérêt du créancier.

Le Code civil semble condamner cette théorie des trois fautes (art. **1137**) et donner une règle rigide applicable à tous les contrats. Telle paraît, en effet, avoir été l'intention de ses rédacteurs. Mais après avoir posé la règle générale, ils ont été obligés dans l'article **1927** d'alléger la responsabilité du dépositaire et dans l'article suivant de prévoir les cas où elle serait appréciée « avec plus de rigueur » ; dans l'article **1993** de déclarer que la responsabilité du mandataire serait appréciée « moins rigoureusement » quand il rend un service gratuit que lorsqu'il reçoit un salaire ; dans l'article **804** de ne mettre à la charge de l'héritier bénéficiaire que la responsabilité de ses « fautes graves » ; dans l'article **1374** d'autoriser le juge à « modérer » les dommages-intérêts dus par le gérant d'affaire suivant « les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire ». La règle abstraite a cédé devant la nécessité de tenir compte de la culpabilité personnelle du débiteur.

Cette règle générale et abstraite, d'ailleurs quel pouvoir ne donne-t-elle pas au juge ? Celui qui doit veiller à la conservation de la chose est tenu d'y apporter « *tous les*

soins d'un bon père de famille » (art. 1137). L'expression est reprise dans de nombreux articles du Code civil ; elle est d'une commode imprécision. Il n'y a en effet aucune énumération légale des devoirs du bon père de famille, aucune règle même qui permette de dégager ces devoirs. « C'est là, dit Planiol, une question d'appréciation et de sentiment qui laisse à peu près entière la liberté des juges » [1].

Les juges ont donc à apprécier la conduite du débiteur et ils tiennent compte naturellement du devoir moral qui lui incombait de veiller sur la chose du créancier. Le bon père de famille, c'est l'honnête homme. Puisqu'il est obligé envers autrui, il s'acquittera le mieux qu'il pourra de son obligation. Etre volontairement négligent, c'est être coupable. La faute lourde équivaut au dol, dit la jurisprudence. Etre plus soigneux des biens d'autrui que de ses biens propres quand on rend un service gratuit, c'est la pratique d'une vertu que le droit ne peut exiger.

Puisque dans l'exécution de ces obligations contractuelles, on retrouve l'observation de la règle morale, il n'est pas étonnant que les parties ne puissent pas régler librement le mode d'exécution. Il leur appartient de déterminer l'étendue des obligations, mais elles ne peuvent convenir à l'avance que le débiteur sera exonéré de son dol ; on ne peut supprimer la règle morale par convention. On ajoute presque toujours, et la formule se trouve dans plusieurs arrêts, que l'on ne peut également s'exonérer des conséquences de ses fautes lourdes [2]. La raison qu'on en donne est purement morale : la faute lourde est équivalente au dol. Le débiteur pèche par ommission comme par action. Il n'y a, bien entendu aucun moyen de

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, no 240.
(2) Sur la distinction du dol et de la faute lourde, voy. JOSSERAND, note D. 1933, 1, 49 ; — Léon MAZEAUD, *L'assimilation de la faute lourde au dol*, D. H. 1933, *Chronique*, p. 49 ; — VOISENET, *La faute lourde en droit prive français*, thèse Dijon, 934.

distinguer la faute lourde de la faute légère. Le juge doit doser le degré de culpabilité du débiteur. Toutes les tentatives pour serrer cette responsabilité dans une formule juridique stricte échouent.

Ainsi, en vain a-t-on voulu rejeter les distinctions des anciens auteurs. Elles reparaissent dans la jurisprudence parce qu'elles expriment les nuances nécessaires dans l'appréciation du devoir.

164. — Le devoir grandit, lorsque dans le rapport juridique l'une des personnes a, vis-à-vis de l'autre, une situation éminente. Les *administrateurs légaux des biens d'autrui* voient leur responsabilité plus sévèrement appréciée. La loi prend les mesures nécessaires pour qu'ils ne puissent faire tourner cette administration à leur profit même par le jeu régulier du commerce juridique. Le plus simple de ces moyens consiste à interdire tous les contrats ou certains contrats entre l'administrateur et la personne dont il administre les biens (art. 450, 472, 1596 C. civ.). Mais il reste des actes permis et, par ces actes, il peut y avoir enrichissement de l'administrateur aux dépens de celui qu'il représente ou qu'il assiste.

L'administrateur qui use des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi pour satisfaire ses propres intérêts commet une sorte de détournement de pouvoir et l'acte accompli se trouve alors vicié par le but poursuivi.

Mais il est souvent très délicat de qualifier l'acte de l'administrateur, lorsqu'il n'y a pas de cloison étanche entre son propre patrimoine et le patrimoine qu'il est chargé d'administrer. Dans ce cas, en effet, il ne lui est pas interdit de rechercher dans l'administration de ce patrimoine la satisfaction d'un intérêt personnel et, seule, la fraude envers celui qu'il représente, pourra vicier l'acte accompli.

Nous en avons un remarquable exemple dans la juris-

prudence relative aux *pouvoirs du mari sur la communauté* [1]. On ne doutait pas dans notre ancien droit, en accordant au mari des pouvoirs absolus qu'il ne fût tenu d'agir sans fraude et la Coutume de Paris (art. 225) donnait expressément la règle [2]. On la chercherait vainement dans le Code civil [3]. Il semble que l'on ait voulu éliminer tout droit pour le juge d'apprécier la conduite morale du mari. L'article 1477 punit le divertissement et le recel des biens de la communauté, parce que l'acte a par lui-même un caractère frauduleux [4]. L'article 243 décide bien que le mari ne peut consentir une aliénation ou contracter une obligation en fraude des droits de la femme, mais il restreint cette règle aux actes passés par le mari au cours de l'instance en divorce et à la condition que le divorce soit prononcé.

Pourtant tous les auteurs déclarent que le mari, quelque étendus que soient ses pouvoirs, doit les exercer sans fraude [5] et l'absence de ce texte ne les a pas gênés pour admettre la solution. Grâce à une interprétation habile de l'article 1422, ils ont pu restreindre le droit pour le mari de disposer à titre gratuit, mais en ce qui concerne les actes à titre onéreux, l'article 1421 ne permet aucune réserve sur les pouvoirs absolus qui sont attribués au mari. Le mari qui dissipe la communauté agit dans l'étendue de ses pouvoirs légaux : *potest perdere, dissipare,*

(1) Veron, *Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme,* thèse, Paris 1924 : — Guénée, note au D. 1913, 1, 409; — Planiol, Ripert et Nast, *Traité pratique de droit civil,* t. VIII, nos 545 et suiv.

(2) Voy. aussi Pothier, *Communauté,* nos 492 et 479.

(3) L'article 234 est spécial à la procédure du divorce. Voy. Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique,* II, no 619.

(4) La jurisprudence a d'ailleurs interprété ce texte largement, bien qu'il établisse une pénalité. Voy. no 164 *bis.*

(5) Aubry et Rau, 5e éd., VIII, § 509; — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage,* I, no 649; — Guillouard, II, no 734; — A. Colin et Capitant, 7e éd., III, — Planiol, *Traité élémentaire,* 11e éd., no 1022; — Planiol, Ripert et Nast, *Traité pratique,* VIII, no 545; — Baudouin, *Semaine juridique,* 1933, pp. 1053 et 1077.

abuti : il n'y a pas de limites objectives à l'exercice de son droit.

La jurisprudence n'a pas voulu acmettre ce pouvoir illimité du mari. Elle a prononcé la nullité des actes qui ont été passés par lui quand il a été possible de relever en fait la fraude commise contre la femme. Quand la femme se trouve dépouillée de sa part de communauté par les transformations du patrimoine de la communauté et le jeu des conventions matrimoniales, les tribunaux ne lui donnent aucun recours contre son mari [1]. Mais si, au contraire, le mari n'a agi que pour priver la femme de ses droits, l'intention frauduleuse suffit à vicier son acte. Il en est ainsi par exemple lorsque le mari vend la totalité des biens de la communauté à charge de rente viagère et quelquefois moyennant un prix inférieur à leur valeur [2]. La fraude est souvent caractérisée par la qualité de l'acquéreur, proche parent du mari [3], ou par la mésintelligence existant entre les deux conjoints [4], et qu'une séparation de corps vient ultérieurement révéler.

Comme la nullité de l'acte est poursuivie sous l'inculpation de la fraude du mari, la femme peut établir par tous les moyens la consistance de l'actif commun qui aurait été dissipé par son mari [5]. La nullité est la sanction de la protection accordée à la femme ; elle est donc relative [6].

(1) Rennes, 16 juin 1841, D. *Jur. Gén.* V° *Contrat de mariage*, n° 1126, note 3.

(2) Cass. Civ., 11 novembre 1895, D. 96, 1, 44, rapport DURAND, S. 96, 1, 281, note HOUPIN ; 8 juillet 1912, D. 1913, 1, 409, note GUÉNÉE, S. 1913, 1, 308 ; Civ. 23 janvier 1928, D. 1928, 1. 86, S. 1928, 1, 168, Paris, 24 juillet 1928, D. H. 1928, 564, S. 1929, 2, 97, note de Mme BÉGUIGNON-LAGARDE ; Cass. civ. 4 décembre 1929, D. 1931, 1, 81 note NAST; Cass. Req., 27 janvier 1930, D. H. 1930, 113 ; Colmar, 25 février 1857, D. 57, 2, 88; Bordeaux, 7 février 1878, D. 79, 2, 124.

(3) Bordeaux, 7 février 1878 précité. — Comp. pour l'art 243 ; Paris, 30 octobre 1924, *Gaz. Palais*, 21 novembre 1924 (vente du fonds de commerce à la concubine).

(4) Cass. Civ., 8 juillet 1912 précité.

(5) Cass., 11 novembre 1895 précité.

(6) BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *Contrat de mariage*, I, n° 671 ; — PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., III, n° 1027. — Voyez cependant WAHL, note au S. 99, 2, 93, pour les donations.

La Cour de cassation hésite, il est vrai, à proclamer le principe général que le mari ne peut agir sans fraude. Elle essaye de rattacher la solution à un texte. Dans l'arrêt du 8 juillet 1912, elle déclare qu'un détournement des biens de la communauté par aliénation au cours du mariage tombe sous l'application de l'article 1477. Mais il est douteux que des actes juridiques passés pendant la durée de la communauté en vue de s'approprier des biens dépendant de cette communauté constituent le recelé prévu par l'article 1477 [1]. Il semble que les juges aient cherché dans ce texte à la fois l'appui d'une consécration légale de la règle « *fraus omnia corrumpit* » et une pénalité civile qui leur paraissait désirable.

La doctrine n'a pas eu une telle timidité. Quand il s'agit d'expliquer la règle les auteurs ne peuvent lui trouver d'autre fondement que la maxime : *Fraus omnia corrumpit* [2]. Le mari a agi dans l'étendue de ses pouvoirs légaux, mais il a cherché à nuire à celle qu'il avait le devoir de protéger. La situation personnelle des conjoints crée ici le devoir moral, et la fraude consiste dans la violation de ce devoir [3].

On trouverait une autre application de la même idée dans le *remploi fictif ou frauduleux*. La combinaison, qui consiste le plus souvent à acheter un immeuble en indiquant dans l'acte un prix fictif, suppose une fraude du mari ; la femme, le tiers acquéreur, l'intermédiaire sont, suivant les cas, complices ou non. La jurisprudence déclare l'opération radicalement nulle [4]. Si pour la vente de

(1) En ce sens : GUÉNÉE, note au D. 1913, 1, 409.

(2) PLANIOL, RIPERT et NAST, *Traité pratique de droit civil*, t. IX, n° 1223 ; — PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., III, n° 1522.

(3) Voy. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques*, n° 181 ; — Ch. BÉGUIGNON-LAGARDE, note au S. 1929, 2, 97 ; — PLANIOL, RIPERT et NAST, *Traité pratique de droit civil*, VIII, n° 546 ; — A. COLIN et CAPITANT, 7e éd., t. III, n° 174.

(4) Cass. Req., 28 mars 1898, D. 98, 1, 330 ; Paris, 30 mars 1898, D. 98, 2, 301.

l'immeuble dotal le remploi fictif peut être assimilé à l'absence de remploi, en ce qui concerne l'acquisition de l'immeuble ou des valeurs achetés en remploi la nullité ne peut s'expliquer que par le caractère frauduleux qui vicie toute l'opération.

164 *bis.* — La jurisprudence a pris en considération particulière les fraudes commises par les copartageants dans le partage de successions ou de communauté. Elle a donné aux textes du Code civil sur le *recel* et le *divertissement* l'interprétation la plus extensive, contrairement aux règles générales d'interprétation puisque ces textes établissent une pénalité civile [1]. Les rapports qui existent entre les intéressés sont tels que l'on peut exiger de chacun d'eux une parfaite bonne foi. Ils doivent se considérer non comme des adversaires mais comme des alliés loyaux.

Le recel résulte de toute fraude commise, quels que soient les moyens employés et quelle que soit la date à laquelle elle a été commise [2]. Il y a recel, d'après la jurisprudence, dans la simple réticence consistant à ne pas déclarer des effets communs ou indivis [3], à dissimuler les donations qu'on a reçues [4] ou les récompenses dues à la communauté [5], à refuser de rendre un compte d'administration [6].

Il y a recel frauduleux également quand on grève la masse de dettes fictives [7] ou quand on fait usage d'un

(1) PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, *Traité pratique de droit civil*, t. IV, nos 291 et s.

(2) Cass. Civ., 23 août 1869, S. 69, 1, 470. Cass. Req., 1er mars 1920 et 28 octobre 1925, D. H. 1925, 189.

(3) Cass. Req , 20 novembre 1922, D. 1923, 1, 43.

(4) Cass. Req., 11 juillet 1893, D. 93, 1, 561, S. 94, 1, 219; 14 avril 1897, D. 97, 1, 285, S. 1900, 1, 454; 16 juillet 1913, D. 1914, 1, 246, S. 1914, 1, 347.

(5) Cass. Req., 25 novembre 1861, D. 62, 1, 74, S. 62, 1, 439.

(6) Cass. Req., 1er avril 1885, S. 85, 1, 168.

(7) Cass. Req., 5 août 1868, D. 73, 5, 106, S. 69, 1, 24; 13 août 1873, D. 74, 1, 125, S. 74, 1, 49, note RODIÈRE; Cass. civ., 22 décembre 1874, D. 75, 1, 125, S. 75, 1, 49.

faux testament[1]. Il suffit que les juges constatent l'existence d'une fraude ; peu importe d'ailleurs que cette fraude ait été commise pendant l'indivision ou la communauté ou qu'elle soit antérieure au décès de celui dont on partage la succession[2]. C'est l'intention frauduleuse qui est condamnée et il a même été décidé que l'intention suffit pour que la pénalité civile soit encourue alors même que l'avantage poursuivi n'aurait pas été réalisé[3].

Le caractère pénal de cette action civile est d'ailleurs nettement marqué par la doctrine et la jurisprudence qui refusent de condamner le réceleur repenti qui restitue avant toute découverte du recel et peut-être même avant toute poursuite des copartageants[4]. Quant à la transmissibilité de l'action elle est discutée. La jurisprudence refuse d'appliquer l'art. 1497 aux héritiers du recéleur qui offrent de restituer les objets divertis avant toute réclamation[5].

165. — Le devoir d'agir sans fraude n'existe pas seulement vis-à-vis des personnes avec lesquelles on contracte ou que l'on est chargé de protéger, mais encore vis-à-vis de celles à qui on est lié par engagement antérieur. A ce point de vue l'étude de *l'action paulienne* doit trouver place dans l'analyse des devoirs du débiteur envers ses créanciers. L'existence de cette action suffirait à démontrer que l'obligation ne crée pas seulement un rapport entre deux patrimoines, mais qu'elle est un véritable lien

(1) Cass., 15 avril 1890, D. 90, 1, 437, S. 90, 1, 248 ; 5 février 1895, D. 95, 1, 200.

(2) Cass. Req., 5 août 1869, D. 70, 1, 84, S. 69, 1, 388 ; 4 juin 1890, D. 91, 1, 391, S. 93, 1, 500 ; 9 mai 1905, D. 105, 1, 429 ; 15 novembre 1911, D. 1912, 1, 485.

(3) Cass., 15 avril 1890, D. 90, 1, 437 ; 5 février 1895 précité.

(4) Cass. Req., 3 mai 1898, D. 48, 1, 166, S. 49, 1, 353 ; 29 mai 1892, D. 92, 1, 463, S. 93, 1, 380 ; 12 avril 1897, D. 99, 1, 215, S. 99, 1, 328 ; — Pothier, *Communauté*, n° 691 ; — Aubry et Rau, VIII, § 519, texte et note 15 : — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, II, nos 1042 et 1162.

(5) Cass. Civ., 8 juillet 1912, D. 1913, 1, 411, note Grouber, S. 1919, 1, 368 ; Rouen, 20 février 1897, D. 99, 2, 241.

entre deux personnes dont l'une est désormais tenue vis-à-vis de l'autre par le devoir, moral tout autant que juridique, d'acquitter sa dette.

C'est justement lorsque l'exécution s'est affaiblie et que l'homme n'a plus payé par son corps que le préteur romain dut intervenir pour punir la *fraus creditorum* du débiteur *conscius fraudis*. L'action est née comme action délictuelle. Elle a, bien qu'elle ait pris aujourd'hui un caractère purement civil, conservé quelque chose de son origine.

L'article 1167 est, on le sait, si brièvement rédigé que la jurisprudence a dû chercher dans la tradition les caractères de l'action paulienne. M. Grouber, dans la conclusion d'une étude très importante consacrée à l'action paulienne, pose cette question : les tribunaux se sont-ils laissé guider en cette matière par un principe général? et il donne cette réponse : « Il semble bien que oui. L'action paulienne est une action essentiellement équitable et par cela même une action socialement utile, car éminemment moralisatrice [1] ».

Les règles de l'action paulienne sont assez connues pour qu'il soit possible ici, sans reprendre des discussions aujourd'hui éteintes et en se basant sur les résultats acquis en jurisprudence, de montrer comment toutes les conditions exigées pour l'exercice de l'action se ramènent en définitive à l'appréciation de la fraude du débiteur et de la participation d'un tiers à cette fraude.

1° En premier lieu, on exige que le créancier demandeur à l'action paulienne ait un *titre antérieur à l'acte* qui a créé ou aggravé l'insolvabilité du débiteur. Cette condition d'antériorité a été parfois considérée comme une conséquence du droit de gage général appartenant aux

(1) Grouber, *L'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse, Paris, 1913, n° 356, p. 654.

créanciers sur le patrimoine du débiteur. Mais depuis 1852, la Cour de cassation décide d'une façon constante que les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux peuvent par exception attaquer cet acte s'il y a eu de la part du débiteur *prévision frauduleuse*, l'acte ayant été passé pour tromper les tiers qui viendraient à contracter ultérieurement [1]. Du moment que l'on établit la fraude du débiteur dirigée contre ses créanciers l'acte est annulable même si le droit de créance n'était pas né encore au moment où il a été passé. Ce qui vicie cet acte, c'est l'intention frauduleuse et non le fait de disposer du patrimoine malgré le droit de gage des créanciers.

2° On fait traditionnellement une exception en faveur des *paiements*. Le débiteur se sachant insolvable paie valablement un de ses créanciers et nuit aux autres par cette faveur. Le créancier satisfait n'aura pas à craindre de voir ce paiement annulé. On en a parfois donné cette raison qu'il n'y a point de préjudice parce que le paiement effectué diminue le passif du débiteur. Le préjudice en réalité est certain, mais, ce qui fait défaut, c'est la fraude. Le débiteur qui paie ses dettes accomplit son devoir. Il est possible que la pensée dominante de ce débiteur soit de créer une insolvabilité au détriment de certains créanciers ; ce n'est qu'une pensée qui ne s'incarne pas dans l'acte accompli. La meilleure preuve c'est que si le débiteur, au lieu de payer son créancier par le versement de la somme due, fait par convention avec lui une dation en paiement, cette dation peut être annulée comme frauduleuse [2]. Il y a acte juridique nouveau incarnant une intention frauduleuse.

3° La distinction des actes à *titre onéreux* et des actes

(1) Cass. Civ., 2 février 1852, D. 52, 1, 49, S. 52, 1, 234. Nombreux arrêts postérieurs cités par GROUBER, *op. cit.*, p. 67, note 1.

(2) Cass., 24 novembre 1835, S. 36, 1, 350 ; 3 mars 1869, D. 69, 1, 201, S. 69, 1, 149 ; 16 avril 1889, D. 90, 1, 200 ; 7 juillet 1896, D. 96, 1, 519, S. 96, 1, 105 ; 24 janvier 1900, S. 1901, 1, 237.

à *titre gratuit* est capitale dans l'exercice de l'action paulienne puisque dans le premier cas, l'action ne réussira contre le tiers acquéreur que si la complicité de fraude est démontrée. Or, pour faire cette distinction, la jurisprudence ne s'attache pas au critérium qui d'ordinaire permet de distinguer la nature de ces actes, c'est-à-dire l'existence ou l'absence d'une contre-prestation. Elle recherche si le tiers acquéreur émet ou non une prétention coupable en prétendant garder au détriment des créanciers le bien qu'il a reçu du débiteur. La donation avec charges, la constitution d'hypothèque ont été considérés suivant les circonstances comme des actes à titre onéreux ou à titre gratuit. Mais c'est surtout en matière de constitution de dot que cette jurisprudence s'est affirmée. Elle est trop connue pour qu'il soit besoin de l'analyser. Les tribunaux ne peuvent nier que la constitution de dot soit par sa nature une libéralité, mais, considérant que le conjoint doté de bonne foi ne réalise pas un enrichissement injuste, lorsqu'il conserve la dot reçue d'un donateur insolvable, ils refusent aux créanciers l'action paulienne, le mariage constituant en quelque sorte la juste cause qui permet de considérer l'avantage comme régulièrement acquis.

4° Cette même considération de moralité dicte la solution, lorsque les créanciers exercent l'action paulienne en mettant en cause le *sous-acquéreur* du bien aliéné par le débiteur. Si on appliquait ici la règle générale sur le transfert des droits, il faudrait lier la situation du sous-aaquéreur à celle de son cédant, *conscius fraudis*. La jurisprudence décide au contraire que le sous-acquéreur ne succombera pas nécessairement parce que l'acquéreur aurait succombé. Elle exige que les créanciers fassent la preuve d'une complicité de fraude [1]. Le sous-acquéreur

(1) Orléans, 10 février 1876, D. 77, 2, 113, S. 76, 2, 321 ; Dijon, 31 juillet 1878, S. 79, 2, 21 ; Paris, 2 avril 1879, D. 81, 2, 73.

est sauvé par sa bonne foi personnelle, parce qu'il serait injuste de le priver d'un avantage justement acquis.

Voilà quelques traits de l'action paulienne, et il y en aurait d'autres, qui marquent nettement le caractère moral de l'action. Entre les créanciers et les tiers acquéreurs il y a une lutte d'intérêts. En faveur des uns et des autres interviennent des considérations économiques de crédit et de sécurité ; les créanciers représentent le crédit personnel et la conservation du patrimoine ; les acquéreurs, le crédit réel et la libre circulation des biens. Cette dernière considération l'emporterait sans doute, mais il faut maintenir ici l'observation de la règle morale. Si les créanciers sont injustement dépouillés par un acquéreur qui est de mauvaise foi ou qui n'a rien perdu dans la lutte, on les protégera contre la fraude.

Quant au débiteur coupable il est le premier visé. Certaines lois se montrent plus sévères pour lui que le Code civil. S'il a affecté un de ses biens comme gage particulier à l'un de ses créanciers, il commet un délit pénal en l'aliénant dans des conditions telles que ce créancier perdra son gage. On considère qu'il a abusé de la confiance qui lui a été faite [1].

166. — L'article 1167 visant d'une façon expresse la fraude commise par un débiteur envers ses créanciers, les tribunaux ont essayé, dans la mesure du possible, d'appliquer l'action paulienne toutes les fois qu'un acte juridique leur était dénoncé comme frauduleux. Mais il leur a été souvent difficile d'étendre ce texte hors de son champ déterminé par une tradition constante ; c'est la

(1) Loi du 10 juillet 1885 (art. 33) sur l'hypothèque maritime ; loi du 5 juillet 1917 (art. 45) sur l'hypothèque fluviale ; loi du 30 avril 1906 (art. 14) sur les warrants agricoles ; loi du 8 août 1913 (art. 13) sur le warrant-hôtelier.

fraus creditorum qui est prévue ou réprimée par l'action paulienne ; il est d'autres fraudes dont le Code civil ne parle pas.

Cette absence de texte a mis les interprètes dans un cruel embarras quand ils se sont trouvés en présence de *fraudes commises dans le transfert des droits* [1].

L'exemple le plus net est le conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble. La loi civile prévoit les formes suivant lesquelles l'acquéreur sera régulièrement investi d'un droit opposable à tous et règle le conflit entre les ayants droit du même vendeur par la priorité dans l'accomplissement des formalités légales. Peu importe par suite qu'un vendeur ait agi de mauvaise foi et non par erreur en vendant à deux acquéreurs successifs le même immeuble. L'acquéreur qui a rempli avant tout autre les formalités légales n'a pas à redouter l'éviction. C'était déjà la solution affirmée dans l'Ancien droit pour le donataire qui avait procédé à l'insinuation. Sous l'empire de la loi du 11 Brumaire An VII, le conflit entre deux acquéreurs successifs du même immeuble se présenta devant les tribunaux et fut résolu au profit de celui qui le premier avait accompli la formalité légale de la transcription. Un arrêt du 3 Thermidor An XIII décida que la première transcription l'emporterait toujours sur la seconde alors même que son auteur aurait connu l'existence d'une vente antérieure à la sienne. « Il n'y a pas de fraude, dit la Cour de cassation, à profiter d'un avantage offert par la loi ; c'est au premier acquéreur à s'imputer à lui-même s'il n'a pas usé d'une égale diligence pour faire transcrire son acte ». Quand le Code civil établit la transcription des donations, la jurisprudence adopta la

(1) Vigneron, *La fraude dans les transferts de droits*, thèse, Paris, 1923 ; — Grouber, *L'action paulienne*, thèse citée, nos 268, et suiv., p. 492 et suiv.

même solution[1]. « Il n'y a pas de fraude, dit un arrêt, à user d'une faculté ouverte par la loi[2] ». Enfin quand la loi du 23 mars 1855 rétablit la transcription des actes à titre onéreux, la même question se posa et fut résolue de la même manière.

Il y a pourtant une série de décisions qui refusent à un acquéreur le droit de se prévaloir de la priorité de sa transcription et l'obligent à respecter une aliénation qui est antérieure en date à la sienne, bien qu'elle n'ait pas été transcrite. Ces décisions sont intervenues contre des acquéreurs, qui, connaissant l'aliénation antérieure et la faute du vendeur stellionataire, s'étaient associés à cette faute et étaient entrés dans le concert frauduleux dirigé contre le premier acquéreur. « La fraude, dit la Cour de cassation, fait exception à toutes les règles[3] ».

La même difficulté se présente et la même solution doit être donnée pour le conflit entre deux créanciers hypothécaires[4] ou pour celui qui s'élève entre le créancier hypothécaire et le tiers acquéreur[5]. Dans l'un et l'autre cas les deux intéressés sont assujettis à remplir la même formalité de publicité ou une formalité semblable. Le plus diligent l'emporte, sauf le cas de fraude.

S'il s'agit d'une cession de créances, la préférence au

(1) Grenoble, 14 juillet 1824, S. 25, 2, 333; Caen, 28 décembre 1835, S. 38, 2, 735; Limoges, 16 mai 1839, S. 40, 2, 14; Nîmes, 17 juin 1842, D. *Jur. Gén.* V° *Dispositions entre vifs*, n° 1590; Montpellier, 9 mai 1843, S. 44, 2, 187.

(2) Caen, 9 novembre 1847. D. 48, 2. 12.

(3) Cass. Req , 8 décembre 1858, D. 59, 1, 184, S. 59, 1, 883 ; 5 juillet 1885, S. 87, 1, 175; 27 novembre 1893, D. 94, 1, 342, S. 94, 1, 385; 29 février 1904, D. 1905, 1, 7; Grenoble, 11 décembre 1869, D. 70, 2, 251, S. 70, 2, 35 : Paris, 4 février 1884, D. 85, 2, 85; Orléans, 4 mars 1896, D. 96, 2, 515. — Comp. pour le cas ou la seconde vente est simulée : Cass. Req., 15 juin 1922, D. 1922, 1, 180; Cass. Req., 6 avril 1925, D. 1926, 1, 185, note SAVATIER; Cass. Civ., 7 décembre 1925, S. 1925, 1, 340, D. 1926, 1, 185; Cass. Req., 16 novembre 1932, S. 1933, 1, 55.

(4) Paris, 21 juillet 1807, D. *Jur. Gen.* V° *Privilèges et hypothèques*, n° 1370.

(5) Cass. Req., 27 mars 1849, D. 49, 1, 168, S. 49, 1, 509.

cas de conflit entre deux cessionnaires successifs de la même créance doit être donnée à celui qui le premier a rempli les formalités de l'article 1690 du Code civil, mais, là encore, il faut réserver le cas où le plus diligent a agi avec une intention frauduleuse [1]. La même solution devrait être donnée pour le transfert des titres nominatifs, puisqu'il y a conflit entre des cessionnaires qui ont des formalités à remplir pour l'acquisition de leurs droits [2].

167. — Un conflit du même genre se présente entre deux titulaires de droits lorsque l'acquisition du droit résulte d'une disposition légale ou d'un acte de volonté sans formes. La préférence ne peut résulter de l'accomplissement régulier de la formalité légale ; mais la loi elle-même règle l'ordre de priorité. Cet ordre ne peut-il être renversé quand celui qui normalement devrait être préféré se rend coupable de fraude ?

Il faut tout d'abord remarquer que dans certains cas on donne la préférence à celui des titulaires de droits concurrents qui est de bonne foi, si l'autre est de mauvaise foi, c'est-à-dire connaît le droit d'autrui. C'est ainsi par exemple que se résoud le conflit sur le même meuble entre le vendeur, créancier privilégié du prix, et le bailleur, créancier privilégié du loyer. Le bailleur ne peut prétendre au droit de priorité qui lui est accordé par la loi que s'il ignore la dette du prix.

Le Code civil applique lui-même le principe dans l'article 1141 pour résoudre le conflit *entre deux acquéreurs successifs du même meuble corporel*. Celui qui a été mis en possession réelle le premier doit être préféré « pourvu toutefois que sa possession soit de bonne foi ». S'il connaissait l'existence d'une vente antérieure, il devait s'abstenir de traiter avec le vendeur ; il est coupable de

(1) Cass., 24 décembre 1894, S. 95, 1, 69.
(2) Cass., 10 janvier 1905, D. 1906, 1, 345.

l'avoir fait et la loi lui retire le bénéfice de sa mise en possession. Le conflit *entre deux locataires* du même immeuble se résoudrait par l'application de la même règle.

Parfois les deux droits acquis ne sont pas de même nature et il semble qu'il faille chercher la solution dans la nature juridique du droit, mais la considération de la fraude vient modifier cette solution. L'acquéreur d'un immeuble qui a fait l'objet d'une *promesse de vente* consentie antérieurement à un tiers, a un droit réel qu'il peut opposer au droit du créancier de la promesse. Mais s'il connaissait au moment de l'acquisition l'existence de la promesse violée par le vendeur, il s'est rendu coupable d'une fraude et il ne pourra alors opposer son acquisition au titulaire de la promesse [1].

On a pu également relever des cas nombreux où une personne se rend *complice de la violation par le débiteur d'une obligation contractuelle* et classer ces hypothèses suivant la nature de l'obligation violée [2]. Tantôt le tiers coopère à la violation de l'obligation de donner en achetant lui-même le bien immeuble ou meuble qu'il sait avoir été précédemment vendu, c'est l'hypothèse que nous avons examinée ; tantôt l'obligation violée est une obligation de faire : rupture d'une promesse de vente, d'un bail conclu, débauchage par un tiers d'employés ou de domestiques qui sont au service d'autrui, aide apportée à la rupture du contrat de travail ; tantôt enfin le tiers est complice de la violation d'une obligation de ne pas faire : clause de non concurrence, engagement de ne pas vendre ou de ne vendre qu'au-dessus d'un certain prix.

Dans toutes ces hypothèses les effets juridiques normaux que devrait produire la grande règle économique

(1) Cass. Req., 15 avril 1902, D. 1903, 1, 38 ; Bordeaux, 17 août 1848, D. 49, 2, 46 ; Nancy, 4 avril 1906, D. 1908, 2, 268. Voyez cependant Toulouse, 17 mai 1880, D. 81, 2, 220.

(2) Pierre Huguenet, *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse, Dijon, 1910.

des transferts des droits sont arrêtés par l'application de la règle morale sur la poursuite de la fraude.

Cet appel à la règle morale pour corriger les résultats abstraits de la technique juridique fait naître une question très délicate et qui a été beaucoup moins étudiée : quels sont les éléments caractéristiques de la fraude qu'il faut prévenir ou réprimer ?

§ 2. — Recherche d'une définition de la fraude.

168. Sens différents du mot fraude. — 169. Définition de la fraude paulienne. — 170. Des cas où la fraude consiste dans la méconnaissance consciente du droit d'autrui. — 171. Des cas où la fraude consiste dans une entente en vue de nuire à autrui. — 172. Tendances différentes de l'économie et de la morale. — 173. L'idée de fraude à la loi. — 174. La fraude à la loi en droit international. — 175. La fraude à la loi en droit interne. — 176. Limites de la théorie.

168. — Si le Code civil ne contient pas une définition complète du dol, du moins dans l'article 1116 donne-t-il cette indication que le dol consiste dans des *manœuvres* pratiquées par l'une des parties. On chercherait en vain une indication semblable dans les textes relatifs à la fraude. L'article 1167, qui est le texte fondamental, la nomme sans la définir et aucun autre texte visant la fraude ne fait la moindre allusion à ses éléments caractéristiques.

D'autre part, de très nombreux textes du Code civil visent la bonne foi et, par opposition, nous avons une notion de la mauvaise foi. Cette mauvaise foi est-ce la fraude ?

Dans son sens courant, le mot fraude désigne un acte matériel destiné à tromper les tiers ou l'autorité publique. C'est en ce sens que la loi pénale prend l'expression, lorsqu'elle réprime les fraudes électorales, les fraudes douanières, les fraudes sur marchandises, les fraudes

fiscales [1]. L'intention coupable se matérialise dans un acte qui a un caractère illicite. Il est alors facile de reconnaître, d'après la nature de l'acte accompli, le délit commis.

La difficulté commence quand il y a non plus acte matériel, mais acte juridique. L'acte juridique, quand il porte sur un objet licite n'est pas lui-même révélateur de la fraude commise. Il faut donc chercher la fraude dans la volonté de celui qui passe l'acte. Si c'est alors la volonté coupable qui est la caractéristique de la fraude, la fraude paraît se confondre avec la mauvaise foi.

Sans doute, si l'acte juridique est purement fictif, on comprend que le juge ait le droit d'écarter cette apparence pour aller saisir dans sa réalité la véritable pensée des contractants. Mais si l'acte a été réellement voulu, s'il a été dicté par la recherche ou la défense des intérêts privés, la pensée frauduleuse qui a été un des mobiles de cet acte peut-elle être retenue ? La cause illicite et immorale entraîne la nullité de l'acte juridique conclu, mais y a-t-il cause illicite dans la simple conscience du préjudice que l'acte juridique va entraîner pour autrui ?

Ce sont là des questions dont la solution est loin d'être nette. Les tribunaux parlent parfois indifféremment de fraude, de mauvaise foi, de connaissance frauduleuse. Il faut alors analyser les faits et voir en quoi consistait la mauvaise foi du défendeur condamné. Il n'est pas toujours facile de le faire.

La doctrine s'est surtout occupée de cette question dans l'analyse des conditions requises pour l'exercice de l'action paulienne. Elle a opposé la fraude, connaissance de l'insolvabilité, à la fraude, intention de nuire, et à la fraude, volonté [2]. Il lui a été difficile d'arriver à une formule et peut-être la même définition ne peut-elle pas s'appliquer

(1) PALMADE, note au D. 1921, 2, 137.
(2) GROUBER, thèse citée, nº 58 et suiv.

au débiteur et au tiers acquéreur. En tout cas, la fraude contre les créanciers n'est pas la seule qu'il y ait lieu d'envisager. Quand, pour annuler d'autres actes frauduleux, on est obligé d'invoquer la maxime générale *fraus omnia corrumpit*, l'interprète reste sans guide. La maxime est citée couramment devant le juge ; elle est acceptée par la jurisprudence ; elle n'a pas toujours le même sens.

La difficulté vient précisément ici encore de ce que la maxime traduit une règle morale qui vient entraver l'application normale des règles juridiques. La règle morale commande de ne pas nuire sciemment et injustement à autrui. Le droit civil demande plus de précision. On ne peut donner à la règle cette précision nécessaire si, lui restituant son véritable sens, on n'essaye pas de mesurer les devoirs.

169. — Si l'on prend tout d'abord le devoir qui incombe au débiteur vis-à-vis de ses créanciers, on sera porté à une appréciation sévère de la conduite de l'insolvable. Le débiteur ne perd pas le droit d'aliéner ses biens, mais il a l'obligation morale en même temps que juridique de payer ses dettes. S'il aliène ses biens sachant qu'il ne paiera pas, son acte est empreint d'une immoralité coupable. La fraude consiste justement à passer un acte juridique en sachant que cet acte créera ou augmentera l'insolvabilité [1]. S'il s'agit d'un acte à titre gratuit, le donateur fait une libéralité aux dépens de ses créanciers ; s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, le vendeur a nécessairement l'intention de soustraire ce bien à l'action de ses créanciers, puisqu'il sait qu'il pouvait être saisi.

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, no 312 : « Il n'est pas nécessaire que l'acte du débiteur ait été inspiré par l'intention de nuire, il suffit qu'il ait été fait sciemment » ; — A. COLIN et CAPITANT, 7e éd., II, no 259 : « La fraude paulienne est simplement un état d'esprit : c'est la connaissance par le débiteur du préjudice qu'il va causer à ses créanciers ».

Les tribunaux visent tantôt la connaissance par le débiteur de son état d'insolvabilité, tantôt l'intention de nuire aux créanciers, ou la volonté de préjudice. M. Grouber, qui analyse cette jurisprudence, déclare qu'on ne peut formuler aucune de ces théories d'une manière qui résisterait à la critique et il donne lui-même cette formule : « un acte frauduleux lorsque à raison de la connaissance qu'avait le débiteur au moment de la passation de cet acte de son état de fortune, l'acte en question apparaît comme *immoral* [1]. »

Il s'agit bien en effet pour les juges de peser la moralité de l'acte accompli. Ils n'ont pas manqué de le faire. On a vu un arrêt refuser d'annuler une renonciation à un legs, faite par un légataire insolvable qui avait des remords de la captation du testament à laquelle il s'était livré [2]. Les juges ont une liberté d'appréciation absolue. La Cour de cassation déclare qu'il appartient aux juges « de caractériser la moralité des faits » [3].

Les tribunaux apprécient plus sévèrement la moralité d'un donateur que celle d'un vendeur. L'immoralité du débiteur suffit pour annuler la donation et la bonne foi du donataire ne couvre pas cette nullité. Le donataire ne peut pas accepter de s'enrichir injustement aux dépens des créanciers de son donateur. Averti de la situation il a le devoir de restituer au donateur les biens donnés.

La situation de l'acquéreur à titre onéreux est bien différente. Il a fait un sacrifice pour obtenir un droit ; si les créanciers de son vendeur l'en dépouillent, il va se trouver lui-même dans la situation de créancier d'un débiteur insolvable. Il y aurait une véritable injustice à le sacrifier aux autres. Pour que ce tiers acquéreur soit atteint

(1) Grouber, thèse citée, n° 59, p. 110.
(2) Rouen, 3 juillet 1865, S. 67, 2, 11. La Cour donne d'ailleurs un motif inexact tiré du caractère personnel de la renonciation.
(3) Cass., 21 janvier 1878, S. 78, 1, 364.

par l'action paulienne, il faut qu'il se soit rendu complice de la fraude du débiteur.

Cette complicité a embarrassé les tribunaux qui ont l'habitude d'une complicité pénale par aide et assistance. Ils ont dit quelquefois que le tiers devait *participer à la fraude* du débiteur. En réalité la fraude du débiteur consiste à passer un acte juridique avec la conscience de ne point remplir son devoir envers les créanciers. Le tiers étant partie à l'acte juridique participe à la fraude par cela seul qu'il connaît, tout comme le débiteur, la situation. « Cette complicité, dit la Cour de cassation, se constitue suffisamment de la connaissance qu'a eue ce tiers de l'insolvabilité du débiteur et par suite du dommage qui en résulterait pour les créanciers [1] ». Les tiers ne doivent pas traiter avec ceux qu'ils savent insolvables. Un insolvable sans doute n'est pas incapable de contracter ; l'acte qu'il passe n'est pas nul de droit sur la seule démonstration de l'insolvabilité ; mais les créanciers le font annuler en démontrant que leur débiteur connaissait sa situation et que le tiers avec lequel il a traité ne l'ignorait pas.

Si, par une hypothèse pratiquement peu réalisable, le débiteur ignorait sa véritable situation et que le tiers acquéreur la connût, la bonne foi du premier couvrirait la mauvaise foi du second. Le tiers acquéreur n'est tenu en effet que comme complice du vendeur. Si l'acte du vendeur doit être maintenu comme valable en raison de sa bonne foi on ne voit pas comment on pourrait recourir contre le tiers. Ici la mauvaise foi du tiers acquéreur devient indifférente, n'étant plus qu'une pensée coupable.

170. — Le devoir de ne pas nuire à autrui n'existe pas seulement vis-à-vis des créanciers, il doit être également observé vis-à-vis des personnes qui ont des droits incon-

(1) Cass. Req., 6 mai 1857, D. 57, 1, 299.

ciliables avec ceux que l'on prétend exercer. Le conflit de droits se résoud, nous l'avons dit, contre celui qui s'est rendu coupable de fraude. Mais en quoi doit consister la fraude?

Ici encore elle ne peut être définie qu'en rendant nettement compte de l'étendue des devoirs. Quand est-on coupable de ne pas respecter le droit d'autrui? C'est uniquement dans le cas où on savait qu'en acquérant personnellement un droit on allait aider à dépouiller une personne du sien. Ainsi celui qui achète un immeuble ayant fait l'objet d'une promesse de vente ou un meuble déjà vendu à un tiers, et qui le sait, se rend fort bien compte que le débiteur violera la promesse de vente ou la vente et il l'aide à la violer.

Certains auteurs refusent de tenir compte de la simple connaissance de l'acquéreur s'il n'y a pas fraude concertée avec le vendeur [1]. Ils oublient que le Code civil exige que l'acquéreur mis en possession du meuble vendu soit de bonne foi. Du moment où l'acquéreur n'ignore pas que le meuble avait déjà été vendu, il sait qu'il acquiert *a non domino*; il est donc de mauvaise foi.

M. P. Hugueney a étudié ces cas de coopération à la violation de l'obligation contractuelle. Il est arrivé à cette conclusion qu'il faut une *complicité* [2]. Le mot lui-même indique la nécessité de l'intention coupable chez le tiers et il explique aussi quelle est la source du devoir moral.

On pourrait s'étonner de voir l'acquéreur ou le locataire être tenu à raison de la violation d'une obligation contractuelle alors que cette obligation ne leur incombe en rien, le contrat ayant un effet relatif. La culpabilité du cédant ou du bailleur vient de ce qu'il était lié par un engagement antérieur; le tiers n'avait aucune obligation.

(1) Huc, VII, n° 126.
(2) P. Hugueney, *De la responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation contractuelle*, thèse, Dijon, 1910.

Raisonner ainsi, c'est ne pas tenir compte du devoir moral. Le tiers n'était pas tenu sans doute en vertu du contrat, mais, connaissant le contrat, il ne devait pas s'associer à la fraude du débiteur qui ne l'exécutait pas.

On a dit parfois qu'il y a là tout simplement une application des règles de la responsabilité civile, le tiers ayant commis une faute en s'associant à l'acte coupable. En admettant cette explication, il faudrait tout de même reconnaître le caractère particulier de l'action en réparation puisque la sanction de la fraude du tiers n'est pas l'action en dommages-intérêts basée sur l'article 1382, mais une action en nullité de l'acte accompli. L'explication d'ailleurs est insuffisante : pour qu'il y ait responsabilité du tiers, il faut qu'il y ait une faute commise, et, pour qu'il y ait faute, une violation d'obligation. Nous en revenons toujours au même point.

Pourtant cette comparaison avec la grande règle de la responsabilité civile n'est pas fausse ni inutile, car elle nous montre la parenté étroite des règles juridiques qui reposent sur de semblables considérations morales. Le droit de faire des actes juridiques est, comme tous les autres droits, susceptible d'abus. Il y a abus quand l'acte est accompli dans l'intention de nuire à autrui ou tout au moins que la conscience de cette action nuisible est entrée dans la volonté de l'une des parties.

Si le droit civil a senti ici le besoin de sanctionner la règle morale, c'est qu'il a fallu chercher dans l'observation de cette règle une protection que le droit ne trouvait aucun moyen d'assurer autrement. Le locataire qui a signé un contrat de bail, le futur acquéreur qui est créancier d'une promesse de vente, l'acquéreur de meubles qui n'a pu se les faire livrer, ne peuvent par aucun procédé technique empêcher le propriétaire de violer l'obligation contractuelle ; ils sont obligés de se fier à sa parole, donc à sa conscience. Les tiers doivent les aider et obliger cet homme à tenir parole.

La loi du 5 février 1932 est venue donner expressément cette solution au cas de rupture du contrat de travail en permettant de rechercher celui qui a débauché l'ouvrier ou l'employé.

171. — On peut, je crois, expliquer par cette considération la solution différente que l'on donne en général en ce qui concerne le *transfert des droits soumis à une publicité* ou à des formalités destinées à prévenir les tiers. Si on prend le conflit le plus simple, celui de deux acquéreurs successifs du même immeuble, comment déterminera-t-on la fraude du second acquéreur?

Tout acquéreur a un moyen de se protéger contre la mauvaise foi de son vendeur stellionataire : il n'a qu'à faire transcrire son titre d'acquisition. S'il ne le fait pas ou le fait tardivement, il a le plus souvent une faute à se reprocher. En tout cas, il induit par son fait les tiers en erreur sur la véritable situation de la propriété et doit supporter les conséquences de cette erreur.

En fait, il sera très difficile de démontrer la fraude du second acquéreur. La présomption de bonne foi est ici corroborée par la production du registre des transcriptions. Le second acquéreur se donne facilement l'apparence de l'innocence et peut toujours incriminer l'abstention fautive du premier.

Pourtant, dans la pratique, on est parfois arrivé à démontrer que le second acquéreur connaissait l'existence de la vente antérieure; alors s'est posée la question de savoir si cette connaissance était de nature à faire annuler la transcription qu'il avait opérée.

Il faut tout d'abord mettre à part le cas où l'acquéreur, ayant traité en toute bonne foi, a appris la fraude du vendeur après la conclusion du contrat, mais avant la transcription. Il nous paraît certain que dans ce cas l'acquéreur, qui a régulièrement et de bonne foi acquis son droit, peut défendre ses intérêts. Il est à égalité de jeu

avec le précédent acquéreur. La préférence appartiendra à celui qui aura fait opérer la transcription le premier. Le second acquéreur peut être, il est vrai, un donataire luttant contre un acheteur ; et on pourrait dire alors que la situation n'est pas égale ; mais ce donataire a un droit à faire valoir contre les tiers ; si ce droit a été acquis de bonne foi, on ne saurait le sacrifier par suite de son infériorité de nature, la loi ayant prescrit de régler le conflit d'après la date de l'accomplissement de la publicité.

Si nous supposons au contraire que l'acquéreur, dont le titre a été transcrit le premier, connaissait au moment de son acquisition la vente antérieure, la question est beaucoup plus délicate. La justice commanderait de sacrifier cet acquéreur de mauvaise foi au profit du premier acquéreur de bonne foi, car en achetant le bien qu'il savait déjà avoir été vendu à autrui, il a fait un acte immoral et aidé à réaliser une injustice. Il semble d'ailleurs qu'il n'y ait aucune raison pour ne pas traiter les mutations immobilières comme les mutations de meubles ou à ne pas appliquer à cette action en nullité pour fraude les règles de l'action paulienne [1].

On voit, au contraire, la jurisprudence [2], approuvée par la doctrine la plus récente [3], déclarer que la fraude de l'acquéreur ne résulte pas de la simple connaissance qu'il avait d'une vente antérieure, mais consiste uniquement dans une participation à une manœuvre frauduleuse préparée par le vendeur.

La jurisprudence part de cette idée que la connaissance personnelle de l'acquéreur est indifférente, étant donnée l'existence d'un système légal de publicité. La connaissance d'une aliénation antérieure résulte de la mention

(1) SAVATIER, Note au D. 1926, 1, 189.
(2) Cass. Req., 6 avril 1925, et Cass. Civ., 7 décembre 1925, D. 1926, 1, 185. S, 1925, 1. 101.
(3) A. COLIN et CAPITANT, 6e éd., t. I, p. 968 ; — VIGNERON, thèse citée, p. 125.

sur le registre des transcriptions. L'article 1071 décide expressément en ce qui touche les donations que le défaut de transcription ne peut être supléé par la connaissance personnelle que les tiers pourraient avoir par d'autres voies. Cette disposition légale est assez souvent invoquée dans les décisions rendues en matière de donations. S'il s'agit d'actes à titres onéreux les tribunaux ne voient aucune raison d'adopter une solution différente [1].

Pourtant la jurisprudence a assez vite admis que la fraude fait exception à la règle. Il était alors nécessaire de marquer la différence entre la fraude de l'acquéreur et la connaissance qu'il aurait d'une aliénation antérieure. La fraude consiste d'après les tribunaux dans une entente entre le vendeur et le second acquéreur en vue de dépouiller le premier par une transcription rapide.

Il ne faudrait d'ailleurs pas croire que la différence entre le concert frauduleux et la connaissance frauduleuse soit nettement marquée. Il est en effet assez difficile d'imaginer un acquéreur traitant avec un vendeur en sachant qu'il existe une aliénation antérieure à la sienne, s'il n'y a pas entre eux concert frauduleux. Les arrêts qui maintiennent le droit du second acquéreur constatent presque toujours qu'il n'est fait aucune preuve de la connaissance personnelle qu'il aurait eue de la vente [2]. Les arrêts qui constatent cette connaissance s'empressent de déclarer qu'il y a eu manœuvre dolosive et entente avec le vendeur. On peut même relever des décisions qui se contentent de la connaissance de l'acte antérieur par le second acquéreur dans le cas où cette connaissance résulte de son acte d'acquisition.

D'autre part, quand il s'agit du conflit entre deux ces-

(1) Voyez pourtant Alger, 26 juillet 1926, S. 1927, 2, 35, refusant à l'acquéreur le droit de poursuivre la réduction d'un bail de plus de 18 ans non transcrit dont l'existence a été dénoncée dans l'acte de vente.

(2) Cass. Req., 29 février 1904, D. 1905, 1, 7; Paris, 4 février 1884, D. 85, 2, 85; Orléans, 4 mars 1896, D. 96, 2, 515.

sionnaires de la même créance, la Cour de cassation, pour annuler la signification faite par le second cessionnaire, vise « la connaissance spéciale et personnelle » qu'il avait de la première cession [1]. Ces qualificatifs ne sont pas par eux-mêmes bien précis ; en tout cas il n'est plus question de concert frauduleux.

C'est donc en somme uniquement dans les motifs des décisions que l'on trouve cette distinction entre le concert frauduleux et la simple connaissance frauduleuse ; mais il n'y a pas une seule décision qui ait expressément rejeté la demande du premier acquéreur en constatant que le second acquéreur connaissait la première vente et devait être protégé malgré cette connaissance [2] ; certains auteurs pensent qu'il n'y a aucune raison pour protéger l'acquéreur qui a traité en ne respectant pas le droit dont il connaissait l'existence [3].

On ne peut pourtant pas négliger cette hésitation qui se manifeste dans la jurisprudence. Les tribunaux ont certainement une tendance à ne pas vouloir rechercher la connaissance personnelle de l'acquéreur si on ne démontre pas la participation à une fraude. Ils considèrent que la mauvaise foi est indifférente quand l'acquéreur défend ses intérêts en usant du mécanisme légal. Cette tendance doit-elle être encouragée ?

172. — Il faut poser la question suivante : l'accomplissement régulier des formalités imposées par la loi pour l'acquisition et la transmission des droits ne rend-elle pas inutile et dangereuse toute recherche de la pensée et de la volonté des aliénateurs ou des acquéreurs ? La jurisprudence hésite à répondre. Même pour le mécanisme de publicité le plus précis qui soit, la transcription, elle

(1) Cass., 10 janvier 1905, D. 1906, 1, 345.
(2) Cass., 11 juillet 1921, et Cass. Civ., 7 décembre 1925, D. 1926, 1, 187.
(3) Grouber, thèse citée, nº 272, p. 502; — Savatier, note au *Dalloz* précitée.

maintient une action en nullité basée sur la considération de la fraude, mais déjà elle donne une définition de la fraude plus étroite et on a pu penser qu'il y avait là simplement une application des règles générales sur la responsabilité civile. On pourrait soutenir que cette action en responsabilité devrait simplement aboutir à une condamnation à des dommages-intérêts et qu'il ne faut pas mêler au mécanisme de la transcription des considérations de morale.

Il est certain qu'en perfectionnant le mécanisme de l'attribution ou de la cession des droits, le législateur, sacrifiant aux exigences du crédit et de la bonne circulation des biens, veut permettre à tout homme d'agir en pleine sécurité. Il crée un régime de légalité qui restreint les pouvoirs du juge parce qu'il substitue à un principe juridique général des règles techniques précises. Le législateur et le juge ferment délibérément les yeux sur l'intention de l'auteur d'un acte ; ils sacrifient peut-être la règle morale, mais ils le font sciemment et dans l'intérêt du crédit public.

L'acte, ainsi séparé des motifs qui l'ont inspiré, se suffisant à lui-même pourvu qu'il soit régulièrement accompli, a reçu quelquefois le nom d'*acte abstrait*. La tendance du droit civil ne doit-elle pas être de développer cette catégorie d'actes et de négliger par conséquent la recherche de l'intention ? La renaissance de l'acte abstrait marquerait dans la société moderne le sacrifice de l'idée de moralité aux exigences du commerce juridique [1]. « La forme juridique, dit M. Gény, tend aujourd'hui à corriger les dangereux inconvénients du spiritualisme du droit moderne » [2].

(1) Duez, *La renaissance de l'acte abstrait*, thèse, Lille, 1914 ; — Moenacley, *La renaissance du formalisme dans les contrats*, thèse, Lille, 1914.

(2) Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, 1921, n° 206, p. 117.

Historiquement le droit commercial a représenté le triomphe de la bonne foi sur le formalisme du droit civil [1]. Mais, depuis l'ère chrétienne, il semble qu'il y ait eu une évolution contraire, le droit civil étant tout entier imprégné de l'idée morale et le droit commercial plus enclin à éliminer toute théorie qui compromettrait la rapidité et la sécurité des relations juridiques. Sans doute le droit commercial protège les créanciers contre la fraude du débiteur commerçant et même mieux que le droit civil. Mais, quand il s'agit du transfert des droits, il préfère un bon mécanisme juridique à l'appréciation par le juge de la bonne foi des parties en cause. C'est ainsi qu'il a imaginé pour le transfert de la propriété des meubles une protection du tiers acquéreur mis en possession alors même que le vendeur serait de mauvaise foi. Il ne s'est pas préoccupé dans l'application de la règle abstraite : « en fait de meubles possession vaut titre » de la bonne foi de l'acquéreur. Il a fallu que le droit civil, recueillant la règle, la corrigeât en lui ajoutant la condition de bonne foi qui ne se trouvait pas dans la formule primitive.

Le mécanisme de la cession de créance par endossement repose sur la régularité des formes. Le porteur peut exiger le paiement encore que le tiré ait des exceptions à opposer au tireur ou au précédent porteur. On dit, il est vrai, que l'inopposabilité des exceptions ne fonctionne qu'au profit du porteur de bonne foi ; mais cette bonne foi consiste uniquement dans la régularité de l'acquisition. Thaller déclare qu'il n'y a pas à savoir si le porteur était au courant de la situation du tiré ; il suffit qu'il ait fait les fonds pour qu'il soit régulièrement saisi [2].

(1) Thaller, *De l'attraction exercée par le Code civil sur le droit commercial* (extrait du Livre du centenaire du Code civil), p. 5 ; — Hauriou *Principes de droit public*, 2e éd., 1916, p. 185.

(2) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7e éd., par Percerou, nos 1469 et 1470.

Dans la vieille condamnation qu'elle prononçait contre les marchands, l'Eglise dénonçait leur esprit de ruse et d'iniquité. Elle comprenait que le commerce ne pouvait se développer que par un certain sacrifice de la moralité du contrat. Au fur et à mesure que le droit civil s'est commercialisé, le désir de sécurité a dominé le besoin de justice. Il y a aujourd'hui lutte entre ces deux idées. Toutes les hésitations des tribunaux viennent de là. Ils n'hésitent pas devant la fraude concertée ; mais, quand il y a lutte d'intérêts personnels régulièrement défendus par l'emploi des formes légales, ils se demandent s'ils ont le droit de tenir compte des intentions pour détruire le jeu normal du mécanisme légal.

On ne saurait nier ni tenter d'arrêter le mouvement qui, dans l'intérêt du crédit public, pousse le juge à se fier ainsi à la régularité des formes plutôt qu'à la pureté des intentions. Le sacrifice de la règle morale peut être accepté si on sait que l'on fait délibérément un sacrifice. Il faut alors recourir à une technique rigoureuse pour que chacun puisse veiller nettement à la défense de ses intérêts et se défendre contre la mauvaise foi. Il faut aussi que la loi civile établisse des moyens préventifs suffisants contre la fraude ou une sanction rigoureuse quand elle est démontrée. L'ignorance des intentions ne peut se justifier que si dans la très grande majorité des cas la bonne foi est certaine.

173. — Dans toutes les hypothèses précédentes la personne qui était accusée de fraude avait la volonté de porter préjudice à une personne déterminée, ou tout au moins la conscience que son acte serait préjudiciable à cette personne. Elle essayait de l'emporter dans un conflit d'intérêts privés en agissant de mauvaise foi.

Il est une autre espèce de fraude que l'on dénomme

fraude à la loi [1]. Le même mot désigne l'intention coupable ; le but poursuivi est assez différent. Il ne s'agit pas, en effet, nécessairement alors d'un conflit d'intérêts privés, mais souvent d'une tentative faite d'un commun accord par plusieurs intéressés pour échapper à l'application d'une règle juridique impérative. Frauder la loi, c'est éluder l'application de la loi qui serait normalement applicable, parce que cette loi vient gêner les intérêts ou les volontés.

A première vue, on ne voit pas ce que vient faire ici la recherche d'intention. Il est certain en effet que les parties ne peuvent violer une règle de droit impérative en cachant cette violation. Si la simulation n'est pas par elle-même une cause de nullité, elle n'est pas non plus une raison de valider un acte qui serait nul s'il n'était pas simulé. Il faut écarter l'apparence et détruire l'acte illicite qui est réellement voulu et qui se cache sous l'acte simulé [2].

Dans certains cas, il est vrai, la loi elle-même sanctionne d'une façon particulière la simulation. L'article 1099 déclare nulle, et non pas seulement révocable et réductible, toute donation entre époux qui serait déguisée ou faite à personnes interposées. Mais c'est là un texte exceptionnel. La simulation est si peu une cause de nullité que la jurisprudence reconnaît par exemple la validité de la donation déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux alors que par ce moyen les parties échappent à la règle impérative de la forme solennelle.

D'ailleurs l'acte accompli pour éluder la disposition légale impérative n'est pas toujours simulé. Il est réel,

(1) Desbois, *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1927 ; — Ligeropoulo, *La fraude à la loi*, thèse, Aix, 1928 ; — Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, nos 171 et s. ; — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique de droit civil*, t. VI, nos 346 et s.

(2) Voy. par exemple pour le cas de siège social fictif, Montpellier, 3 mai 1926, S. 1926, 2, 75.

lorsque les parties se placent volontairement par cet acte dans une situation telle que la règle impérative ne peut plus les atteindre. Un homme sort ainsi du champ d'application de la loi. On ne peut plus prétendre qu'il viole la loi par son acte ; il ne la viole que par son intention.

On ne saurait poser comme règle générale que nul ne peut par un acte volontaire échapper à l'application d'une disposition légale impérative. Le sujet de droit est en effet libre de se placer par un acte régulier dans telle ou telle situation légale, d'employer telle ou telle forme juridique. Il n'a pas à rendre compte des motifs qui lui font préférer un situation ou un acte déterminé. La jurisprudence pousse même très loin cette indifférence aux motifs puisqu'en présence d'un acte à titre onéreux, elle ne recherche pas si la forme a été employée pour éviter l'emploi de l'acte authentique de donation.

Ce n'est donc ni l'échec à la loi impérative, ni même la volonté d'y faire échec, qui peut constituer une fraude à la loi. Les mots eux-mêmes l'indiquent : cette volonté ne peut être poursuivie que si elle est *frauduleuse*. C'est de la moralité de l'acte qu'il faut s'occuper.

174. — C'est en *droit international* que la théorie de la fraude à la loi est la plus connue [1]. Encore cette étude est-elle récente. M. Bartin, la rencontrant en 1899 dans son étude sur l'ordre public, déclarait-il qu'elle n'avait été nulle part étudiée sérieusement [2].

(1) Bartin, *Etudes de droit international privé*, 1899, p. 244 ; — Pillet, *Principes de droit international privé*, pp. 201, 487, 524 ; *Traité pratique de droit international privé*, t. I, n° 107, p. 223 ; n° 527, p. 547 ; — Travers, *La fraude à la loi en matière de mariage*, *Revue de droit international privé*, 1910, p. 24 et 262 ; — Arminjon, *La fraude à la loi*, *J. Clunet*, 1920, p. 409, et 1921, p. 62 ; — Perroud, *La fraude à la loi en droit international privé*, *J. Clunet*, 1926, p. 19 ; — Niboyet, *La fraude à la loi en droit international privé*, *Rev. de droit int. privé*, 1926, p. 485 ; — Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit int. privé*, n° 274.

(2) Bartin, *op. cit.*, p. 251. Il faisait pourtant exception pour Laurent.

Cette théorie permet d'expliquer une exception aux règles habituelles de solution du conflit de lois. Le juge qui devrait appliquer la loi étrangère applique sa propre loi parce que les parties ont commis une fraude à cette loi en essayant de s'y soustraire et de se soumettre à l'application de la loi étrangère. Comme la théorie de l'ordre public, cette théorie « se résume dans l'éviction de la loi normalement applicable aux yeux du juge par la sienne propre [3]. MM. Pillet et Niboyet déclarent eux aussi que cette théorie « n'est qu'une application d'ailleurs aussi opportune que féconde de la notion plus générale de l'ordre public » [1].

La conséquence de cette conception c'est qu'il faudrait appliquer d'une façon très générale l'idée de fraude à la loi. Il ne serait pas permis à une personne de se soustraire volontairement à l'application de la loi normalement applicable.

Il nous paraît très douteux que la théorie puisse recevoir une portée d'application aussi grande.

Il faut tout d'abord remarquer que la jurisprudence française ne l'applique pas, lorsque les parties se sont soustraites à l'application de la loi étrangère pour se soumettre volontairement à celle de la loi française.

Cette solution pourrait s'expliquer par l'idée d'ordre public. Mais il faudrait alors admettre que le juge saisi doit reconnaître qu'il y a fraude à la loi toutes les fois qu'une personne essayera d'éluder l'application d'une loi française impérative. Or il n'en est rien. M. Bartin déclare bien qu'il y aurait lieu d'annuler pour fraude à la loi la donation faite par acte sous seing privé dans la forme régulière de la loi locale si elle était faite en ce lieu pour

(1) Pillet et Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 1924, p. 415.
(2) Pillet et Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 1924, p. 415; — Niboyet, *op.* et *loc. cit.*, p. 508.

échapper à l'application de la loi française sur la solennité [1], mais il ne peut citer aucune décision à l'appui de son opinion. M. Pillet qui admet la fraude à la loi pour corriger l'application de la règle *locus regit actum* avoue que la majorité de la doctrine est contre lui et ne peut citer d'ailleurs comme application de cette règle que la jurisprudence relative au mariage [2].

Il est en effet très curieux que cette théorie soit restée cantonnée dans deux ou trois questions [3]. La jurisprudence refuse d'appliquer la loi nationale au mariage ou au divorce lorsque cette loi nationale a été acquise pour une naturalisation à l'étranger pour faire échec à la loi française [4]. Elle annule comme frauduleux le mariage contracté à l'étranger suivant les formes de la loi locale lorsque les époux ont employé ses formes pour ne pas suivre celles qui sont prescrites par la loi française, ce qui est évident lorsqu'ils n'ont fait en France ni la publication, ni la transcription prescrites par la loi [5]. On admet de même qu'une personne ne peut arriver par un changement de loi nationale à légitimer un enfant adultérin en dehors des cas prévus par la loi française ou à exhéréder un enfant naturel dont la filiation est légalement constatée [6]. C'est toujours dans le cercle des rapports juridiques relatifs à l'état des personnes que l'on tourne.

C'est en effet que dans ces rapports juridiques la création de la règle n'est pas l'œuvre arbitraire du législa-

(1) Bartin, *Etudes*, p. 247.
(2) Pillet, *Principes*, n° 267, p. 487 et 489, note 1.
(3) M. Perroud, *loc. cit.*, constate même une régression de la théorie et il cite des décisions récentes à l'appui de son opinion.
(4) Il suffira de citer comme exemple la célèbre affaire de Bauffremont : Cass., 18 mars 1878, S. 79, 1, 193, note Labbé.
(5) Cass. Req., 5 juillet 1905, D. 1905, 1, 471, S. 1906, 1, 141 ; 3 janvier 1906, *J. Clunet*, 1906, p. 1149. Voyez pour la jurisprudence antérieure : Bartin, *Etudes*, p. 246, note 1. — Comp. Civ., 13 juillet 1926, S. 1926, 1, 263.
(6) Cass., Turin, 21 décembre 1897, *J. Clunet*, 1901, p. 853.

teur, mais le plus souvent la sanction donnée par lui à une règle de morale qui devrait être volontairement respectée. Une personne ne peut donc à la faveur d'une solution positive du conflit de lois se soustraire à l'accomplissement d'un devoir moral. La jurisprudence n'annule pas toujours le mariage contracté par fraude à l'étranger sans souci du respect des lois françaises, elle l'annule quand la loi française qui n'a pas été respectée sanctionnait un devoir moral auquel on s'est soustrait : pour le mariage, c'est presque toujours le consentement ou autrefois la consultation des parents.

La différence entre la théorie de l'ordre public et celle de la fraude à la loi, c'est que, dans cette dernière théorie, l'éviction de la loi normalement appliquable ne résulte pas de l'objet de cette loi, mais de « l'intention qu'a eue la personne engagée dans le rapport litigieux d'éluder les dispositions de son statut personnel » [1]. Or cette intention n'est pas par elle-même répréhensible, car toute personne a le droit, dans les conditions prévues par la loi, d'aller se placer sous la protection de la loi qui lui paraît la meilleure, et, quand elle fait cet acte, elle est mue évidemment par l'intention d'écarter la loi qui lui était normalement applicable. Pour que cette intention soit frauduleuse, il faut qu'elle soit coupable. La culpabilité consiste non à écarter la loi, mais à se dégager du devoir : ainsi le fils veut se marier sans le consentement de son père, le conjoint veut rompre un mariage contrairement à la foi promise, le père veut déshériter un enfant naturel. On ne saurait au contraire reprocher à un donateur de vouloir échapper à la règle arbitraire de la solennité [2] ou à un futur conjoint de vouloir se soustraire à la règle

(1) Bartin, *Etudes*, p. 247. — Voir la comparaison avec la théorie, de l'abus du droit faite par Arminjon, *op. cit.*, *J. Clunet*, 1921, page 63. — Comp. Niboyet, *op.* et *loc. cit.*, p. 492.

(2) Cass. Civ., 29 juin 1912, S. 1923, 1, 247, note Audinet.

arbitraire de l'immutabilité du régime matrimonial. Pour imaginer ici une hypothèse du fraude à la loi, il faudrait trouver une violation assez nette du devoir qu'a tout contractant de respecter la parole donnée [1].

175. — Pour trouver en *droit interne* des applications de la théorie de la fraude à la loi, on peut supposer de même un conflit de lois impératives qui dans ce droit pourra provenir de l'application successive de deux lois impératives. Les actes juridiques se trouvent placés sous l'empire de l'une ou de l'autre loi suivant la date à laquelle ils ont été passés. Une personne peut faire échec à la loi qui devrait être applicable en précipitant ou en retardant la formation de l'acte juridique. Cette intention de fraude est coupable lorsque la loi qui aurait dû être applicable a été prise pour faire respecter l'ordre public.

Il a été fait application de cette idée dans le cas où une personne précipite la conclusion d'un acte juridique dans le but d'éluder l'application d'une loi nouvelle qui prononcera la nullité de cet acte, par exemple une congrégation religieuse qui vend un bien prévoyant une mesure de liquidation [2]. Cette congrégation dissipe un actif qui juridiquement lui appartient encore, mais qui moralement est déjà sous la main de la justice. Pour le juge saisi l'acte accompli est contraire au devoir moral. Il y a une fraude qui entraîne la nullité de l'acte. On tente en effet d'utiliser le principe juridique de la non-rétroactivité des lois pour arriver à une dissipation du patrimoine, jugée coupable par le législateur. L'intention rend nul cet acte qui réunit les conditions objectives de régularité.

D'autres fois, il ne s'agit pas de l'application d'une loi

(1) Comp. Paris, 21 février 1889, S. 91, 2, 849, note MEYNIAL. — Il ne faut pas confondre la fraude à la loi avec la simulation ; Cass. Req., 29 décembre 1925, *J. Clunet*, 1926, p. 939 ; — PERROUD, *op.* et *loc. cit.*

(2) Cass. Req., 26 mars 1902, S. 1902, Sup. 17.

nouvelle, mais simplement d'une modification à la situation individuelle. L'exemple le plus remarquable est celui du prodigue qui, menacé de la nomination d'un conseil judiciaire, vend ses biens pour éviter l'effet de l'incapacité dont il va être frappé. La jurisprudence annule cette vente pour fraude à la loi [1]. Le prodigue a pourtant fait un acte juridique régulier, puisqu'il n'était atteint d'aucune incapacité de fait et que son incapacité juridique n'existait pas encore. Mais cet acte est nul par la pensée coupable qui l'inspire. Puisque le conseil judiciaire a été ultérieurement nommé, c'est qu'il y avait un intérêt public ou tout au moins familial à empêcher la dilapidation des biens. Celui qui, sachant qu'une défense va lui être faite, se hâte d'accomplir l'acte, est coupable et sa culpabilité rejaillit sur ses actes.

Inversement il y aura fraude à la loi si une personne modifie sa situation juridique dans le seul but d'échapper à l'application d'une loi qui régissait sa situation antérieure et qui était portée pour faire régner la morale. Ainsi le médecin qui épouse sa cliente pour échapper à l'incapacité de recevoir à titre gratuit établie par l'article 909 du Code civil commet une fraude à la loi parce que les raisons morales qui dictaient l'incapacité ne disparaissent pas lorsqu'un acte volontaire modifie la situation juridique [2].

On pourrait enfin admettre la fraude à la loi quand une personne crée par un acte volontaire une situation juridique nouvelle non pour se voir appliquer la règle de cette situation, mais pour échapper à l'application d'une autre règle plus gênante. Cette personne détourne alors la règle juridique de son but pour la faire servir à des

(1) Cass. Req., 24 juin 1896, S. 97, 1, 113 ; 15 juillet 1903, D. 1904, 1, 129, note CAPITANT, S. 1904, 1, 459 ; 12 mai 1915, S. 1915, Sup. 27 ; 10 novembre 1919, S. 1920, 1, 243.

(2) Cass. Civ., 11 janvier 1920, S. 1920, 1, 157 ; Paris, 14 février 1877, S. 77, 2, 337.

fins immorales. A ce titre on pourrait annuler une reconnaissance d'enfant naturel faite après le décès de cet enfant et uniquement dans le but de recueillir sa succession [1], une adoption qui serait faite par un malade condamné uniquement pour faire échapper un légataire au paiement des droits de mutation après décès [2], ou l'émancipation d'un enfant incapable de se conduire faite simplement pour débarrasser le père de la charge de la puissance paternelle. Reconnaissons dans tous ces actes juridiques déformés par l'intention qui les anime autant de moyens de se soustraire à l'accomplissement d'un devoir.

176. — Il est au contraire très difficile de trouver un cas de fraude à la loi dans l'application des règles juridiques destinées à satisfaire et à canaliser les intérêts privés. Certaines de ces règles ont le caractère impératif. Mais les parties restent libres de se soustraire à leur application en se plaçant dans une situation telle que la loi ne les atteigne pas.

De même qu'il n'y a pas d'abus du droit dans les cas où le droit peut être arbitrairement exercé, de même il n'y a pas de fraude à la loi là où on a le choix entre des règles et des formes juridiques. Il importe peu que règles et formes soient impératives, si le commandement n'est pas dicté par le respect de la loi morale.

C'est pourquoi la théorie de la fraude à la loi s'est si peu

(1) Lyon, 26 février 1875, S. 77, 2, 18 ; Rouen, 20 décembre 1899, D. 1901, 2, 71 ; Cass., Florence, 12 janvier 1885, S. 85, 4, 18, et 6 juillet 1886, S. 86, 4, 23 ; V. Poitiers, 27 décembre 1882, S, 83, 2, 188.

(2) Trib. Châteauroux, 1er mars 1926, Trib. Indre, 22 novembre 1927, D. 1928, 2, 1, note LALOU. — Les adoptions étaient si souvent faites dans le seul but d'échapper au paiement aux droits successoraux que la loi du 26 avril 1930 (art. 12) a décidé qu'il ne serait plus tenu compte pour la perception des droits du lien de parenté résultant de l'adoption sauf dans le cas qu'elle détermine. Voyez PLANIOL, *Traité élémentaire*, 12e éd., t. I, n° 1571 bis.

développée en droit interne. En effet, si le recours à une loi étrangère fournit dans certains cas le moyen d'échapper à la loi nationale ou à la loi locale dans leurs dispositions impératives, il n'est pas facile en droit interne d'échapper à une loi impérative par l'emploi d'un moyen juridique régulier. Si l'acte est simulé, l'acte caché demeure frappé de nullité comme illicite ; si l'acte est réel, il tombera presque toujours lui-même sous le coup de la loi impérative.

On peut pourtant trouver des cas où le mécanisme des formes juridiques permet d'échapper à la loi impérative et dans ces cas l'intention arrêtée de l'auteur ne sera pas considérée comme frauduleuse. J'ai déjà cité les donations déguisées sous la forme d'un acte à titre onéreux, déclarées valables par la jurisprudence ; je pourrais de même citer les procédés qui ont été préconisés pour échapper à la prohibition de la renonciation au droit de retour successoral [1], les combinaisons permises pour tourner au cours de mariage la règle de l'immutabilité du régime matrimonial [2], le double legs conditionnel alternatif pour échapper à la prohibition des substitutions [3]. Dans toutes ces hypothèses, il y a une fraude à la loi qui n'est pas jugée coupable [4].

L'application la plus nette de cette idée est peut-être en matière fiscale. Ce que l'on doit appeler la fraude fiscale

(1) Voir les articles publiés à propos de l'affaire terminée par l'arrêt de la Cour de cassation, Ch. réunies, 2 juillet 1903, D. 1903, 1, 353, S. 1904, 1, 65 ; — GAUDEMET, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 739 ; — LYON-CAEN, notes au S. 1901, 1, 433 et 1904, 1, 65 ; — CHARMONT, *Revue critique*, 1902, p. 4 ; — GÉNY, note aux *Pandectes françaises*, 1903, 1, 497 ; — NAST, *Des pactes sur succession future*, thèse, Paris, 1905, n° 273.

(2) Par la combinaison d'une donation et d'un mandat par exemple. Voy. PLANIOL, RIPERT et NAST, *Traité pratique*, VIII, nos 59 et suiv.

(3) TISSIER, *Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées*, *Rev. trimestrielle*, 1903, p. 473.

(4) Voy. pourtant Paris, 13 juillet 1926, *Gaz. Palais*, 18 novembre pour le cas d'une demande indéterminée ayant uniquement pour but de permettre l'appel.

c'est la contravention à une disposition impérative de la loi fiscale, mais non la manière de se soustraire volontairement et par un moyen régulier à l'application de la loi fiscale [1]. Toute personne est libre de transformer sa fortune de manière à être atteinte le plus légèrement par le poids des impôts et ses actes sont pleinement valables quand bien même ils ne seraient dictés que par le désir de payer l'impôt le plus réduit. Il n'y a pas fraude à la loi à vendre séparément un terrain et les arbres de ce terrain pour payer séparément le droit de mutation sur une vente de meubles et une vente d'immeuble. Une société ne commet aucune fraude à la loi en distribuant ses réserves à ses actionnaires sous forme d'actions nouvelles pour éviter le paiement de l'impôt sur le revenu [2]. On pourrait dire sans doute que le contribuable est coupable de recourir à des formes juridiques qui diminueront la contribution réellement due. Mais raisonner ainsi serait oublier que cette contribution est elle-même arbitrairement fixée et que tout contribuable a le droit de se placer dans une situation régulière moins onéreuse pour lui.

Etendre l'application de la fraude à la loi à toutes les hypothèses, où une personne se propose d'éluder l'application d'une loi impérative serait une doctrine dangereuse parce qu'elle demanderait compte aux sujets de droit des motifs de leur obéissance à la loi. Le législateur

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique de droit civil*, t. VI, n° 350. — Voy. BESSON, *Les rédactions frauduleuses des actes soumis à l'enregistrement*, thèse, Paris, 1928 ; — PILON, *Principes et technique des droits d'enregistrement*, I, nos 714 et s.

(2) P. ESMEIN, *L'impôt sur le revenu et les distributions des réserves dans les sociétés par actions*, *Revue pratique de législation et de jurisprudence du trib. de commerce de la Seine*, 1923, p. 3 : « il n'y a pas de place en matière fiscale pour la théorie de la fraude à la loi ». Voy. pourtant la circulaire du Ministre de la Justice reproduit à la *Gaz. du Palais* du 26 sept. 1926, qualifiant de fraude à la loi les mesures prises pour parer à la dépréciation monétaire. — Voy. aussi P. ESMEIN, note au S. 1933, 1, 321.

et le juge peuvent seulement exiger l'obéissance. La théorie de la fraude à la loi n'a de sens que si on donne à cette expression sa valeur morale. Frauder la loi n'est pas en écarter l'application par un moyen légal, c'est en éluder l'observation dans les cas où on avait le devoir de la respecter.

II

LES PEINES CIVILES

177. La sanction pénale des obligations civiles. — 178. Les déchéances de droits. — 179. La peine privée et le calcul de l'indemnité. — 180. La publicité du jugement comme moyen de réparation. — 181. Le dommage moral. — 182. Des personnes qui peuvent agir pour dommage moral et spécialement pour atteinte aux sentiments d'affection au cas de mort d'un parent. — 183. Conséquences à tirer de l'idée de peine dans l'exercice de ces actions. — 184. Le dommage moral collectif et l'action des syndicats et associations. — 185. Insuffisance des sanctions civiles au cas de refus dolosif d'exécution.

177. — Pour prévenir la fraude il suffit parfois de frapper d'inefficacité les actes accomplis dans cet esprit. L'action paulienne est rarement intentée, mais, du fait qu'elle existe, l'acte frauduleux devient rare. S'il a pourtant été commis, l'action en nullité ouverte à la personne lésée assure à la fois la répression et la réparation. La nullité prononcée n'a souvent, et notamment dans l'action paulienne, qu'un effet relatif; l'acte inopposable à celui qui souffre de la fraude est pleinement valable à l'égard des autres; le caractère indemnitaire de l'action en nullité est alors nettement marquée.

Une telle action en nullité n'est d'aucune ressource quand un acte a produit des effets irréparables, et elle est impossible contre des faits matériels dommageables qui ne sauraient être effacés. Le droit civil va-t-il se con-

tenter dans ces hypothèses de l'action en réparation basée sur le principe de l'article 1382 et qui ne saurait aboutir qu'à une satisfaction pécuniaire peu adéquate au dommage causé?

Qu'il y ait action en nullité ou en réparation, le droit civil doit-il se désintéresser de la culpabilité de l'auteur de l'acte ou du fait pour ne regarder que le dommage causé? A-t-il fait assez lorsqu'il a essayé d'effacer le dommage?

Il semble que cette limitation de la règle civile soit justement un des progrès du droit. A sa naissance le droit civil est tout enveloppé encore d'idées pénales; il s'est dégagé peu à peu et la séparation est aujourd'hui nettement marquée. Ce n'est pas à dire que le droit civil ne demande pas parfois le secours de la peine, mais le législateur porte alors spécialement une loi pénale destinée à sanctionner une obligation civile.

A notre époque un mouvement très net se marque en ce sens et l'affaiblissement des sanctions civiles rend nécessaire le recours à la sanction pénale. On pourrait dire que l'histoire du délit est une création constante. Pour ne citer que des exemples relatifs aux obligations civiles, il a fallu dans ces dernières années ériger en délit l'aliénation du meuble hypothéqué ou engagé [1], le défaut de paiement d'aliments ou de boissons consommés [2], le transport par mer [3] ou par voiture [4] sans paiement du prix de transport, le refus d'assistance aux personnes en danger en mer [5], la spéculation dans les ventes de denrées [6] ou la fixation du prix des loyers [7], le refus d'acquit-

(1) Voir les lois citées *supra*, n° 165.
(2) Délit de grivèlerie ou filouterie d'aliments, art. 401 C. pénal, complété par la loi du 26 juillet 1873.
(3) Délit d'embarquement clandestin : loi du 30 mai 1923.
(4) Loi du 31 mars 1926.
(5) Loi du 29 avril 1916 et loi du 17 décembre 1926.
(6) Lois du 20 avril 1916 et du 23 octobre 1919; voyez *supra*, n° 161.
(7) Loi du 29 décembre 1923.

ter une pension alimentaire[1], la non représentation des enfants à ceux qui en ont légalement la garde[2]. Le législateur a de même sanctionné le refus de se soumettre à la loi fiscale et créé des pénalités contre ceux qui, par défaut de déclaration, ne permettent pas le contrôle du fisc sur leurs revenus.

L'intervention de la loi pénale assure d'une façon efficace l'exécution des obligations : c'est ainsi par exemple que la création du délit d'abandon de famille a permis le paiement de pensions alimentaires qui n'étaient pas acquittées par la mauvaise volonté du débiteur.

Cette intervention a pourtant de graves inconvénients. L'emploi constant de la force publique dans les rapports privés crée pour l'Etat une charge qu'il ne peut remplir à la satisfaction générale ; il a de plus le défaut d'acclimater cette idée que, seule, l'injonction de la force publique est respectable ; enfin il ne saurait aller sans arbitraire, et on l'a bien vu dans la répression de la spéculation.

Le plus souvent d'ailleurs l'obligation du débiteur n'est ni assez certaine dans sa cause, ni assez déterminée dans son contenu pour que le débiteur ne puisse se donner un prétexte à l'inexécution. Il est alors impossible de frapper d'une sanction pénale un refus d'exécution. Il faut attendre que le juge ait précisé l'importance et le terme de l'obligation pour que la sanction soit possible ; c'est ce que le législateur a fait pour l'obligation alimentaire.

En revanche, lorsque l'obligation est ainsi affirmée par un jugement de condamnation, nos lois montrent une singulière indulgence pour le débiteur récalcitrant. La suppression de la contrainte par corps a fait disparaître le caractère personnel de l'obligation ; les déclarations de plus en plus nombreuses d'insaisissabilité ont créé un

(1) Délit d'abandon de famille, lois des 7 février 1924 et 3 avril 1928.
(2) Loi du 5 décembre 1901 et 23 mars 1928.

patrimoine réservé aux seuls besoins et plaisirs de ce débiteur. La loi pénale refuse de voir un délit dans le mépris du jugement. Le créancier est réduit à son titre nu.

178. — Laissant de côté l'intervention possible d'une sanction pénale, il est donc intéressant de voir comment le droit civil va essayer dans toute la mesure du possible de prévenir et de réprimer les actes coupables. Il n'est pas d'autre moyen que de frapper l'auteur de l'acte. Il est impossible, faute de texte, de le frapper de peines publiques. Il va donc falloir imaginer des peines civiles, des *peines privées*.

Il suffit quelquefois pour cela d'enlever à l'auteur de l'acte le bénéfice qu'il retirait de l'application de la règle. Le droit civil, déterminant les conditions auxquelles joue la règle, n'a qu'à prononcer l'*incapacité* ou la *déchéance* de celui qui a prétendu à tort s'en prévaloir [1]. On en trouve de nombreux exemples dans le Code civil : je cite seulement la révocation pour cause d'ingratitude des donations (art. 955) et des legs (art. 1046), la perte des avantages matrimoniaux au cas de divorce ou de séparation de corps (art. 299), la privation au cas de recel des effets dépendant de la succession (art. 792) ou de la communauté (art. 1477), la déchéance du terme contre le débiteur qui diminue les sûretés données au créancier dans le contrat (art. 1188), la déchéance du bénéfice d'inventaire au cas où l'héritier omet « sciemment et de mauvaise foi » de comprendre dans l'inventaire des effets de la succession (art. 801). On peut y ajouter la déchéance du droit à indemnité pour dommages de guerre prononcée par la loi du 17 mars 1919 (art. 52 à 54).

(1) Voy. Sallé de la Marnière, *La déchéance comme cause d'extinction d'un droit* (*Rev. trimestrielle*, 1933, p. 1037).

Parfois la peine est plus grave. Une personne ne perd pas seulement le droit précis dont elle a mésusé ; elle perd, à raison d'un acte coupable, une situation juridique dont elle pouvait espérer tirer des avantages nombreux et successifs : ainsi l'héritier indigne est exclu de la succession (art. 727), l'usufruitier qui commet des abus de jouissance se voit enlever son droit avec ou sans compensation suivant les cas (art. 618), le tuteur peut encourir la destitution de la tutelle (art. 443 et 446), le père peut être déchu de la puissance paternelle (loi du 24 juillet 1889) ou de certains attributs de cette puissance (loi du 15 novembre 1921) ou de l'administration légale (art. 389), l'adoptant ou l'adopté peut voir tomber l'adoption (art. 370 mod. par la loi du 11 juin 1923), l'enfant émancipé, son émancipation (art. 485), la femme mariée peut se voir retirer, au cas d'abus, les pouvoirs qui lui sont accordés par la loi du 13 juillet 1907 (art. 2).

Toutes ces exclusions et déchéances sont poursuivies en raison de l'indignité ou de la culpabilité, quelquefois de l'incapacité du titulaire d'un droit. Ce retrait de droits et de pouvoirs constitue souvent une perte d'avantages pécuniaires, toujours une sanction morale. Le droit civil se sert de ce moyen, lorsque l'acte accompli a un rapport direct avec le droit dont il prononce la déchéance. Mais il n'aime guère priver une personne d'un droit à raison d'un acte coupable qui n'aurait aucun rapport avec le droit enlevé ; la peine civile n'aurait alors aucun sens et ne serait pas une sanction efficace. Il s'ensuit que ce genre de sanction est d'un emploi limité. Il ne peut être utilisé lorsque le coupable ne prétend réclamer aucun droit et qu'il a accompli un acte irréparable.

(1) LEPARGNEUR, *La déchéance du droit à indemnité de dommages de guerre* (Travaux de la Conférence de droit pénal de la Faculté de Paris, 1924, n° 19).

179. — On pourrait tout d'abord penser à imposer à l'auteur de l'acte dommageable une réparation supérieure au dommage causé. La partie de l'indemnité qui n'aurait pas le caractère réparateur étant acquise gratuitement à la personne lésée, l'auteur de l'acte payerait ainsi une sorte d'amende à la victime. Ce serait bien là une véritable *peine privée*.

Il y a dans nos lois des exemples d'indemnités tarifiées par la loi sans considération du dommage qui peut être infime ou d'indemnités fixées au double du dommage causé. M. Louis Hugueney a cherché et cité tous les cas de peine privée [1]. Citons après lui, à titre d'exemples seulement, les amendes du Code de procédure civile (art. 263 et 494), l'indemnité du double due par le concessionnaire de mine pour dommage causé à la surface (loi du 21 avril 1810, art. 43), la perte du fret au cas d'innavigabilité du navire qui a pourtant accompli le voyage (art. 297, C. Com.), sans parler des amendes fiscales.

Presque toutes ces dispositions constituent dans notre droit des survivances de vieilles règles. Elles se maintiennent par la force de la tradition. On constate leur existence avec curiosité, mais elles tendent à disparaître et on ne saurait prétendre en créer d'autres. Cette peine privée « quantitative » [2], établie par la loi, ne saurait être recommandée comme sanction efficace.

D'autre part, la sanction est attachée à l'acte illicite, mais non spécialement à l'acte coupable. On se propose moins de punir la faute que de réprimer la négligence. Il

(1) L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit civil contemporain*, thèse, Dijon, 1904, et *Revue critique*, 1906, pp. 316 et 490; — Aj. Demogue, *Obligations*, t. IV, nos 505 et suiv., p. 184; — Jacomet, *Sanctions civiles de caractère pénal*, thèse, Paris, 1905; — Lucienne Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Paris, 1933, no 63.

(2) L. Hugueney, thèse citée, p. 168 et suiv.

n'apparaît nullement qu'il y ait à tenir compte de ces règles exceptionnelles dans une appréciation de la valeur morale des actes.

Il en serait autrement si le juge était libre de fixer l'indemnité d'après le degré de culpabilité de l'auteur. Ihering, combattant le « vulgaire et plat matérialisme » des juges allemands, a soutenu qu'il fallait un équilibre entre la faute et la réparation [1], idée qui devait le conduire après une longue méditation, à soutenir la résurrection nécessaire de la peine privée [2].

En étudiant le problème de la responsabilité civile nous avons effleuré cette question du montant de la réparation, bien troublante quand on maintient le fondement moral du principe de la réparation. Nous avons cru pouvoir l'écarter en décidant que toute faute oblige à réparation intégrale sauf si la victime a de son côté commis une faute (n° 128). A côté de cette réparation intégrale imposée à tous, ne faut-il pas ajouter sous forme d'une majoration d'indemnité une peine particulière pour celui qui a volontairement commis la faute et dont la culpabilité morale ne saurait rester impunie ?

Le Code civil distingue dans les sources d'obligations le délit et le quasi-délit (art. 1370). La distinction repose; d'après tous les auteurs, sur l'élément intentionnel. Dans le délit civil il y a intention de nuire à autrui ou tout au moins acte volontairement accompli avec la conscience qu'il nuira à autrui. Mais quand l'article 1382 fixe le montant de l'obligation la distinction disparaît. Beaucoup de Codes étrangers ont cessé de la faire et comprennent sous le nom d'*actes illicites* tous les actes obligeant à réparation.

(1) IHERING, *La faute en droit privé*, 1867, trad. de MELEUNAERE, 1880, p. 61.

(2) IHERING, *La lutte pour le droit*. — Voy. sur l'évolution des idées de Ihering : HUGUENEY, thèse citée, p. 46 et suiv.

Ainsi aucun texte n'autorise le juge à majorer la condamnation s'il y a faute intentionnelle. Il est certain qu'en fait le juge apprécie plus sévèrement la responsabilité de l'auteur intentionnel de l'acte [1], mais il dissimule cette sévérité sous l'appréciation du montant du préjudice. Tout au plus pourrait-on noter l'importance que prendra l'intention de l'auteur du dommage quand il s'agira de rechercher le lien de causalité entre l'acte et le préjudice, de séparer le dommage direct du dommage indirect ou d'absorber une faute légère de la victime dans la faute intentionnelle de l'auteur. A tous ces points de vue la volonté coupable pourra être retenue, mais elle ne servira pas à calculer le montant de la réparation. Jamais la victime n'osera demander une indemnité supérieure au dommage souffert. La large appréciation du dommage peut être un moyen de tourner la règle, elle n'en détruit pas la vérité.

180. — Cette règle devient particulièrement gênante lorsqu'il y a disproportion évidente entre le degré de culpabilité de l'auteur de l'acte et le préjudice souffert par la victime ou l'indifférence de la victime à l'importance de la réparation.

Il faut alors songer à ajouter quelque chose à la condamnation pécuniaire ou à lui substituer une condamnation qui marque nettement la culpabilité de l'auteur.

On trouve dans certaines décisions une censure de l'acte coupable [2]. Les juges ne pouvant relever contre l'auteur de l'acte un délit pénal, les conditions légales n'étant pas réunies, blâment l'auteur de l'acte immoral

(1) Lucienne RIPERT, *De la réparation du préjudice*, n° 89.
(2) E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, t. II, p. 113 et suivantes ; — Lucienne RIPERT, *op. cit.*, n° 29.

ou frauduleux par les motifs sévères de la décision [1]. Des jugements rendus sur des causes civiles renferment une appréciation de la conduite des parties [2]. Les juges, bien entendu, ne peuvent insérer dans les motifs de leur décision aucune appréciation ayant un caractère diffamatoire [3], mais ils peuvent lire publiquement un jugement censurant la conduite coupable de l'une des parties. Cette sorte de censure judiciaire s'ajoute souvent à une condamnation ; il se peut qu'elle la supplée.

La lecture publique du jugement est déjà une peine morale. Elle est légère par l'absence de publicité réelle. On l'aggravera en ordonnant la publication du jugement par la voie de la presse [4].

Cette publication du jugement est prévue par un certain nombre de lois à titre de peine complémentaire. Le législateur dans ces dernières années a usé assez fréquemment de ce moyen de répression [5]. Il est un texte qui vise l'affichage du jugement et sa publication au Journal Officiel à titre de réparation : c'est la loi du 8 juin 1895, modifiant l'article 446 C. I. cr. sur la revision des procès criminels. Dans tous les autres cas, les tribunaux ont agi sans texte et ordonné la publication à titre de dommages-

(1) Voyez par exemple Cass. Crim , 22 mai 1856, D. 56, 1, 373 ; 6 février 1903, S. 1904, 1, 376 ; Nancy, 16 juin 1897, S. 99, 2, 102 ; Paris, 23 juillet 1889, S. 1902, 1, 13, Seine, 23 février 1907, D. 1910, 2, 53 ; Seine, 1er avril 1914, *Gaz. Tribunaux*, 1914, 1er sem., 2. 375.

(2) Voyez les arrêts cités par E. H. Perreau, *op. cit.*, p. 116, notamment Cass. Req., 21 juillet 1868, S. 68, 1, 411 ; Paris, 23 juillet 1889, S. 90, 2, 113. Aj. Trib. Seine, 17 mars 1919, *Gaz. Palais*, 27 novembre 1919. — Voyez pour le blâme infligé au demandeur : Seine, 23 février 1907, D. 1910, 2, 53 (affaire Crocker Doyen) ; Seine, 1er avril 1914, *Gaz. Tribunaux*, 1914, 1er sem.), 2, 379.

(3) Loi du 27 ventôse an VIII, art. 82 ; Cass. Req., 14 février 1911, S. 1911, 1, 192.

(4) B. Perreau, *De l'affichage des décisions judiciaires et de leur publication par la voie de la presse*, thèse, Paris, 1921.

(5) Lois du 1er août 1915 sur la répression des fraudes et falsifications ; du 20 avril 1916 sur la taxation des denrées ; du 1er octobre 1917 sur l'ivresse publique ; du 23 octobre 1919 sur la spéculation illicite.

intérêts. La légalité de cette condamnation a été expressément reconnue par la Cour de cassation [1].

Il y a une séparation entre la peine et la réparation, puisque les juges ne peuvent ordonner la publication que sur les conclusions de la partie civile et le peuvent dans tous les cas sans avoir besoin d'un texte légal qui le permette. Mais, en réalité, l'idée de peine n'est pas exclue de l'idée de réparation [2]. Cette idée est particulièrement nette quand la publication du jugement est faite en réparation du préjudice causé à une compagnie de transports en commun par une infraction aux règlements. Les conditions de la publication varient suivant la culpabilité de l'auteur de l'infraction [3] et les tribunaux marquent souvent dans les motifs du jugement le caractère préventif tif de la mesure ordonnée [4].

L'affichage ou la publication du jugement par la voie de la presse entraîne des frais qui seront à la charge de la personne condamnée. L'idée de réparation pécuniaire est subsidiaire ; elle n'est pas absente. On trouve des cas où elle disparaît tout à fait. Le demandeur ne voulant pas que l'auteur du dommage soit atteint dans son patrimoine et craignant que sa demande ne paraisse dictée par l'intérêt, conclut simplement à une condamnation de principe [5]. On appelle en Angleterre ces dommages-intérêts des *nominal damages*. Comme d'après les règles de notre procédure le demandeur est obligé de conclure à une condamnation, il réclame un franc de dommages-

(1) Cass. Req., 9 août 1880, *Journal du Palais*, 1881, 1, 868.
(2) B. Perreau, thèse citée, p. 155.
(3) B. Perreau, thèse citée, p. 161.
(4) Voyez à titre d'exemples : Aix, 24 mars 1860, D. 60. 2. 192, S. 60, 2, 173 ; Bourges, 29 novembre 1860, S. 61, 2, 305 ; Paris, 28 décembre 1906, D. 1910, 2. 343 ; — Voyez Lucienne Ripert, thèse citée, nos 31 et 54.
(5) Quelquefois le demandeur conclut à l'attribution de dommages-intérêts au profit d'une œuvre qu'il désigne. Le tribunal ne peut prononcer la condamnation qu'au profit du demandeur qui en disposera ensuite.

intérêts. De telles demandes sont fréquentes dans les instances engagées pour injures ou diffamations. Par la forme de sa demande la victime déclare elle-même que le préjudice causé ne peut être réparé par le versement d'une indemnité. Elle réclame une satisfaction morale. Cette satisfaction est la peine infligée au défendeur par la condamnation de principe qui est prononcée.

181. — Le plus souvent la victime de la faute, évaluant elle-même l'importance pécuniaire du *dommage moral* qu'elle a subi, demande des dommages-intérêts en compensation de ce dommage. Il n'y a plus aujourd'hui aucune hésitation dans la jurisprudence sur le principe de la réparation du préjudice moral. Les contours de la théorie restent indécis, le principe est acquis ; il faut une réparation.

Nous ne saurions douter de la valeur de ce principe étant donné le fondement que nous avons assigné à la responsabilité civile. S'il est vrai que la loi civile sanctionne le devoir moral de ne pas nuire à autrui, comment pourrait-elle, alors qu'elle défend le corps et les biens, rester indifférente en présence de l'acte nuisible qui s'attaque à l'âme ? Nous ne devons pas seulement respecter le patrimoine du prochain, mais aussi son honneur, ses affections, ses croyances, ses pensées. Si l'atteinte est grave et publique, la loi pénale considérant qu'elle trouble l'ordre social, la réprime ; si elle est légère ou clandestine, il appartient à la victime de saisir la justice d'une action en réparation. La jurisprudence accueille aujourd'hui ces actions avec une faveur beaucoup plus grande. Cette partie du domaine de la responsabilité civile est très fortement marquée par l'empire de la règle morale.

Dans la doctrine classique, on a fait volontiers le silence autour de cette question. Certains auteurs signa-

lent avec regret les solutions de la jurisprudence [1], la plupart affirment que le préjudice moral doit être réparé comme le pécuniaire en affectant de croire que dans les deux cas le préjudice est de même nature et que la réparation a le même caractère [2].

Il y a sans doute une série de cas dans lesquels le préjudice matériel et le préjudice moral sont confondus, le dommage moral se traduisant par une diminution actuelle ou future du patrimoine. Il en est ainsi pour tous les dommages corporels qui entraînent à la fois une souffrance physique et une incapacité de travail, pour la diffamation dirigée contre un commerçant et qui nuit à la fois à sa réputation et à son commerce, pour la mort d'une personne qui subvenait par son travail aux besoins de sa famille. Comme il est souvent impossible de chiffrer exactement l'importance du préjudice les juges, en majorant l'indemnité qu'ils auraient accordée pour la seule perte matérielle, tiennent compte du dommage moral.

Pour voir plus nettement la difficulté du problème, il faut prendre des hypothèses où le préjudice pécuniaire fait complètement défaut : atteinte à l'affection d'une femme ou d'un fils quand la personne tuée était un riche oisif ou une personne à la charge de sa famille, atteinte aux convictions religieuses, injures sans aucune conséquence pour la réputation. Dans tous ces cas, l'action de la victime est uniquement inspirée par le désir d'obtenir la punition de l'auteur. Les actions intentées sont *vindictam spirantes*.

Pour de telles actions l'idée de réparation, incluse dans l'article 1382, est difficilement admissible. La réparation

(1) Meynial, *Revue pratique*, 1884, p. 442 ; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. IV, n° 2871 ; — A. Esmein, *Rev. trimestrielle*, 1903, p. 25.

(2) Aubry et Rau, 4e éd., IV, p. 748 et 5e éd., VI, p. 346 ; — Huc, VIII, n° 213 ; — Laurent, XX, n° 395 ; — Sourdat, *Traité de la responsabilité*, I, n° 33.

peut ne pas être de même nature que le préjudice, mais elle doit être adéquate au préjudice. Si les dommages-intérêts sont accordés le plus souvent sous la forme d'une somme d'argent, c'est parce que, la monnaie servant de commune mesure aux valeurs, celui qui obtient une somme d'argent pourra se procurer un bien semblable à celui qui a été détruit.

Il y a, il est vrai, des dommages qui sont irréparables en nature. Les dommages-intérêts permettent alors une satisfaction de remplacement, ils ont « un rôle hédonistique ». Il y aura substitution d'un agrément nouveau à l'agrément disparu. Mais, pour admettre cette conception, il faut commencer par poser comme principe cette substitution d'une satisfaction pécuniaire à un bien disparu. Il est possible de le faire au cas de jouissance matérielle des biens. Mais il serait profondément immoral de dire que celui qui a été atteint dans ses sentiments, se consolera de cette atteinte grâce à l'indemnité qu'il recevra.

Pour faire apparaître le caractère choquant d'une telle conception, il suffit d'énumérer quelques-uns des cas où une personne peut obtenir réparation du préjudice moral qui lui est causé : fils atteint dans son affection par la mort de son père, mari trompé réclamant une indemnité à la femme adultère et au complice, ou femme à son mari [1], père de famille blessé dans ses sentiments religieux par l'éducation donnée à son enfant [2] ou dans ses droits paternels par le sacrement qui lui est conféré malgré lui [3], destinataire de prospectus obscènes choqué dans sa pudeur [4], conjoint qui ne parvient pas à obtenir de son

(1) Cass. Civ., 5 février 1873, S. 73, 1, 289 ; Cass. Req., 7 juin 1893, D. 1902, 2, 109 ; Bordeaux, 3 janvier 1912, *Gaz. Palais*, 1912, 1, 406 ; Issoudun, 19 juillet 1920, *Gaz. Tribunaux*, 1921, 2, 390.

(2) Dijon, 28 décembre 1909, D. 1909, 2, 13, S. 1909, 2, 15 ; Toulouse, 26 janvier 1924, D. 1914, 2, 93.

(3) Saintes, 10 novembre 1906, D. 1907, 5, 32.

(4) Seine, 1er juillet 1896, D. 99, 2, 53 ; Lille, 6 juin 1907, D. 1907, 2, 191.

conjoint l'accomplissement du devoir conjugal[1] ! Ce sont là des exemples empruntés à la jurisprudence. Il suffirait de dire dans ces différentes hypothèses que la victime a été satisfaite quand elle a touché l'indemnité obtenue, pour la rendre aussi odieuse que l'auteur[2].

Ce que vise en réalité la condamnation, ce n'est pas la satisfaction de la victime, mais la punition de l'auteur. Les dommages-intérêts n'ont pas le caractère indemnitaire, mais le caractère exemplaire. S'il y a délit pénal, la victime demande que l'on ajoute quelque chose à une peine publique insuffisante ou mal nuancée ; s'il n'y a pas délit pénal, la victime dénonce le coupable qui a su glisser entre les mailles de la loi pénale. Il y a peine privée, parce qu'il faut prononcer la peine sous couleur de réparation[3].

Restent à tirer les conséquences de cette idée.

182. — La plus grave difficulté qui se présente ici consiste à déterminer les victimes qui auront droit à réparation. Quand il s'agit d'un dommage pécuniaire, on sait quel est le patrimoine qui est atteint et généralement la faute ne vise qu'une seule personne ou un seul patrimoine ; quand il s'agit au contraire d'atteinte aux sentiments, le problème se pose.

Il est insoluble si l'on veut essayer d'appliquer ici les règles de la responsabilité civile. Chaque personne lésée dans ses sentiments est victime de la faute ; mais l'existence du dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage sont incontrôlables. Le dommage résulte en réalité de la réceptivité de la victime. C'est sa sensibilité

(1) Montpellier, 29 novembre 1897, D. 99, 2, 15, S. 1901, 2, 107 ; Toulouse, 12 mai 1903, D. 1904, 2, 186, S. 1903, 2, 240.

(2) Voy. aussi comme espèces curieuses, Paris, 21 octobre 1902, D. 1903, 2, 121 ; Rennes, 13 décembre 1904, D. 1905, 2, 430 ; Lyon, 17 juin 1896, D. 1908, 2, 164.

(3) Ganot, *La réparation du préjudice moral*, thèse, Paris, 1924.

qui en est la cause. « Un stoïque au cœur sec » ne souffrirait pas de la mort d'un parent ; un ami au cœur tendre éprouve une douleur extrême de la mort de son ami. C'est d'ailleurs pour cela que le nombre des victimes dans le dommage moral est illimité ; chacun se crée victime.

La jurisprudence s'est trouvée en face de ce problème à propos du dommage causé par la mort et consistant dans l'atteinte aux sentiments d'affection [1]. Elle a été fort embarrassée. Si la peine éprouvée constitue un dommage qui puisse être réparé par l'action en indemnité, il va falloir accorder réparation à tous ceux qui souffriront de la mort et les inviter à fixer eux-mêmes le chiffre qui leur paraîtra une suffisante compensation à leur douleur !

La jurisprudence décide en effet que toutes les victimes ont le droit d'agir et qu'il naît au profit de chacune d'elles une action personnelle en dommages-intérêts. Il ne faut pas se fier à cette formule. Si on examine les faits, on s'aperçoit qu'elle est donnée dans des hypothèses où le demandeur a, par suite des circonstances de la cause, quelque motif particulier d'agir. La règle est affirmée, parce que l'action repose sur les principes de la responsabilité civile ; elle n'est pas suivie, parce que la condamnation prononcée constitue une peine.

Quand il s'agit, en effet, de déterminer les personnes qui, lésées dans leurs sentiments d'affection, peuvent agir contre l'auteur responsable de l'accident, les tribunaux ne donnent guère ce droit qu'au conjoint, aux enfants et aux ascendants [2]. Jousse disait déjà dans notre ancien droit

(1) Il y a des cas où il est certain que le dommage moral est faible sinon inexistant. Voy. Trib. de la Seine, 31 octobre 1923, *Gaz. Palais*, 14 décembre. « Il faut veiller à éviter qu'une douleur puisse permettre une spéculation et qu'un bénéfice immoral puisse être retenu. »

(2) Lalou, *Les ayants droit à indemnité à la suite d'accidents mortels*, D. H. 1931, *Chronique*, p. 21 ; — Henri Mazeaud, *Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès*, D. H. 1932, *Chronique*, p. 77 ; — Perret, *Des ayants droit à indemnité au cas d'accident mortel*, thèse, Paris, 1933. — Voy. Cass. Req., 2 février 1931, 1, 88 et le rapport du conseiller Pilon.

qu'il fallait établir un ordre de préférence dans cette sorte de vengeance familiale [1]. La jurisprudence moderne n'ose parler ni de vengeance, ni d'ordre de préférence, mais sous le prétexte que seuls les parents les plus proches en degré souffrent véritablement de la mort, elle n'accorde qu'à eux l'action en dommages-intérêts. Il y a même un ordre de préférence, car, s'il existe un conjoint ou des enfants, on ne voit guère l'accueil qui serait fait à l'action des ascendants à moins qu'ils ne puissent invoquer un préjudice pécuniaire.

Au contraire, si une personne n'a ni conjoint ni parent en ligne directe, le droit à réparation s'ouvre au profit des collatéraux, tout au moins des frères et sœurs. La Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Caen qui avait refusé à un frère le droit d'agir en invoquant l'absence d'obligation alimentaire entre collatéraux et le degré trop éloigné de la parenté [2]. Il n'y a, dit-elle, aucune limite « à la nature du lien qui doit unir au cas de décès la victime du fait avec celui de ses ayants droit qui en demanderait réparation » [3].

Aurait-on donné cette solution si le frère n'avait pas été le seul parent de la victime ? Dans un arrêt du 10 avril 1922, la Chambre des Requêtes constate que la sœur, qui réclamait une indemnité, vivait avec son frère défunt et était sa légataire universelle [4].

(1) Jousse, *Traité de la justice criminelle*, 1771, t. III, p. 539.

(2) Cass. Crim., 15 décembre 1923, D. 1924, 1, 69, S. 1926, 1, 331, cassant Caen, 20 juin 1923, *Gaz. Palais*, 1923, 2, 536. Dans le même sens : Cass., 20 février 1863, D. 64, 1, 99, S. 63, 1, 321 ; Angers, 9 août 1872, D. 72, 2, 386 ; Chambéry, 25 juin 1907, D. 1907, 2, 279. En sens contraire : Baume-les-Dames, 29 avril 1880, D. 81, 2, 64 ; Besançon, 1er décembre 1880, D. 81, 2, 65, S. 81, 2, 20 ; Douai, 23 janvier 1899, S. 99, 2, 296.

(3) Comp. dans le même sens : Cass. Civ., 13 février 1923, D. 1923, 1, 52, note Lalou, S. 1926, 1, 325 ; C. d'Etat, 12 décembre 1930, S. 1931, 3, 23.

(4) Cass. Req., 10 avril 1922, D. 1923, 1, 52, note Lalou. Voyez aussi Dijon, 12 mai 1897, D. 97, 2, 414, S. 97, 2, 243 ; Trib. Toulouse, 17 janvier 1906, D. 1906, 5, 64 ; Paris, 10 février 1933, D. H. 1933, 250.

Des parents, on va passer aux alliés, non sans hésitation d'ailleurs, car la vieille idée du lien de sang a plus de force encore qu'on ne le croit dans cette action à caractère familial. Mais ne pas donner dans certains cas une action aux alliés serait laisser l'auteur de l'acte impuni. Certaines décisions de justice ont autorisé les alliés à agir, tout au moins dans le cas où la communauté de vie avec le défunt les marquait d'une façon particulière [1].

Il y a enfin des décisions, à la vérité exceptionnelles, mais d'autant plus curieuses, qui, pour permettre l'exercice d'une action en réparation à caractère répressif, ont donné cette action à des personnes qui ne sont parentes ni alliées. On ne l'a jamais accordée à un ami, mais des arrêts ont donné l'action à la concubine en visant, il est vrai, le préjudice matériel en même temps que le préjudice moral [2], et la Cour de Cassation a cassé une décision qui lui avait refusé le droit d'agir [3]. On a donné l'action à une fiancée [4]. On a même vu un jugement récent accorder une indemnité à une personne morale, le département, pour le préjudice qui lui était causé par la mort d'un enfant assisté [5].

On ne saurait nier qu'il y ait quelque arbitraire dans ces décisions. Pour l'éviter dans la réparation des accidents du travail, la loi du 9 avril 1898 a arrêté la liste des personnes recevables à agir au cas de mort. Certaines lois

(1) Cass. Req., 10 avril 1922 précité ; Cass. Crim., 31 octobre 1930, D. H. 1930, 572.

(2) Paris, 5 juin 1923, D. 1924, 2, 33, note LALOU ; Montpellier, 24 juin 1924, *Gaz. Palais*, 1924, 2, 245 ; *Contra*, Amiens, 28 janvier 1924, *Gaz. Palais*, 1924, 3, 381 ; Rennes, 26 mai 1926, D. H., 1926, 412 ; PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *Traité pratique*, II, p. 65, note 2.

(3) Cass. Crim., 26 novembre 1926, D. H., 1927, 2 ; 9 novembre 1928, S. 1930, 1, 37 ; 28 février et 31 octobre 1930, D. 1930, 1, 49, note VOIRIN ; Cass. Req., 2 février 1931, S. 1931, 1, 23, S. 1931, 1, 145, note MARTY. Voy. Jeanne VANDAMME, *Revue critique*, 1934, p. 157.

(4) Cour d'assises Dordogne, 24 mai 1930, D. 1930, 2, 133.

(5) Carcassonne, 4 janvier 1923, *Gaz. Palais*, 24 janvier 1923, partiellement réformé par Montpellier, 4 février 1924, *ibid.*, 5 mars 1924 ; Comp. Cass. Crim., 8 juillet 1932, D. H. 1932, 509.

étrangères sur la responsabilité des accidents dans le transport des personnes donnent une réglementation analogue. L'inconvénient de ces limitations est de laisser impuni l'auteur fautif du dommage lorsque la victime ne laisse pas après elle un conjoint ou des descendants ou des ascendants. Dans l'octroi de l'action en réparation à des collatéraux ou à des alliés, il y a une manifestation certaine du caractère répressif de l'action.

183. — En donnant à l'action intentée son caractère pénal, on en explique certains caractères qui seraient avec tout autre fondement des exceptions injustifiées.

1° C'est tout d'abord le *caractère personnel* de l'action [1]. Les créanciers ne peuvent l'exercer en usant de l'article 1166 ; les héritiers ne la recueillent pas dans la succession de leur auteur et, s'ils l'ont, c'est à titre personnel. Pour expliquer cette intransmissibilité, on dit que le dommage, étant purement moral, disparaît avec la personne qui l'a souffert. Mais la disparition du dommage, postérieure à la faute, doit-elle faire disparaître le droit à réparation ? C'est extrêmement douteux. Le droit existe avant le jugement qui le constate. Or c'est un droit à indemnité pécuniaire ; comment ne se transmet-il pas ? Bien mieux, dans le transport des personnes, ce droit, d'après la jurisprudence actuelle, n'est autre chose que la créance naissant au profit du voyageur du contrat de transport. Il faudrait donc dire que les héritiers recueillent l'action née du contrat, ce qui aurait d'ailleurs pour eux un grand avantage en les dispensant de la preuve de la faute du transporteur. La jurisprudence a préféré dire que les héritiers ont une action personnelle fondée sur l'article 1382, ce qui lui permet d'ailleurs de faire échapper cette action à la courte prescription de certains droits

(1) Demogue, *Obligations*, IV, n° 419.

contractuels [1]. Puis elle a décidé que le voyageur avait stipulé du transporteur une obligation de réparation au profit des personnes envers lesquelles il est tenu de l'obligation alimentaire [2], mais il ne paraît pas qu'elle ait voulu par là supprimer le droit d'agir en se servant de l'art. 1382. En tout cas toute réparation pour dommage moral tant qu'elle n'est pas liquidée, disparaît avec la victime ; c'est une preuve que la victime poursuit moins la réparation d'un dommage qu'elle n'exerce un droit de punition.

2° Le *cumul des actions en responsabilité* doit être réglé. Dans les actions en réparation du dommage matériel il y a autant d'actions indépendantes que de victimes du dommage matériel et la seule question qui se pose est celle du caractère direct ou indirect du dommage. Pour le dommage moral le cumul d'actions signifie que plusieurs personnes ont le droit d'exiger la punition de l'auteur de l'acte. Il y a des arrêts qui ont affirmé le droit de toutes les victimes du dommage moral à agir concurremment, mais ces arrêts ont toujours été rendus pour des actions intentées par les père et mère, enfants, ou conjoint. Dans ce cercle familial étroit tout le monde a le même droit. On ne voit jamais au contraire des actions intentées à la fois par des personnes qui seraient à un degré différent de parenté, par exemple, le petit-fils agir en même temps que son père pour le dommage causé par la mort du grand-père, le grand-père pour le petit-fils. Il y a une personne qui absorbe en elle la douleur des autres.

3° Le dommage moral éprouvé *peut être réparé par une autre intervention* que celle de la personne en faute. Par

(1) Rouen, 16 janvier 1924, *Revue de droit maritime comparé*, 1924, t. 7, p. 341, note G. Ripert. Voir aussi : Alger, 9 janvier et 10 février 1923, *ibid.*, *Suppl.*, 1924, t. 2, pp. 153 et 258.

(2) Cass. civ., 6 décembre 1932 et 24 mai 1933, D. 1933, 1, 130 ; Cass. Req., 19 juin 1933, D. H. 1933, 429.

exemple la victime était assurée contre les accidents ou bien les héritiers touchent le capital d'une assurance sur la vie ou une pension de l'Etat. Dans toutes ces hypothèses il y a déjà une satisfaction donnée à la victime. Cette satisfaction ne diminue en rien son droit d'agir contre l'auteur de l'acte coupable.

On dit pour expliquer l'action de la victime que le contrat d'où naît son recours est un acte juridique dont les tiers ne sauraient se prévaloir. L'argument juridique n'est pas excellent, car il ne s'agit pas de l'effet du contrat, mais de la situation créée par le contrat. S'il n'y a plus de dommage, la victime ne devrait plus avoir d'action. Mais si elle n'avait pas d'action, l'auteur de l'acte resterait impuni.

Cette considération peut expliquer peut-être des décisions en apparence contraires. Le conjoint ou les enfants qui recueillent le bénéfice d'une assurance sur la vie peuvent agir contre l'auteur responsable de la mort du père [1], car l'assureur tenu en vertu de son contrat n'a pas lui-même le droit d'agir [2]. Au contraire le conjoint ou les enfants qui sont en raison de la mort du père titulaires d'une pension civile et militaire, ne peuvent, si cette pension est suffisante pour réparer le préjudice matériel et moral qui leur est causé, agir contre le transporteur responsable de l'accident [3]. Mais l'Etat aura alors un recours contre le transporteur pour lui réclamer le remboursement de la pension payée [4]. Cette jurisprudence discutable d'ailleurs, en ce qu'elle admet le recours de l'Etat pour un dommage indirect [5], peut s'expliquer par cette considéra-

(1) Paris, 2 mars 1905, D. 1906, 2, 105, note CAPITANT; Bordeaux, 13 janvier 1913, S. 1914, 2, 3; — CAPITANT, *Du recours soit de l'assureur soit de l'assuré contre le tiers qui a par sa faute amené le risque prévu au contrat*, *Revue trimestrielle*, 1906, p. 37; — DUPUICH, note au D. 1894, 2, 565; — HITIER, note au D. 1903, 2, 313.

(2) Cass. Civ., 6 janvier 1914, D. 1918, 1, 57, note DUPUICH.

(3) Cass. Civ., 14 mai 1923, D. 1923, 1, 117.

(4) Cass. Civ., 7 mars 1911, D. 1918, 1, 57, note *a*; Cass. civ., 10 novembre 1931 et Crim., 21 novembre 1931, D. 1932, 1, 153, note CAPITANT.

(5) G. RIPERT, note au D. 1921, 2, 17.

tion que les tribunaux n'ont voulu ni permettre aux ayants droit de la victime de cumuler les recours, ni laisser l'auteur de l'acte impuni.

4° On pourrait enfin tirer cette dernière conséquence que nous donnons avec hésitation que l'*Etat ne répare pas le dommage moral*, parce que l'action répressive dirigée contre l'Etat n'aurait aucun sens. Dans les arrêts du Conseil d'Etat qui repoussent la réparation du dommage moral, on trouve simplement ce motif que le dommage matériel est le seul qui soit susceptible d'être apprécié en argent [1]. Il est difficile de croire que le Conseil d'Etat qui n'était pas gêné par le texte des lois civiles, ait montré plus de timidité que la Cour de cassation dans l'appréciation du dommage. S'il n'a pas voulu que le dommage moral fût réparé, ce n'est pas dans le désir de laisser la réparation incomplète, mais c'est parce que la responsabilité de l'Etat n'a pas de « reflet pénal ».

184. — Les difficultés que nous avons rencontrées dans la réparation du dommage moral causé à une personne déterminée s'aggravent quand il s'agit d'un *dommage moral collectif*, c'est-à-dire quand un acte coupable porte une atteinte semblable aux sentiments identiques de plusieurs personnes. La communauté du dommage n'est possible que parce que ces personnes sont groupées ou unies ; le lien de solidarité les rend toutes également victimes : par exemple l'imputation diffamatoire lancée contre toutes les personnes qui exercent une certaine profession vient atteindre individuellement chacune de ces personnes dans son honneur. Comment assurer dans ce cas la réparation de la blessure et la punition du coupable, en admettant l'insuffisance ou l'indifférence de la loi pénale [2] ?

(1) C. d'Etat. 24 mars 1916 (Quénot), D. 1922, 3, 22 ; 15 juillet 1919 (Guinot), D. 1920, 3, 7 (10e espèce).

(2) Michoud, *Personnalité morale*, 2e éd., 1924, par Trotabas, II, p. 198 et suiv. ; — Demogue, *Obligations*, IV, nos 932 et suiv., p. 86

Nous avons dans nos lois des dispositions particulières qui permettent l'action individuelle en réparation du dommage collectif [1]. Le demandeur voit dans l'indemnité qui lui est accordée la récompense de son action. Ce sont là des dispositions curieuses et exceptionnelles qui ne sauraient être étendues.

Il paraît difficile d'admettre en dehors de ces dispositions l'action individuelle de toutes les personnes qui se prétendent lésées. Si, appliquant la formule trop large qui a parfois été donnée pour la réparation du dommage moral, on accordait à chacune des victimes la réparation intégrale du dommage, on écraserait l'auteur de l'acte sous le nombre infini de ces actions. Si on tentait au contraire de calculer la part que représente chaque demandeur dans une appréciation globale du préjudice, on arriverait à un chiffre insignifiant et à une condamnation de principe. La jurisprudence n'a jamais déclaré que l'action individuelle n'existait pas. Mais en fait, cette action n'est pas intentée parce qu'elle exigerait la preuve difficile d'un préjudice personnel et n'aboutirait pas à une condamnation suffisante pour qu'elle soit utile à exercer.

La réparation du dommage est donc poursuivie par une collectivité qui invoque non le préjudice personnel subi par chacun de ses membres, mais le préjudice moral

et suiv.; — PLANIOL, note au D. 1895, 2, 553 ; 1898, 2, 129 ; 1909, 1, 129 ; — CAPITANT, notes D. 1909, 2, 33 ; — ROUX, note au S. 1900, 1, 493 ; 1908, 1, 105 ; — CHAVEGRIN, notes au S. 1910, 1, 345 ; 1914, 2, 99 ; — ROLLAND, note au D. 1913, 1, 321 ; 1924, 4, 153 ; — GARRAUD, *Instruction criminelle*, I, nos 118-120 ; — CRÉMIEU, *Les actions civiles sous la forme collective* ; — GEMAEHLING, *Les actions syndicales pour la défense des intérêts professionnels*.— Thèses de doctorat sous des titres divers : ESCARRA (Paris, 1907), GARNEAU (Paris, 1907), BOUCAUD (Dijon, 1911), LOYE (Dijon, 1911), DE FONTGALLAND (Paris, 1911). Voyez en outre les discussions à la Société des Prisons, *Revue pénitentiaire*, 1896 et suiv.

(1) Loi électorale du 15 mars 1849 (art. 123). Voyez aussi lois du 11 juillet 1906 (art. 6) sur les conserves de poissons ; 29 juin 1905 sur le mouillage des vins ; 5 août 1908 (art. 2) sur la fraude dans les ventes de marchandises ; 6 mai 1919 (art. 1er) sur les appellations d'origine.

causé aux intérêts collectifs qu'elle représente, par exemple une injure contre les hommes exerçant une certaine profession. Il est impossible de dire dans toutes ces hypothèses que les dommages-intérêts accordés sont la compensation du préjudice souffert, puisque la personne morale les acquiert et les garde sans les répartir entre les membres de l'association. Il est tout aussi difficile, à moins de tomber dans la pure fiction, de dire que l'intérêt collectif est seul atteint et non les intérêts individuels.

Pourtant un arrêt solennel de la Cour de cassation du 5 avril 1913 [1] a déterminé les conditions auxquelles un syndicat professionnel est autorisé à agir dans l'intérêt de ses membres. La Cour a déclaré que les causes du préjudice retenues dans la décision qui lui était soumise « étaient de nature à atteindre directement les intérêts économiques, commerciaux et agricoles dont la défense rentre éventuellement dans la mission légale des syndicats professionnels ». Le syndicat professionnel a le droit de poursuite, parce qu'il défend certains intérêts. N'est-ce pas la formule même de l'action répressive ? A lire les mémoires, rapports et conclusions de cette affaire célèbre, on voit bien que la seule question en jeu était celle-ci : le syndicat était-il qualifié pour poursuivre la répression d'une fraude sur les vins ? Toute la difficulté venait de ce qu'il fallait déguiser cette poursuite sous l'apparence d'une action en réparation. La loi du 12 mars 1920 (art. 5 § 2) consacre le droit d'agir des syndicats professionnels pour les faits « portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent » [2].

La question s'est représentée devant les chambres réunies de la Cour de cassation le 15 juin 1923 sur les pour-

(1) D. 1914, 1, 65, rapport FALCIMAIGNE, note SARRUT ; S. 1920, 1, 49.
(2) Remarquons l'expression « préjudice *indirect* ». On a pourtant généralement transporté à la responsabilité délictuelle la règle de l'art. 1151 : « suite immédiate et directe ».

suites intentées contre le cardinal archevêque de Reims par l'Association des instituteurs publics de la Marne et la Fédération des amicales d'instituteurs de France [1]. Ces associations avaient été créées pour la défense des intérêts professionnels et matériels de leurs membres. Le procureur général suppliait les Chambres réunies « d'accueillir la thèse large et généreuse que toutes les Cours d'appel ont adoptée, d'aller de l'avant dans la juste mesure qui convient et de ne pas marquer un recul sur des progrès sociaux qu'on peut même discuter, mais qu'on doit admettre de bonne grâce ». Insensible à cet appel, la Cour de cassation a décidé que le passage du document incriminé visant l'ensemble des instituteurs laïques de France, il y avait atteinte à des intérêts généraux qui n'étaient pas représentés par les associations demanderesses et elle a cassé la décision qui avait accueilli l'action.

Cette distinction entre le syndicat et l'association ne pourrait se comprendre s'il s'agissait véritablement d'une action en réparation. L'association des instituteurs était tout aussi atteinte moralement que le syndicat des marchands de vins et même, puisqu'il s'agissait d'un préjudice moral, plus gravement atteinte. On ne peut donc comprendre qu'on lui ait refusé l'exercice de l'action en justice sous le prétexte qu'il n'y avait pas de dommage direct ou indirect.

La Cour de cassation n'a pourtant pas voulu qu'une association puisse agir comme un syndicat. L'idée profonde qui motive cette décision nous paraît être que le syndicat représente la profession organisée et reçoit un droit de poursuite dans l'intérêt public, tandis que l'association librement formée par des personnes « qui mettent en commun leurs connaissances et leur activité » (loi du 1er juillet 1901, art. 1er) ne peut se voir investir de ce droit qui

(1) D. 1924, 1, 153, conclusions du procureur général Mérillon, note Rolland.

touche à la puissance publique ; dans l'espèce c'était des fonctionnaires qui étaient atteints, il appartenait à l'Etat de les protéger.

Nous sommes bien loin du droit privé. Il ne s'agit plus de savoir s'il y a dommage moral et de quelle nature, mais bien de déterminer à qui on donnera une action répressive, qualifiée, puisque le droit pénal ne la connaît pas, d'action en réparation. La jurisprudence avait tout d'abord, sur l'idée du dommage moral, ouvert largement l'action. Elle ne l'avait pas donné seulement aux syndicats professionnels, mais encore aux associations de propriétaires, de fonctionnaires, de pères de famille. L'arrêt de 1923 marque très nettement le désir de mettre de l'ordre dans ces actions. Si toute association avait le droit d'agir lorsque sont atteints les intérêts dont elle s'est constituée le défenseur, on verrait intervenir à tout propos les associations qui se sont donné un rôle moralisateur : association contre l'alcoolisme, contre la pornographie [1], association protectrice des animaux, d'autres encore. De telles interventions sont inadmissibles parce qu'elles constitueraient de simples particuliers gardiens de la moralité publique. La Cour de cassation a décidé que les associations d'instituteurs « étaient sans qualité pour réclamer la réparation du préjudice qui aurait été causé à des intérêts généraux dont la défense rentrait dans les attributions exclusives de l'Etat ». Cette dernière phrase suffit à marquer le caractère de la solution. La Cour de cassation ne dit pas que l'association n'a pas subi de préjudice moral en tant qu'elle se proposait de défendre la considération professionnelle de ses membres ; elle déclare qu'elle était sans qualité pour la défendre par voie d'action en justice contre l'auteur de l'acte coupable.

(1) Voyez par exemple Cass. Crim., 18 octobre 1913, S. 1920, 1, 321, note Hugueney (action d'un comité de vigilance pour la protection morale contre les tenanciers de musées anatomiques).

L'idée de peine privée arrive nettement ici à dominer l'idée de réparation. Les dommages-intérêts accordés à une collectivité ne peuvent réparer à aucun titre le dommage souffert par cette collectivité ou par ses membres. On ne les considère plus du côté de la victime qui les reçoit, mais du côté de l'auteur qui les paye. La seule question qui se pose alors est celle de savoir si le groupement qui exerce l'action est qualifié pour poursuivre la répression de l'acte. On lui accorde le droit de poursuite quand il a la charge de défendre un intérêt nettement déterminé [1].

185. — Ces manifestations diverses de l'idée de peine privée montrent la place que tient encore dans notre droit actuel la considération de la culpabilité civile. La plupart des décisions qui accordent une réparation pour le dommage moral, après avoir affirmé l'existence du dommage comme fondement de l'action, ajoutent qu'il serait immoral de laisser l'acte impuni.

Par là les tribunaux marquent leur désir de sanctionner efficacement l'infraction à la loi morale. Ils doivent attendre que l'acte leur soit dénoncé par l'action en responsabilité ; leur droit est donc restreint ; mais quand ils peuvent l'exercer, ils ne manquent pas de le faire. Leur seul souci est de mettre de l'ordre dans l'organisation technique de ces actions et de déterminer quelles sont les personnes qualifiées pour agir.

La condamnation civile ne peut aboutir qu'à une allocation de dommages-intérêts. On peut en majorer le chiffre arbitrairement lorsqu'il s'agit d'un dommage moral puisque l'appréciation en est économiquement impossible ; on

(1) Cass. crim., 3 janvier 1925, D. 1925, 1, 85, note Nast (association de chasseurs) ; 11 mars 1927, *Gaz. Palais*, 18 mai (syndicat de débitants de boissons) · Cass. Req., 12 juillet 1927, D. H. 1927, 430 (syndicat de propriétaires défendant une appellation d'origine) mais voy. Poitiers, 28 décembre 1925, D. 1927, 2, 37, note Devaux.

peut lorsqu'il s'agit d'un acte à exécuter ou à empêcher, recourir aux astreintes[1], mais en définitive le moment viendra où il faudra exécuter la condamnation. Or cette condamnation ne vaut que par la solvabilité du débiteur.

Pour assurer l'indemnisation, la loi exige dans certains cas le dépôt préalable d'un cautionnement ou établit la garantie subsidiaire d'une caisse publique. On a songé à imposer l'assurance obligatoire de certains risques, les accidents de la circulation par exemple[2]. Ces procédés divers sont utiles aux victimes ; la plupart ne font que marquer plus nettement encore l'impunité de l'auteur.

On ne peut pourtant pas songer, comme on l'a proposé assez paradoxalement[3], à rétablir la contrainte par corps en matière civile ou commerciale. Cette forme d'exécution qui laisse la liberté du débiteur à la discrétion du créancier ne renaîtra pas. Elle est d'ailleurs dans certains cas injuste et, si on la laisse à la discrétion du juge, elle devient odieuse par son caractère arbitraire.

Il ne faudrait cependant pas qu'en augmentant indéfiniment la liste des biens insaisissables, le législateur créât une irresponsabilité complète au profit de certains membres du corps social. La proposition qui a été faite de rendre les salaires ou petits traitements insaisissables pour le tout aurait pour conséquence de mettre hors de toute atteinte ceux qui vivent de leur travail. Il est déjà scandaleux qu'un ouvrier célibataire puisse se réserver les neuf dixièmes de son salaire aux dépens de créanciers souvent beaucoup plus intéressants que lui.

(1) La pratique des *astreintes* est une manifestation de l'idée de peine privée. Si nous n'en traitons pas plus longuement, c'est que la chose a été faite déjà bien des fois : Meynial, *Revue pratique*, 1884, p. 385 ; — A. Esmein, *Revue trimestrielle*, 1903 ; — Berryer, thèse, Paris, 1913.

(2) La convention internationale de Rome de 1933 sur la navigation aérienne impose une garantie obligatoire aux aéronefs pour les dommages éventuels qu'ils peuvent causer aux personnes et aux choses à la surface du sol.

(3) de Bieville, thèse, Paris, 1904.

Peut-être y aurait-il lieu de sanctionner plus rigoureusement que ne le font nos lois civiles actuelles la violation du devoir de réparation. Celui qui a été condamné par sentence du juge ne peut plus ni nier son obligation ni en contester l'étendue. Il est coupable quand il refuse d'obéir à la sentence. L'astreinte quelquefois permet de vaincre sa résistance dolosive. L'insolvable reste loin de toute atteinte. Le « mépris de la Cour » n'est pas puni en France [1].

Il serait sans doute difficile de qualifier de délictuel tout refus d'exécuter volontairement une sentence du juge et de prêter dans tous les cas au créancier le secours de la force publique en prononçant contre le débiteur une condamnation pénale. Mais on pourrait concevoir tout au moins que l'exécution de certaines obligations fût assurée sous menace d'une peine. La loi du 7 février 1924 complétée par la loi du 3 avril 1928 est entrée dans cet ordre d'idées en créant le délit d'abandon de famille quand le débiteur d'une obligation alimentaire refuse d'exécuter la sentence qui l'a condamné. L'obligation alimentaire est une dette sacrée ; il en est d'autres que la loi morale oblige de payer même au prix de plus douloureux sacrifices. Il ne serait pas étonnant de voir pour certaines d'entre elles le refus d'exécution érigé en délit.

(1) Voyez Théry, *Du mépris de la Cour et des sanctions encourues en Angleterre pour désobéissance aux ordres de justice*, *J. Clunet*, 1911, p. 1074.

CHAPITRE V

LES OBLIGATIONS NATURELLES ET LE DOMAINE DE LA CONSCIENCE

186. L'obligation naturelle dans le Code civil et la jurisprudence.

186. — Ce dernier chapitre achève la démonstration présentée dans les précédents [1]. Il n'est pas de théorie juridique où se montre mieux l'influence de la règle morale dans le domaine des obligations. Si la notion de l'obligation naturelle reste peu précise, c'est justement parce qu'elle n'est pas située tout entière dans le domaine juridique ; elle plonge encore dans le domaine moral. Le devoir s'efforce de devenir obligation. Nous sommes dans une région inférieure du droit « où la nuit n'est plus, où le jour n'est pas encore ». Quand un de ces devoirs arrive au jour, il se transforme en obligation civile.

Qu'y a-t-il de plus singulier comme conception juridique qu'une obligation reconnue sans être imposée, qu'un lien entre créancier et débiteur, qui ne permet pas de forcer le débiteur récalcitrant, qu'un paiement régulier mais une exécution impossible ? Nous verrons quels efforts ont été faits pour donner à cette situation l'apparence d'une situation juridique régulière sans avoir à faire appel à la

(1) Voy. certaines études parues postérieurement à la publication de la deuxième édition de cet ouvrage : CENDRIER, *L'obligation naturelle. Ses effets à l'égard du créancier*, thèse, Rennes, 1932 ; — THOMAS, *Essai sur l'obligation naturelle*, thèse, Montpellier, 1932 ; — BONNECASE, *Supplément au Traité de droit civil* de Baudry-Lacantinerie, t. V.

morale. Il est douteux qu'ils aient réussi à mettre de la logique dans une matière qui ne veut pas la connaître.

Le législateur n'a nulle part donné la liste des obligations naturelles, ni déterminé leur nature. Il s'est borné dans l'article 1235-2° du Code civil à préciser un des effets de l'obligation en supprimant la répétition de l'indu, lorsque le débiteur qui ne pouvait être contraint de payer a exécuté une obligation naturelle. C'est le seul texte où le mot soit prononcé [1].

Les rédacteurs du Code civil pouvaient pourtant largement puiser dans les œuvres des anciens jurisconsultes. Si Domat se borne à reproduire les solutions romaines sur la *condictio indebiti*, Pothier établit comme première division des obligations, la division des obligations civiles et naturelles [2]. Mais il faut reconnaître que ses développements ne sont pas très clairs ; il affirme, d'ailleurs avec raison, que le droit français s'écarte sur ce point du droit romain. Il est probable que les rédacteurs du Code civil se sont assez peu souciés de légiférer sur les obligations naturelles. Les travaux préparatoires ne donnent sur ce point que quelques indications d'ailleurs intéressantes. Le tribun Jaubert déclare : « Les lois civiles ne sont faites que pour les obligations civiles, le domaine de la conscience ne peut être du ressort du législateur civil [3] ».

La jurisprudence n'a pas éprouvé envers l'obligation naturelle le même sentiment de gêne que le législateur. Elle n'avait ni à la définir ni à l'analyser, il lui suffisait de la reconnaître pour arriver à certains effets juridiques. Elle n'a pas manqué de le faire dans de très nombreux cas. Les tribunaux, en accordant ainsi certains effets juri-

(1) On trouve bien l'expression dans l'ancien article 349 (aujourd'hui modifié par la loi du 19 juin 1923), mais dans un sens différent, car l'obligation alimentaire de l'enfant adoptif vis-à-vis de sa famille naturelle est une obligation civile.

(2) POTHIER, *Obligations*, 2e partie, chap. II, n° 191 à 197.

(3) LOCRÉ, XII, p. 459.

diques aux devoirs de conscience, les font entrer dans le monde du droit. Impuissants à en assurer l'exécution par la contrainte, ils s'efforcent du moins de leur donner la vie inférieure à laquelle ils peuvent prétendre. Ainsi, respectant la séparation nécessaire du droit et de la morale, ils font tout de même pénétrer dans le droit plus de moralité [1].

§ 1. — La conception juridique de l'obligation naturelle.

187. Théorie de l'obligation civile dégénérée. — 188 Obligation naturelle survivant à l'extinction de l'obligation civile : prescription, serment. — 189. Obligation naturelle en cas de nullité de l'obligation civile. — 190. Réfutation de la théorie de l'identité de nature des deux genres d'obligations. — 191. Caractères généraux de l'obligation naturelle. — 192. Assimilation de l'obligation naturelle et du devoir de conscience. — 193. Il n'y a pas de théorie générale de l'obligation naturelle.

187. — Les jurisconsultes du XIXe siècle n'ont pas été extrêmement satisfaits de la rencontre de l'obligation naturelle que l'article 1235 du Code civil leur imposait. Ils ne pouvaient supprimer la notion. Tout leur effort a consisté à démontrer que l'obligation naturelle est une obligation civile accidentellement privée d'une de ses prérogatives, la plus importante à la vérité.

Ils pouvaient se servir en ce sens de la tradition romaine, Julien déclare que l'obligation naturelle a le même fondement que l'obligation civile [2]. C'est une obligation civile qui ne peut être ramenée à exécution par suite de l'incapacité du débiteur, ou des rapports de puissance paternelle entre le créancier et le débiteur, ou d'une inobservation des formes. Il explique d'ailleurs assez mal pourquoi

(1) GÉNY, Préface à l'ouvrage d'E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 1923, p. XIV.
(2) Dig., XV, I, fr. 41.

cette obligation produit certains effets sans les produire tous.

Domat a recueilli la tradition romaine [1]. Il n'indique comme obligations naturelles que les obligations des incapables qui n'ont pas été régulièrement habilités. Bigot-Préameneu lui a emprunté sa conception pour l'exposer au Corps législatif. « On ne regarde comme obligations purement naturelles, disait-il, que celles qui pour des motifs particuliers sont considérées comme nulles par la loi civile [2].

La conception de Pothier est, nous le verrons, différente et plus large. Elle a inspiré certains jurisconsultes du XIXe siècle. Mais la plupart d'entre eux, tout au moins ceux de l'Ecole de l'exégèse, se rattachent à la tradition romaine ou à Domat. Ils s'efforcent de séparer nettement l'obligation naturelle du devoir moral et pour cela de lui donner tous les caractères de l'obligation civile. Ce n'est pas un devoir moral qui monte vers l'obligation civile, c'est une obligation civile dégénérée, une ombre qui survit à une réalité, un double qui reste après la mort!

Marcadé enseigne que l'obligation est dite naturelle, lorsque l'exécution volontaire vient prouver au législateur la fausseté dans un cas particulier de la présomption sur laquelle est fondée la disparition de l'obligation civile [3]. Laurent écrit : « Si l'obligation naturelle diffère par son essence du devoir moral, par contre elle est identique au fond avec l'obligation civile [4]. » Huc soutient que l'obligation naturelle a moins d'importance aujourd'hui qu'elle n'en avait en droit romain et propose de l'appeler obligation civile imparfaite [5].

(1) *Lois civiles*, liv. I, tit. I, § 9.
(2) FENET, t. XIII, p. 263.
(3) MARCADÉ, IV, p. 512.
(4) LAURENT, XVII, nos 1 à 5.
(5) HUC, VII, nos 234 et 235.

La théorie a été fixée par Aubry et Rau. Ils étudient assez longuement les obligations naturelles et en font deux catégories : la première comprend les devoirs qui sont fondés sur une cause juridique de nature à engendrer un droit à une prestation, « mais que le législateur n'a pas jugé convenable de reconnaître comme obligation civile » ; la seconde « les obligations à la fois naturelles et civiles à l'origine, auxquelles le législateur a, par des motifs d'utilité sociale, retiré le droit d'action [1] ».

Au fond, il s'agit pour tous ces auteurs de dissimuler le mieux possible l'opposition fondamentale entre l'obligation civile et l'obligation naturelle, afin de ne pas avouer que l'obligation naturelle se rapproche du devoir moral jusqu'à la confusion. Leur théorie est bien difficile à soutenir, car il faut présenter comme une différence accidentelle le refus d'exécution, ce qui ne laisse pas que d'irriter l'esprit logique. Mais on glisse rapidement sur le principe pour montrer qu'il n'y a d'autres obligations naturelles que des obligations civiles dégénérées et imparfaites [2] et on modèle les effets de l'obligation naturelle sur ceux de l'obligation civile. Il faut donc suivre cette théorie dans ses applications pratiques si on veut en combattre les erreurs.

188. — Le type le plus net d'obligation naturelle est celui qui existe après l'*extinction de l'obligation civile* par un mode juridique qui ne donne pas au créancier la satisfaction qui lui est due. La loi civile fait disparaître l'action en exécution, mais le lien obligatoire demeure qui peut toujours être dénoué par une exécution volontaire. L'obli-

(1) Aubry et Rau, 4e éd., IV, § 297, p. 405. — Comp. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, II, nos 1652 et suiv. ; — Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 449 ; — Beudant, *Traité de droit civil, Des contrats*, p. 528.

(2) Il faut toutefois faire des réserves pour Aubry et Rau qui classent certains devoirs moraux parmi les obligations naturelles.

gation devient singulièrement fragile, puisque le simple refus du débiteur la fait tomber ; en apparence elle est intacte et conserve sa nature antérieure.

Il en est tout d'abord ainsi dans le cas d'extinction de l'obligation civile par *prescription* [1]. Le débiteur doit opposer la prescription à l'action du créancier ; s'il l'oppose, le juge doit débouter le créancier, mais le droit n'est pas atteint par la suppression de l'action. Aussi certains auteurs en arrivent-ils à dire que la prescription paralyse le droit du créancier bien plutôt qu'elle ne l'éteint.

Même solution quand le droit du créancier se trouve partiellement éteint par le vote du concordat. La *remise concordataire* laisse subsister à la charge du failli une obligation naturelle [2]. Le créancier, alors même qu'il aurait voté le concordat, n'a pas eu l'intention de faire une libéralité au failli. Il entend conserver sa créance ; il ne renonce qu'à l'exécution forcée.

A serrer de près de tels raisonnements, on voit qu'ils reposent au fond sur cette idée que l'obligation civile une fois créée ne peut être éteinte que par la satisfaction donnée au créancier. C'est une idée juste si on lui donne un fondement moral, mais elle est fausse si on y voit je ne sais quelle vie éternelle conférée à la volonté qui s'est liée. La loi civile qui détermine les sanctions peut dire dans quelles conditions et pour quel temps la sanction sera accordée. Lorsqu'elle la retire, il ne reste rien de l'obligation civile [3]. La distinction entre le droit et l'action est

(1) POTHIER, *Obligations*, n° 196 et n° 677 ; — AUBRY et RAU, 4e éd., IV, § 297, note 1 ; — PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 692 ; — A. COLIN et CAPITANT, 7e éd., II, n° 275 ; — PLANIOL, RIPERT et RADOUANT, *Traité pratique*, VII, n° 980. 1392.

(2) Cass. Civ., 29 janvier 1900, D. 1900, 1, 200, S. 1900, 1, 337 ; Bordeaux, 14 juin 1869, D. 74, 5, 357 ; —PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 344 ; — A. COLIN et CAPITANT, 7e éd., II, n° 275 ; — THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7e éd., n° 2099.

(3) DUNOD DE CHARNAGE, *Des prescriptions*, p. 108.

abusive, parce que l'action n'est que le droit en exercice. En supprimant l'action, le législateur supprime le droit. Lorsque le débiteur excipe de la prescription ou de la remise concordataire, il détruit définitivement par son acte l'obligation qui le liait au créancier et il est aussi incapable de la faire revivre par une exécution volontaire que le créancier est lui-même incapable de la maintenir par une demande d'exécution. Ce postulat de la perpétuité de l'obligation civile ne repose sur aucun fondement sérieux.

A plus forte raison ne doit-on pas citer parmi les obligations naturelles provenant d'anciennes obligations civiles celles qui survivraient à la prestation de *serment* par le débiteur ou à l'exception de *chose jugée* [1]. Si le débiteur a prêté le serment demandé ou si le juge a accueilli l'exception de chose jugée, il est établi qu'il n'y a jamais eu d'obligation civile. Comment une obligation naturelle pourrait-elle sortir de cette obligation civile dont l'existence n'est pas reconnue? Le paiement volontaire, qui est fait postérieurement par le débiteur, ne peut détruire une vérité judiciairement établie. Le raisonnement est encore plus fragile qu'en matière de prescription où du moins l'existence antérieure de l'obligation civile est certaine.

189. — On admet encore l'existence d'obligations naturelles par dégénérescence d'obligations civiles contenues dans les actes juridiques frappés de *nullité* par la loi. De l'acte déclaré nul s'échapperait au moment de la mort, l'âme d'une obligation naturelle !

Il y a tout d'abord le vieil exemple des jurisconsultes romains, la nullité du contrat pour incapacité du débiteur. L'incapable qui demande à opposer la nullité de son engagement reste tenu d'une obligation naturelle. Sa

(1) POTHIER, *Obligations*, p. 196; — DEMOLOMBE, XXVII, n° 39; — A. COLIN et CAPITANT, 7e éd., II, n° 275.

volonté est plus forte que son incapacité. Si elle n'était pas saine et libre, c'est-à-dire si le contrat était annulé pour défaut ou vice du consentement, il ne resterait rien ; mais si le consentement a été donné, l'obligation vaut comme naturelle [1].

La nullité de l'acte juridique pour vice de forme sera traitée de semblable façon. La donation qui n'est pas faite par acte authentique régulier a beau être nulle d'une nullité absolue, la volonté du donateur échappe à cette nullité et soutient une obligation naturelle de donner. Le contrat de mariage frappé de nullité pour vice de forme n'entraîne pas la disparition complète de l'obligation de payer la dot promise ; si la dot est payée, c'est par exécution d'une obligation naturelle ? [2]. Le legs, contenu dans un testament nul en la forme ou fait par simple déclaration verbale, crée pour les héritiers du testateur une obligation naturelle [3].

Enfin, malgré la nullité d'un acte pour objet ou pour cause illicite, on peut voir une obligation naturelle naître à la place d'une obligation civile. On l'admettra toutes les fois que l'action en exécution apparaît immorale, mais non le paiement volontaire. Certains auteurs expliquent ainsi l'article 1965 du Code civil. La loi refuse l'action pour dette de jeu ou paiement d'un pari, mais elle n'interdit pas l'exécution volontaire. On a conclu qu'il y a obligation naturelle, car l'exécution est approuvée et même impérieusement réclamée par l'opinion publique [4].

Nous rencontrons ici le même postulat de la toute-puis-

(1) Cass. Civ., 9 mars 1896, D. 96, 1, 391, S. 97, 1, 225, note A. Esmein ; — Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 343 ; — A. Colin et Capitant, 7e éd., II, n° 275.

(2) Poitiers, 24 avril 1923, D. 1923, 2, 121, note Savatier. *Contra* Montpellier, 16 décembre 1901, D. 1907, 2, 241, note Capitant, S. 1905, 1, 185, note Hémard. Voyez *infra*, n° 200.

(3) Voyez les arrêts cités *infra*, n° 201.

(4) Pothier, *Traité du jeu*, n° 55 ; — A. Colin et Capitant, 7e éd., II, n° 275. — *Contra* Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 2140.

sance de la volonté humaine. Or, la volonté ne produit d'effets juridiques que si elle se manifeste dans les conditions et formes prévues par la loi. La volonté d'un incapable n'est pas aux yeux du législateur susceptible de lier cet incapable. Si elle n'est pas jugée assez saine et ferme pour le lier civilement, comment pourrait-elle l'obliger naturellement, et, si on estime que l'obligation naturelle naît, pourquoi l'obligation civile ne naîtrait-elle pas? De même les formes ne sont que l'enveloppe protectrice de la volonté; manifestée sans les formes légales, la volonté ne peut produire aucun effet: si on reconnaît la valeur du legs verbal, il faut admettre une obligation civile et non naturelle. Enfin et surtout, comment peut-on comprendre que le législateur, annulant un contrat pour cause illicite, consente à ce que ce contrat nul oblige pourtant le débiteur au titre d'obligation naturelle. Il y a une contradiction foncière dans la pensée à supposer que d'un contrat illicite puisse tout de même naître une obligation naturelle.

190. — On a pourtant essayé de faire disparaître cette contradiction par une thèse audacieuse [1]. M. Savatier a soutenu que toute obligation morale devrait être une obligation civile. La loi civile refuse à certaines d'entre elles la qualification juridique à laquelle elles auraient droit; elles demeurent alors des obligations civiles imparfaites qui sont exactement de même nature que les civiles et qui sont simplement privées de certaines prérogatives réservées par le législateur à la catégorie supérieure, c'est-à-dire du droit à l'exécution forcée.

Avec une telle conception, l'obligation illicite et l'obligation naturelle apparaissent comme très semblables : « une disposition hostile de la loi les empêche d'avoir un

(1) SAVATIER, *Des effets et des sanctions du devoir moral*, thèse, Poitiers, 1916, pp. 267 338.

caractère civil » [1]. Ainsi s'explique qu'une obligation illicite et même une obligation immorale, déclarée sans effet par la loi civile, puisse tout de même prétendre à la qualité d'obligation naturelle.

Le caractère paradoxal de cette théorie apparaît dans les formules mêmes employées par son auteur. Déclarer que l'obligation naturelle, « loin d'être un devoir moral bénéficiant spontanément de la faveur de la loi, est un devoir moral qui souffre spécialement de son inimitié [2] », ou encore que « toutes les obligations naturelles proprement dites sont des obligations illicites » [3], c'est jeu d'esprit. De telles formules ne peuvent, en effet, être établies que lorsqu'on a posé comme premier principe l'identité du devoir moral et de l'obligation civile, alors que la distinction de ces deux notions a toujours été admise par les juristes et qu'elle reste vraie tout au moins pour la bonne organisation de la société civile.

Mais, en admettant même le postulat qui sert de base à ce raisonnement, il faudrait expliquer pourquoi la loi civile refuse la vie complète à ces obligations naturelles, pourquoi la jurisprudence admet dans certains cas que la nullité du contrat laisse subsister l'obligation naturelle et ne l'admet pas toujours. M. Savatier a été lui-même obligé de faire des distinctions entre les obligations immorales, parce qu'ayant bâti dans l'abstrait, il n'a pu maintenir son principe dans certains cas particuliers.

Ce qu'il faut retenir de cette construction, c'est l'effort qui a été fait pour élargir le domaine de l'obligation naturelle sans faire perdre à la notion la fermeté qu'elle tire de son rapprochement avec l'obligation civile. On veut créer des obligations civiles pour les dégrader en obligations naturelles. Le législateur ferait vraiment une

(1) SAVATIER, *op. cit.*, p. 278.
(2) SAVATIER, *op. cit.*, p. 278.
(3) SAVATIER, *op. cit.*, p. 278.

œuvre bien incohérente s'il s'amusait ainsi à affaiblir civilement des obligations qui doivent être respectées pour en faire de simples obligations naturelles.

191. — Le rapprochement de l'obligation naturelle et de l'obligation civile a donné naissance à une théorie générale de l'obligation naturelle [1]. On a voulu, en analysant le lien obligatoire, éprouver sa force et savoir ce qu'il pourrait soutenir d'effets juridiques.

Le Code civil ne s'est occupé de l'obligation naturelle que pour refuser au cas de paiement la répétition de l'indu (art. **1235**). Il ne la reconnaît en somme qu'au moment où elle meurt par l'exécution volontaire, et c'est dans la constatation de sa mort que l'on trouve la preuve de sa vie.

Les interprètes du Code civil ont dégagé toutes les conséquences de ce refus de répétition ; ils ont particulièrement marqué que le paiement ne constitue pas une donation puisqu'il est fait pour éteindre une obligation. Mais ils ne s'en sont pas tenus là et ils ont admis l'existence d'une obligation naturelle à valeur patrimoniale.

1° En premier lieu l'obligation naturelle peut faire l'objet d'un *cautionnement* valable. L'obligation accessoire de la caution a besoin pour vivre d'être attachée à une obligation principale ; cette obligation principale peut être une obligation naturelle. L'article 2012 du Code civil qui pose la règle admet en effet à titre d'exception qu'on peut cautionner une obligation qui peut être annulée par une exception personnelle à l'obligé, la minorité par exemple. La loi ne donnant qu'un exemple, on peut généraliser [2].

(1) Voyez par exemple Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. II, n° 1674 et suiv. ; — Guillouard, *Cautionnement*, n° 54 ; — Beudant, *Contrats et obligations*, n° 564 ; — Huc, VII, n° 236 ; — et les thèses de M. Siefert (Paris, 1915), et de M Barreau (Caen, 1915).

(2) En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, II, n° 1676 ; — Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., II, n° 340. — *Contra* : A. Colin et Capitant, 7e éd., II, n° 278 qui expliquent l'art. 2012 en disant que l'obligation du mineur tant qu'elle n'est pas annulée vaut comme obligation civile.

2° L'obligation naturelle peut être transformée en obligation civile par une *novation*. L'intention de nover marque la volonté du débiteur de donner à cette obligation la force qui lui manque. Cette volonté pourrait créer une obligation civile ; à plus forte raison peut-elle ajouter à l'obligation naturelle le seul caractère de l'obligation civile qui lui fait défaut [1].

3° L'obligation naturelle peut être *transmise* activement ou passivement. La question ne se pose pas pour la cession à titre particulier, car il n'y aura pas de transaction sur une créance qui ne peut être exigée, mais elle se présente pour les successeurs à titre universel. Or, on admet que les héritiers en acquittant une obligation naturelle de leur auteur ne font pas une libéralité, mais un paiement, et on explique ainsi l'article 1340 du Code civil reconnaissant la validité de l'exécution par les héritiers d'une donation faite par le défunt par un acte nul en la forme.

4° Enfin certains auteurs vont jusqu'à admettre que l'obligation naturelle peut être *garantie* par une sûreté réelle, gage ou hypothèque, sans expliquer d'ailleurs nettement dans quelle mesure l'action réelle pourrait être exercée à défaut de l'action personnelle [2].

Aucun de ces effets juridiques n'est admis unanimement et il règne en doctrine une assez grande confusion sur toutes ces questions que la jurisprudence paraît ignorer. Si on a soutenu que l'obligation naturelle pouvait être cautionnée, novée, transmise ou garantie, c'est pour pouvoir affirmer son identité de nature avec l'obligation

(1) En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, II, n° 1678 ; — Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd , II, n° 339. — *Contra :* A. Colin et Capitant, 7e éd., II, n° 278 ; — Planiol, Ripert et Radouant, *Traité pratique*, VII, n° 993. — Comp. Cass. Req., 10 janvier 1905, D. 1905, 1, 47, S. 1905, 1, 128 qui, dans ses motifs, parle de transformer une obligation naturelle en obligation civile.

(2) De Loynes, note au D. 98, 2, 377.

civile. Ce sont là autant de conséquences d'une construction juridique abstraite. Si, faisant abstraction de la construction, on essaie de vérifier les conséquences, aucune d'elles ne résiste à l'examen. Le cautionnement suppose entre le créancier, le débiteur et la caution des rapports juridiques tels que le créancier et la caution puissent s'adresser au débiteur principal et le forcer à l'exécution, chose impossible si le débiteur n'est tenu que d'une obligation naturelle. La novation est la substitution d'une obligation à une autre pour empêcher l'exécution de la première ; elle est incompréhensible si la première n'est pas susceptible d'exécution forcée, et ce que l'on appelle novation est alors un engagement nouveau. Quant à la transmission, elle ne saurait être de nature civile que si elle suit les règles de la transmission du patrimoine ; or, si les héritiers d'une personne peuvent être dans certains cas tenus parce qu'ils ont recueilli les éléments actifs et passifs du patrimoine, il y a des décisions qui ont reconnu l'existence de l'obligation naturelle de payer les dettes de la succession même à l'encontre des héritiers renonçants [1]. Enfin il paraît impossible de concevoir que l'obligation naturelle puisse être garantie par une hypothèque, car le droit hypothécaire est accessoire à l'exécution de la créance.

192. — Il nous faut maintenant revenir en arrière. Si toutes ces conséquences sont discutables et mal établies, c'est que le point de départ est faux ; l'obligation naturelle n'est pas une obligation civile dégénérée.

Le droit romain ne nous fournit aucun élément de solution. Il a bien eu l'idée que dans certains cas, il fallait refuser la *condictio indebiti*, mais c'est parce que la règle

(1) Bordeaux, 24 mars 1898, rapporté par BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, II, n° 1658 ; Trib. Seine, 7 janvier 1902, Nancy, 30 janvier 1902, Boulogne-sur-Mer, 28 novembre 1907, S. 1903, 2, 52.

civile qui n'accorde pas l'action ne lui paraît pas assez forte pour autoriser la répétition. Il n'a jamais admis que le simple pacte faisait naître une obligation naturelle et Pothier qui l'affirme se trompe sur ce point. Je ne crois donc pas que dans notre ancien droit ce soit l'influence romaine qui ait donné la théorie de l'obligation naturelle et je n'en veux d'autre preuve que l'insuffisance de Domat sur ce point [1].

La théorie de l'obligation naturelle est née de l'analyse des devoirs de conscience faite par les canonistes. L'obligation naturelle est un devoir moral qui monte à la vie civile. Pothier le dit nettement : « Les principes de notre droit sont à cet égard différents de ceux du droit romain ». Et voici le principe nouveau qu'il pose. « Les obligations naturelles donnent à la personne envers qui nous les avons contractées un droit contre nous non pas à la vérité dans le *for extérieur*, mais dans le *for de la conscience* » [2]. Il y a en un mot obligation naturelle, lorsque la loi attache certains effets juridiques à l'accomplissement du devoir moral. On peut suivre pendant tout le cours du XIXe siècle l'histoire de cette idée. Delvincourt, Duranton, Rodière, Larombière assimilent l'obligation naturelle et le devoir de conscience [3]. Demolombe déclare que l'obligation naturelle est très différente de l'obligation civile et qu'il est difficile de la distinguer du simple devoir moral [4]. Aubry et Rau eux-mêmes admettent comme obligations naturelles un certain nombre de devoirs moraux [5].

(1) MM. A. Colin et Capitant (*Cours de droit civil*, 7e éd., II, n° 274) marquent pourtant l'apparition de la théorie à la renaissance du droit romain.

(2) Pothier, *Obligations*, n° 191.

(3) Delvincourt, II, p. 112 ; — Duranton, X, nos 337 et suiv. ; — Rodière, note au *J. Palais*, 1861, p. 321 ; — Larombière, *Obligations*, IV, p. 61.

(4) Demolombe, XXIV, n° 7.

(5) Aubry et Rau, 4e éd., IV, § 297, p. 4.

Au fur et à mesure que la jurisprudence s'affirme, la doctrine devient plus hardie. Des auteurs contemporains n'hésitent pas à affirmer l'identité de nature entre l'obligation naturelle et le devoir moral. Planiol remarque que la jurisprudence moderne est restée fidèle aux idées du XVIIIe siècle exprimées par Pothier, et il a défendu « l'assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral » [1]. MM. A. Colin et Capitant écrivent : « L'obligation naturelle tend en somme à se confondre aujourd'hui avec le devoir de conscience. La sphère du droit s'est donc étendue ; elle a débordé sur celle de la pure morale. L'impératif de la conscience n'est plus chose indifférente au droit. Il y a là, nous semble-t-il, un progrès de la civilisation [2] ».

Ce progrès ce n'est pas seulement en France qu'il est réalisé. Les Codes étrangers les plus récents n'éprouvent plus le besoin de parer les devoirs de conscience du nom d'obligations naturelles pour leur faire produire certains effets juridiques ; ils déclarent que l'on ne peut répéter ce que l'on a payé pour accomplir un devoir moral [3].

193. — Si l'obligation naturelle se confond par sa nature avec le devoir moral, nous devons en tirer cette conséquence qu'il n'y a pas une théorie générale de l'obligation naturelle, mais bien des obligations naturelles susceptibles de produire des effets différents.

Nous sommes dans le domaine de la conscience. La personne qui accomplit un acte juridique est inspirée par cette idée qu'elle ne fait que remplir son devoir. Il s'agit

(1) PLANIOL, *Revue critique*, 1913, p. 157 et suiv.

(2) A. COLIN et CAPITANT, 7e éd., II, n° 276. — Dans le même sens E.-H. PERREAU, *Les obligations de conscience devant les tribunaux*, *Revue trimestrielle*, 1913, p. 503 et suiv. ; — BARREAU, *Les obligations de conscience en droit civil*, thèse, Caen, 1915.

(3) Code civil *allemand*, § 812, Code fédéral *suisse*, art. 72, 2°. — Voyez SIEFERT, *Les obligations naturelles en droit français et allemand*, thèse, Paris, 1915.

tout simplement de savoir dans quelle mesure cette pensée peut modifier le caractère normal et la qualification juridique de l'acte accompli. La considération de l'intention est prépondérante. Le juge recherche quel est le motif qui a fait agir les parties et il ne peut pas ne pas tenir compte de ce fait que l'une des parties a agi par devoir.

On objecte qu'à scruter ainsi les motifs de chaque acte et à faire dépendre la valeur et les effets de l'acte des motifs qui l'ont inspiré, on tombe dans une dangereuse appréciation des devoirs de conscience. Le juge n'est pas un moraliste. Il ne peut doser les devoirs moraux ou en imposer l'exécution.

L'objection porterait s'il s'agissait de transformer tout devoir moral en obligation civile. A vouloir instaurer dans la société ce règne de la vertu, le juge userait sa force et ferait sans doute sentir sa tyrannie. Mais c'est justement le motif qui fait refuser l'action en exécution lorsque le devoir moral ne peut s'incarner dans une des formes reconnues de l'obligation civile.

Toute difficulté disparaît, lorsque le débiteur reconnaît lui-même l'existence du devoir qui lui incombe en agissant conformément à ce devoir. Il ne s'agit plus alors que de l'aider dans l'accomplissement de ce devoir et aussi de le protéger contre un retour de mauvais désir en maintenant les effets du devoir accompli.

L'obligation naturelle n'existe pas tant que le débiteur n'a pas affirmé cette existence par son exécution. Elle naît de la reconnaissance par le débiteur du devoir moral. C'est bien d'ailleurs ce que dit le Code civil quand il se borne à indiquer que la répétition du paiement est impossible.

Il est illusoire de vouloir dresser une liste limitative des obligations naturelles et même de dire, dans un cas déterminé, qu'il y a une obligation naturelle. Jamais devant les tribunaux la question ne se pose ainsi. Les

tribunaux se demandent si une remise de somme ou de chose constitue une donation ou un paiement, ou si le paiement fait peut être répété ; ils examinent alors si le débiteur avait le devoir de remettre l'objet ou la somme. Connaissant l'existence du devoir moral dans le cas qui leur est soumis, ils décident qu'il y a paiement et non donation, ou que le paiement n'est pas sujet à répétition. Ils ne disent pas autre chose. C'est par une systématisation de ces solutions qu'on arrive à dire qu'il y a une obligation naturelle.

C'est par un même abus de raisonnement que l'on se demande si cette obligation peut être reconnue, cautionnée, novée, transmise, garantie. Ces questions n'ont aucun sens, car elles supposeraient, pour être posées et résolues, l'existence d'une obligation naturelle antérieure à tout paiement du débiteur. Il est d'ailleurs facile de voir qu'on les détourne de leur sens habituel. Ce que l'on appelle reconnaissance, c'est une promesse de paiement dont la cause est discutée ; ce que l'on appelle cautionnement, c'est l'engagement principal du porte-fort pour l'accomplissement du devoir ; si les héritiers payent, c'est parce qu'ils ont le devoir de conscience personnel de payer ; quant à l'action hypothécaire, elle ne saurait être exercée contre le débiteur qui ne peut être contraint à l'exécution.

Le mot d'obligation naturelle n'a été admis et conservé que parce que l'on avait peur d'introduire la considération du devoir moral dans la vie civile. Cette fragile barrière d'une obligation formelle a vite été franchie et les tribunaux ont eu à sonder les consciences. Ils ne sont nullement gênés pour apprécier la moralité des paiements effectués et ils ne se sont pas contentés de rechercher si l'obligation qui était ainsi acquittée avait eu autrefois figure d'obligation civile.

Il n'y a aucun inconvénient d'ailleurs à conserver

l'expression d'obligation naturelle pour désigner le devoir de conscience pris en considération par le juge en vue de ses effets civils. Il faut simplement se garder de croire au caractère naturel de cette obligation beaucoup moins imposée par la nature des choses que l'obligation civile. Il faut également ne pas faire d'une expression commode une construction juridique et faire sortir de cette obligation naturelle une multitude d'effets juridiques en transposant les effets normaux de l'obligation civile. Ce serait prendre pour une réalité ce qui n'est qu'une figure d'obligation.

En un mot, obligés de faire une place aux devoirs de conscience, les jurisconsultes les ont baptisés obligations. Ainsi habillés décemment, ils ont pu paraître au prétoire. Ce déguisement n'a pas d'inconvénients à la condition qu'on ne le prenne pas pour une forme technique recouvrant une obligation réelle. Il ne faut pas avoir la prétention de limiter le nombre de ces obligations ou de les traiter toutes de semblable façon.

Il nous reste en effet à montrer que les tribunaux peuvent s'inquiéter de tous les devoirs de conscience et ne pas attacher toujours à leur accomplissement les mêmes effets.

§ 2. — Les devoirs de conscience devant les tribunaux.

194. Des cas où le devoir de conscience est pris en considération par le juge. — 195. Devoir de réparer le préjudice causé à autrui. — 196. Devoir de restituer l'enrichissement injustement aéquis. — 197. Devoir de tenir la parole donnée. — 198. Du devoir de conscience au cas de nullité d'une obligation illicite ou immorale. — 199. Devoir d'assistance : obligation alimentaire. — 200. Obligation de doter. — 201. Exécution de dispositions testamentaires nulles. — 202. Devoir de charité : donations rémunératoires.

194. — Nous avons précédemment essayé de montrer la transformation en obligations civiles des devoirs

moraux les plus impérieux : devoir de ne pas nuire à autrui, de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui et même, dans certains cas ou dans certaines conditions, de prêter assistance à autrui. Si impérieux que soient ces devoirs de conscience, ils ne parviennent pas toujours à la vie juridique, parce que le législateur ou le juge n'osent pas exiger par la force leur accomplissement. Il arrive alors quelquefois que ces devoirs moraux se présentent seulement sous la forme atténuée d'une obligation naturelle.

Si cette obligation naturelle était de même nature que l'obligation civile, on ne pourrait comprendre cette reconnaissance imparfaite. Le devoir moral, s'il est suffisamment précis et impérieux pour lier une personne, doit être reconnu comme obligation civile ; s'il ne l'est pas, il doit rester complètement ignoré de la loi civile. Mais ce n'est pas ainsi que la question doit être posée. On dit en effet qu'il y a une obligation naturelle lorsque celui qui est tenu du devoir, l'exécute volontairement. Le juge n'a donc pas à intervenir pour la reconnaissance et la sanction de l'obligation. Il se borne à constater qu'elle a été volontairement exécutée. L'exécution par le débiteur prouve l'existence du devoir moral et en mesure l'étendue. Il n'y a pas à se demander si tout homme placé dans la même situation serait tenu de la même obligation. Cette question n'aurait aucun sens puisque, par un singulier renversement des règles normales, c'est le débiteur qui prouve l'existence de l'obligation.

Si, au lieu de payer, le débiteur a simplement promis de payer, le terme qu'il s'est ainsi accordé ne change pas la situation. La promesse signée par lui établit qu'il se reconnaît débiteur. Il n'est point besoin de parler de novation d'une obligation naturelle en obligation civile. Il suffit de dire transformation du devoir moral en obligation. Il n'est pas d'autre obligation que l'obligation

civile, car il ne peut y avoir d'obligation qui n'oblige pas. Toute la question est de savoir comment le devoir moral peut se transformer en obligation civile. Il y a des cas où le législateur et le juge font eux-mêmes cette transformation en sanctionnant par la force l'accomplissement du devoir. Il y a d'autres cas où ils attendent que le débiteur se propose lui-même à la sanction. On pourrait presque dire alors que l'obligation naît de la seule volonté du débiteur.

En reprenant la liste des devoirs moraux déjà étudiés nous aurons un premier groupe d'obligations dites naturelles.

195. — C'est tout d'abord le *devoir de ne pas nuire à autrui*. Celui-là est si impérieux que le législateur l'a sanctionné par la formule générale de l'article 1382. Il sera donc rare que l'on attende du débiteur une reconnaissance volontaire. Mais, pour général que soit le principe, il a fallu lui donner une organisation technique. Ne pouvant entrer dans l'analyse des sentiments, ni suivre à l'infini la répercussion des actes, désireux aussi de laisser une certaine liberté aux initiatives, le droit a créé des règles précises qui limitent l'exercice de l'action en responsabilité. Par delà ces règles le devoir de conscience subsiste de réparer le dommage causé. Se demander s'il existe une obligation naturelle de le faire est une question qui ne peut comporter de réponse. Le devoir n'est pas le même pour tous, et en tout cas, il n'est pas accompli par tous de la même façon. Le juge peut simplement constater qu'il est accompli.

Il y a tout d'abord des cas où la faute n'existe pas parce que la conscience de l'acte fait défaut : l'enfant, l'aliéné ne sont pas responsables de leurs actes. Cet enfant devenu majeur, cet aliéné revenu à la raison estiment en conscience qu'ils doivent réparer le dommage qu'ils ont

causé. Le paiement qu'ils font à cet effet est valable et n'a pas le caractère d'une libéralité; la promesse qu'ils signent est une promesse obligatoire.

La faute peut être tellement légère que le juge refuse d'en tenir compte ; il déclare l'acte régulier, mais celui qui l'a accompli, dans sa conscience délicate et scrupuleuse, s'estime coupable ; il répare ou offre de réparer ; il crée son obligation en affirmant son devoir. Ainsi, quand un homme met fin à des relations de concubinage, on peut le forcer à réparer le dommage qu'il cause à la femme abandonnée s'il y a eu séduction, abus d'autorité, naissance d'un enfant. En dehors de ces cas, il peut s'estimer coupable d'abandonner une femme qui va moralement souffrir de son abandon ou sera incapable de refaire sa vie. Il ne serait condamné par aucun tribunal ; il peut se condamner lui-même et le juge reconnaîtra l'existence de l'obligation qu'il a créée contre lui [1].

Celui qui, exerçant un droit pour des fins légitimes et dans les limites légales, a été pour autrui la cause d'un préjudice peut se couvrir de l'exercice de son droit pour échapper à toute responsabilité. Sa conscience lui reprochera parfois de le faire. Un mari qui indemnise sa femme parce qu'il a administré la communauté d'une façon malheureuse transforme son devoir moral en obligation [2].

Enfin, dans la recherche du préjudice causé par un acte fautif, il faut s'arrêter à un endroit où l'on coupe la chaîne de causalité. On qualifie de dommage indirect celui que l'auteur ne sera pas forcé de réparer. Une conscience scrupuleuse peut pousser plus loin la recherche, s'attribuer les conséquences lointaines de son action fautive et démontrer la causalité par son propre aveu [3].

(1) Rennes, 20 octobre 1924, *Gaz. Palais*, 22 nov. 1924 ; Alençon, 29 juillet 1932, D. H. 1932, 544.

(2) Cass. Civ., 5 avril 1892, D. 92, 1, 234, S. 95, 1, 129, note Ballreydier.

(3) Cass. Req., 7 mars 1911, D. 1913, 1, 404. — Voyez les observations de M. Hémard, *Revue trimestrielle*, 1916, p. 482.

Ainsi celui qui a donné le conseil d'un mauvais placement fait un acte de réparation en indemnisant ceux qui ont souffert de son conseil[1].

196. — Le *devoir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui* n'est civilement sanctionné que si l'enrichissement est injuste et la personne enrichie peut avoir une juste cause de conserver l'enrichissement. Cette cause que le droit estime juste, sa conscience peut ne pas la reconnaître comme telle.

Ainsi l'acquéreur devenu propriétaire par un acte régulier d'acquisition a très certainement le droit de conserver l'acquisition qu'il a faite. S'il y a eu par cet acte avantageux enrichissement de son patrimoine, cet enrichissement sort d'une cause juridique.

Il se peut qu'il estime cette cause juridique immorale et que son propre enrichissement lui apparaisse injuste. Il accepte de détruire son titre juridique d'acquisition et il offre la restitution de ce qu'il a acquis. Cette restitution est, d'après les tribunaux, l'exécution d'une obligation naturelle. C'est ce qui a été jugé, sous la Restauration et la Monarchie de juillet, pour la restitution faite aux anciens propriétaires par les acquéreurs de biens d'émigrés. Un arrêt de Colmar du 3 décembre 1808 avait pensé que l'obligation naturelle existait envers l'Etat à cause de l'insuffisance du prix payé. C'était trahir la pensée des acquéreurs. Ils se considéraient comme tenus en conscience envers l'émigré ou ses héritiers ; on ne pouvait que constater l'obligation qu'ils assumaient[2]. La même jurisprudence s'est affirmée pour l'exécution volontaire des rentes foncières supprimées depuis le Code civil et que des débiteurs consciencieux continuaient à acquitter[3].

(1) Seine, 27 juin 1911, *Gaz. Trib.*, 1911 (2e sem.), 2, 350.
(2) Cass. Req., 21 novembre 1831, S. 32, 1, 383; 23 juillet 1833, S. 3, 1, 535.
(3) Cass. Civ., 3 juillet 1811, S. *chron.* ; Cass. Req., 19 juin 1832, S. 32, 1, 859 ; Cass. Civ., 28 janvier 1840, S. 40, 1, 229.

Dans ces deux cas l'acquéreur et le débiteur ne se reconnaissaient pas le droit en conscience de réclamer la protection d'une règle légale qui leur apparaissait injuste. Ils créaient volontairement à leur charge une obligation de restitution [1].

On peut trouver d'autres hypothèses de restitution d'un enrichissement acquis par cause légitime ; ainsi par exemple le bénéficiaire d'une acquisition avantageuse paye un supplément de prix estimant que le vendeur est lésé, bien que la lésion soit inférieure au taux légal fixé pour la rescision [2].

C'est dans cette catégorie de devoirs de conscience que l'on peut faire rentrer certains cas d'obligations civiles annulées ou éteintes. Celui qui a invoqué la prescription s'est délié d'une obligation qui avait une contre-partie ; celui qui a obtenu un concordat a gagné une remise de dette par le jeu de la faillite. L'un et l'autre peuvent penser que l'enrichissement ainsi obtenu par l'application de règles légales est injuste. En payant malgré la prescription ou malgré le concordat, le débiteur reconnaît l'injustice de sa libération.

197. — Il y a en outre ici une autre idée, c'est que le débiteur ne fait que *tenir la parole donnée* et par là, accomplit un devoir sacré. Ce devoir de tenir la promesse faite n'a pas été étudié dans la sanction civile des devoirs moraux parce que sa reconnaissance légale est indiscutable. La force du contrat s'explique en effet par le devoir de « garder la foi jurée » [3].

L'organisation technique du droit contractuel empêche la promesse de valoir comme obligation ou lui enlève sa

(1) Comp. Lyon, 16 décembre 1901, *La Loi* de 11 janvier 1902.
(2) Cass. Req., 10 décembre 1851, D. 52, 1, 80. Voir aussi Cass. Civ., 28 juin 1908, S. 1911, 1, 241, note NAQUET et Cass. Req., 28 juin 1920, S. 1922, 1, 346.
(3) Voyez pour *l'engagement d'honneur* : AUBRY et RAU, 5e éd., t. IV, p. 10.

force obligatoire ; sa valeur morale demeure et le débiteur lui rend sa force civile en accomplissant volontairement la prestation que le créancier ne pouvait exiger.

Le débiteur qui paye malgré la prescription accomplie, reste fidèle à la parole donnée. On dit que la prescription laisse subsister une obligation naturelle. L'expression est juridiquement fausse, car la prescription doit être opposée par le débiteur. Si le débiteur ne l'oppose pas, l'obligation civile demeure malgré la prescription. Il faut supposer que le débiteur a opposé la prescription, et que, pris de remords, il paye ou promette de payer. Il fait ainsi revivre l'obligation civile et il n'est point besoin de supposer pour cela une dégénérescence de cette obligation civile en obligation naturelle et une novation de l'obligation naturelle en une nouvelle obligation civile.

Aussi a-t-on pu assimiler au cas de la prescription l'hypothèse d'une obligation civile dont le créancier n'a pu obtenir le paiement, parce que le débiteur a nié la dette sous serment ou a opposé une exception de chose jugée. On ne peut pas dire ici qu'il reste quelque chose de l'obligation civile. Pourtant le débiteur qui paie parce qu'il regrette son injuste dénégation ne fait que remplir son devoir et le juge, reconnaissant la validité de ce paiement, constate l'existence de ce devoir moral.

De même le failli concordataire ne consent pas toujours à se déclarer libéré parce que les créanciers ont voté une remise de dette. S'il paye intégralement ses créanciers il ne fait que son devoir. Le Code de Commerce faisait de cet acquittement intégral la condition de la réhabilitation. Cette rigueur s'est atténuée. Moralement pourtant, le débiteur ne peut trouver dans son insolvabilité un motif légitime de libération. Il reste obligé en conscience. La Cour de cassation n'a pas dit autre chose, car, dans l'arrêt souvent cité qui affirme l'existence de l'obligation naturelle, cette affirmation n'a été donnée que pour déclarer l'inexistence

de l'obligation civile [1]. Ce sont les auteurs qui ont essayé de mettre en forme l'obligation naturelle. De Loynes est allé jusqu'à soutenir qu'elle pouvait être garantie par une hypothèque conventionnelle et même par l'hypothèque légale de la femme mariée ! L'hypothèque n'offrirait d'intérêt que pour opposer un droit aux autres créanciers. Ce serait une étrange conception du devoir de conscience.

Enfin, l'orsqu'un débiteur qui a fait annuler son engagement pour incapacité ou vice de forme ne se prévaut pas de la nullité prononcée et accomplit son obligation, c'est parce qu'il se sent tenu par la parole donnée [2]. On oppose à ce point de vue les différentes causes de nullité pour soutenir que les unes laisseraient subsister l'obligation naturelle et non les autres. Cette opposition de principe n'est pas admissible. C'est le débiteur qui juge lui-même si la parole donnée l'oblige malgré la nullité de l'obligation. Les formes juridiques protègent les hommes contre leur faiblesse. Si ces formes ne sont pas observées, il est possible que l'homme ait en conscience le droit de ne pas s'exécuter parce qu'il a été abusé. Il lui appartient à lui-même de dire s'il se sent ou non obligé en conscience de payer. Déclarer que toute annulation d'obligation civile laisserait subsister une obligation naturelle, ce serait accuser un divorce entre la règle civile et le devoir de justice auquel elle doit répondre, car, si l'obligation demeure, pourquoi ne resterait-elle pas civile et si on la juge viciée, pourquoi serait-elle naturelle? Une seule chose demeure en réalité, c'est le devoir de conscience que le juge ne peut connaître tant qu'il reste un sentiment de l'âme et qu'il connaîtra le jour où il servira de cause à un acte juridique, le paiement ou la promesse.

(1) Cass. Civ., 29 janvier 1900, D. 1900, 1, 220, cassant Bordeaux, 25 novembre 1897, D. 98, 2, 277, note DE LOYNES.

(2) Cass. Req., 24 juin 1827, S. 27, 1, 474 (mort civil); Paris, 12 mai 1859, S. 59, 2, 561 (femme séparée de corps); Cass. Civ., 9 mars 1896, D. 96, 1, 391, S. 97, 1, 225, note A. ESMEIN (prodigue).

198. — Cette façon d'envisager les choses peut seule permettre de résoudre la question infiniment délicate de la *nullité de l'obligation pour cause illicite et immorale.*

On admet en général que la nullité de l'obligation civile laisse subsister une obligation naturelle, tout au moins quand elle est prononcée pour cause illicite, sinon pour cause immorale, et on cite à l'appui de cette théorie les articles 1965 et 1967 du Code civil qui, refusant l'action en paiement d'une dette de jeu, déclarent pourtant que « le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé ».

Une telle théorie se heurte à une objection qui nous paraît irréfutable; si sur les ruines de l'obligation civile on veut élever une obligation naturelle, cette dernière obligation sera tout aussi illicite et condamnable que la première et, comme une telle nullité est d'ordre public, on ne pourra comprendre qu'on laisse exécuter l'obligation naturelle [1].

Pour sortir de cette difficulté, M. Savatier est allé jusqu'à dire que l'obligation illicite pouvait bien être une obligation naturelle, puisque l'obligation naturelle était elle-même une obligation illicite ! [2]

En réalité, celui qui a assumé une obligation frappée de nullité n'est tenu en conscience de la payer que si la cause de nullité tient à des motifs politiques particuliers que sa conscience peut ne pas approuver. Mais justement dans ce cas, le juge ne voudra pas du paiement ou de la promesse de paiement, parce que l'exécution volontaire serait contraire à la règle d'ordre public [3]. Aussi, lorsque le prix d'un office ministériel a été majoré par une con-

(1) Caen, 18 janvier 1888, S. 90, 2, 97 : « Il n'y a ni obligation naturelle ni dette d'honneur à exécuter une obligation illicite ».

(2) SAVATIER, *op. cit.*, p. 412 et suiv.

(3) Cass. Req., 18 mars 1895, D. 95, 1, 346, S. 96, 1, 11 ; Grenoble, 28 juin 1907, D. 1908, 2, 363, S. 1909, 2, 12.

tre-lettre, on autorise la répétition du prix dissimulé qui a été payé et on ne considère pas la contre-lettre comme une obligation civile valant novation de l'obligation naturelle. Pourtant la contre-lettre dans les cessions d'offices est la chose du monde la plus répandue et ne pas la respecter est d'un malhonnête homme.

Quand il s'agit du paiement de dettes de jeu, le devoir de conscience est moins sûr. Pothier l'affirmait [1]. Il faudrait peut-être faire des distinctions suivant les conditions du jeu et la situation du joueur. L'honneur mondain ne doit pas passer pour la voix de la conscience. L'article 1967 refuse la répétition du paiement. Est-ce parce qu'il y a eu acquittement d'une obligation naturelle ? Je ne le crois pas, car les juges ne savent pas si celui qui a payé n'a pas en réalité cédé à la contrainte des mœurs. La meilleure preuve, c'est que si le joueur, au lieu de payer, signe un billet, ce billet est nul pour cause illicite. Pourquoi ne parle-t-on plus de novation de l'obligation naturelle en obligation civile ?

En réalité, dans tous les cas où il y a nullité pour cause illicite ou immorale, il ne saurait être question d'obligation naturelle. En admettant, en effet, que le débiteur se croie en conscience tenu de payer, le juge refusera de reconnaître le devoir de conscience qui se dresserait contre une règle légale impérative. Le paiement ou la promesse de paiement aura une cause illicite.

Si la répétition est refusée, c'est en vertu d'une autre idée que nous avons déjà rencontrée. Il y a là une simple application de la règle : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, d'où une distinction possible entre les obligations illicites et les obligations immorales (nos 104 et suiv.).

(1) *Traité du jeu*, no 55, éd. Bugnet, t. V, p. 387. — Dans le même sens A. Colin et Capitant, 7e éd., II, no 275.

199. — Le *devoir d'assistance*, n'étant reconnu par la loi civile que dans des cas exceptionnels, devrait être une source importante d'obligations naturelles. Mais ici se présente une difficulté particulière : réparer un préjudice causé, restituer un bien mal acquis, c'est accomplir un devoir de justice et le paiement est exclusif de toute intention libérale ; assister son prochain c'est accomplir un devoir de charité ; or, l'accomplissement de ce devoir se traduit sous la forme juridique de la donation. Le paiement fait par une personne qui a le devoir de conscience d'assister son prochain pourrait donc apparaître comme une libéralité. Si on a inventé l'obligation naturelle, c'est pour lui enlever ce caractère gratuit.

On ne peut pourtant pas dire que toute assistance envers le prochain constitue l'exécution d'une obligation naturelle. Il ne faut pas assimiler le versement fait pour accomplir un devoir strict de conscience avec celui qui est inspiré par l'esprit général de bienfaisance, que les anciens auteurs appelaient *caritas generis humani*. La question soumise aux juges sera alors celle-ci : le devoir d'assistance était-il en conscience suffisamment précis et strict pour que le versement fait puisse être rattaché au devoir de justice plutôt qu'au devoir de charité ? Chargé de dire s'il y a ou non donation, le juge ne peut résoudre cette difficulté que par un classement des devoirs de conscience.

Son rôle devient ici infiniment plus délicat. Tant qu'il s'agissait de constater que le *solvens* se reconnaissait débiteur, il lui était relativement facile de discerner les sentiments qui dictaient le paiement volontaire. Mais il s'agit maintenant pour des sentiments semblables de faire une discrimination et de peser la valeur morale d'une intention.

La jurisprudence reconnaît tout d'abord l'existence de l'obligation naturelle quand le débiteur était tenu d'une

obligation civile d'assistance suspendue ou paralysée par une règle technique. Ainsi elle décide que le débiteur d'une dette alimentaire rentrant dans la catégorie de personnes tenues en vertu du Code civil, n'est pas libéré de son obligation naturelle quand d'autres débiteurs sont tenus avant lui, dans la hiérarchie de dettes alimentaires [1] ou qu'une des conditions légales a disparu [2]. On retrouve d'ailleurs là l'influence de la théorie précédemment exposée sur la dégénérescence de l'obligation civile.

Voici des cas plus nets. La jurisprudence admet comme tenues d'une obligation alimentaire, au titre d'obligation naturelle, des personnes qui ne rentrent pas, au point de vue civil, dans la liste de celles qui doivent légalement assistance. Cette jurisprudence s'est surtout affirmée pour les frères et sœurs légitimes [3], pour les parents naturels [4] et même pour des collatéraux du troisième degré [5].

Elle ne s'est pas arrêtée à la parenté légale et, puisqu'il s'agit d'accomplir un devoir de conscience, elle a admis qu'on pouvait reconnaître ce devoir même pour des personnes dont la filiation n'est pas légalement constatée [6], même pour lesquelles la loi ne veut pas de constatation officielle, les enfants adultérins et incestueux [7].

Enfin de très nombreux arrêts ont reconnu que la

(1) Cass. Civ., 22 juillet 1895, D. 96, 1, 569, S. 95, 1, 42; Nancy, 14 juillet 1875, S. 76, 2, 232. Mais la jurisprudence actuelle repousse toute idée de hiérarchie entre les débiteurs de l'obligation alimentaire. Cass. Civ., 2 janvier 1929, D. 1929, 1, 137, S. 1929, 1, 185.

(2) Limoges, 17 novembre 1896, D. 97, 2, 463, S. 1900, 2, 73, note Lacoste (convol de la belle-mère avant la loi du 9 août 1929).

(3) Cass., 5 mai 1868, D. 69, 1, 286; 10 janvier 1871. S. 77, 1, 172; 7 mars 1911, D. 1913, 1, 404; Cass. Req., 5 mars 1902, D. 1902, 1, 220, S. 1902, 1, 312

(4) Alençon, 28 janvier 1931, D. 1931, 2, 127.

(5) Seine, 16 novembre 1893 (oncle et nièce).

(6) Paris, 18 février 1910, S. 1910, 1, 220; Trib. Rouen, 19 novembre 1928, D. H. 1929, 94. Voir cependant Nîmes, 19 mai 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2, 298.

(7) Cass., 5 mai 1868, D. 69, 1, 285, S. 68, 1, 251; 5 mars 1902, D. 1902, 1, 220, S. 1902, 1, 372; Nîmes, 22 décembre 1875, S. 76, 2, 232; Paris, 9 octobre 1928, D. H. 1928, 532.

remise d'argent ou de valeurs faite à la concubine au moment de la cessation des relations de concubinage constitue l'exécution d'une obligation naturelle et ne peut être considérée comme une donation [1].

Dans toutes ces hypothèses, l'examen des juges porte sur les motifs du paiement qui est fait. Le paiement étant volontaire, ils refusent la *condictio indebiti* et ils déclarent qu'il n'y a pas donation. Si, au lieu de paiement, il y a promesse de paiement, cette promesse est pleinement valable ; elle n'a pas une cause illicite puisqu'elle est motivée par un sentiment louable ; elle ne peut être considérée comme une donation qui serait faite par acte sous seing privé, puisque celui qui la signe n'obéit pas au devoir de charité mais au devoir de justice.

200. — Parmi ces obligations naturelles, il en est une qui a donné lieu à une très vive discussion doctrinale, c'est l'*obligation de doter*. Toute la difficulté vient ici, à mon sens, de ce que la question est mal posée quand on se demande s'il y a une obligation naturelle pour les parents de doter leurs enfants.

Certains auteurs rappelant l'ancien dicton « Ne dote qui ne veut », invoquant l'article 204 du Code civil, et insistant surtout sur le caractère de libéralité que présente nécessairement la constitution de dot, décident qu'il n'y a pas à la charge des parents d'obligation naturelle [2]. Les autres, invoquant l'autorité de Pothier et de Ricard et la faveur témoignée par le législateur à la constitution

(1) Cass. Req., 3 avril 1882, D. 82, 1, 250 ; Lyon, 30 décembre 1890, D. 91, 2, 309 ; Paris, 30 juin 1893, D. 94, 2, 526 ; Rennes, 7 mars 1904, D. 1905, 2, 305, note Planiol, S. 1907, 2, 241, note Hémard ; Alençon, 29 juillet 1932, D. H. 1932, 565.

(2) Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., VII, § 500, p. 437, note 4 ; — Huc, II, n° 196, VIII, n° 6 ; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, II, n° 1663 et suiv. ; — Hémard, note au S. 1905, 2, 185 ; — Savatier, thèse citée, p. 302 et note au D. 1923, 2, 121 ; — Planiol, Ripert et Nast, *Traité pratique*, VIII, n° 114.

de dot, affirment son existence et sont particulièrement pressants dans les cas où la nullité du contrat de mariage dégrade l'obligation civile en obligation naturelle [1].

Ainsi posée, la question est insoluble, car on arrive à une contradiction : s'il y a obligation naturelle antérieure, il ne peut y avoir donation, puisqu'il y a paiement ; s'il y a donation, c'est qu'il n'y a pas d'obligation antérieure.

Tout le monde est pourtant d'accord que le paiement volontaire d'une dot qui n'a pas été donnée par un contrat de mariage régulier, constitue une libéralité et que la dot ainsi payée sera rapportable et réductible. Nous serions donc en présence d'une obligation naturelle de donner, ce qui serait assez singulier, car le caractère obligatoire paraît bien incompatible avec l'intention libérale.

La question qui s'est présentée tout d'abord devant les tribunaux est celle de la valeur de la promesse de dot par acte sous seing privé ou, ce qui revient au même, par un contrat de mariage nul pour vice de forme. On avait proposé de dire que la promesse était valable comme novation d'une obligation naturelle en obligation civile. Cette théorie n'a pas triomphé [2]. On a craint, en effet, d'admettre indirectement la validité de toutes les constitutions de dot faite par acte sous seing privé.

La question s'est représentée pour l'exercice de l'action en répétition exercée après un paiement volontaire de la dot, dans un cas où ce paiement ne pouvait valoir comme don manuel et il a été décidé que la répétition

(1) Aubry et Rau, 5e éd., IX, n° 547, p. 103 ; — Laurent, XVII, n° 18 et XXI, n° 159 ; — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, 3e éd., I, n° 216 et III, n° 2045 ; — Planiol, *Revue critique*, 1913, p. 158 et *Traité élémentaire*, 11e éd., III, n° 851 ; — Capitant, note au D. 1907, 2, 241 ; — A. Colin et Capitant, 6e éd., III, p. 46 ; — E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence*, p. 71.

(2) Montpellier, 16 décembre 1901, D. 1907, 2, 241, note Capitant, S. 1905, 2, 185, note Hémard.

était impossible, le paiement ayant été fait pour éteindre l'obligation naturelle [1].

Il y a dans les motifs de ces décisions une véritable contradiction. Il semble que la solution du dernier arrêt ait été inspirée par les études doctrinales suscitées par le précédent. On peut pourtant faire remarquer que la question n'est pas absolument la même. Quand le père paie la dot, il reconnaît, malgré la nullité de l'acte constitutif, qu'il a le devoir de conscience de payer; son acte, valable en lui-même, a une cause licite. Quand il prend l'engagement de payer la dot, il y a bien un acte qui a une cause licite, mais cet acte est nul en la forme, puisque c'est une véritable donation. Or, la forme en matière de libéralité est la protection de la volonté. Une promesse de dot par acte sous seing privé ne peut avoir de valeur. Si cette promesse nulle est exécutée, l'exécution sera valable, mais non la promesse [2].

201. — Le caractère de libéralité est encore plus net lorsqu'il s'agit de l'*exécution par les héritiers d'une disposition testamentaire* faite dans la forme précative [3], ou contenue dans un testament irrégulier, ou faite verbalement. Les héritiers qui exécutent le legs verbal du défunt ne font pas au légataire une libéralité personnelle; ils sont fidèles à la volonté du défunt et la remise faite par eux a le caractère de la délivrance de legs.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 19 décembre 1860 [3], a nettement marqué ce caractère. La délivrance, dit-elle, « remonte à la personne même du testateur dont le légataire universel ne fait qu'exécuter les volontés ».

(1) Poitiers, 26 avril 1923, D. 1923, 2, 121, note SAVATIER. Il y avait eu abandon de la jouissance d'un immeuble.
(2) Comp. Aix, 21 juin 1875, D. 77, 2, 124 (restitution d'une donation par le donataire).
(3) Cass., 16 mars 1875, S. 75, 1, 150 ; 5 juin 1899, S. 1900, 1, 259.

La remise faite par le légataire universel à son frère n'a pas été traitée comme une transmission entre vifs.

Mais dans l'espèce ainsi jugée, il y avait eu remise, ce qui permet d'échapper à l'objection tirée de la nullité de l'acte pour vice de forme. La Cour déclare, en effet, que si cette nullité ne saurait être couverte par l'aveu du légataire universel, « il ne saurait en être ainsi lorsque cet aveu est suivi de la délivrance régulière du legs au légataire particulier, que cette délivrance constitue, en effet, un acte d'exécution contre lequel le légataire universel n'est pas restituable [1] ».

Quand la question s'est représentée devant la Cour de cassation, il ne s'agissait plus d'exécution volontaire, mais de promesse d'exécution d'un legs verbal dont le légataire demandait à faire la preuve et la preuve a été autorisée parce que cette promesse avait une cause licite : l'exécution d'une obligation naturelle [2].

On peut noter ici que la promesse faite est déclarée civilement obligatoire, tandis qu'il en est autrement en matière de constitution de dot. Peut-être pourrait-on en donner cette raison que la libéralité est exécutée par les héritiers. En matière de donation le donateur ne peut réparer par une confirmation les vices de forme, mais ses héritiers ont le droit de le faire (art. 1340). La forme nécessaire pour protéger le donateur ne l'est pas pour les héritiers. De même la forme régulière du testament constitue une protection de la volonté du testateur, mais ne s'impose pas aux héritiers.

Reste une assez grande difficulté dont la solution n'apparaît pas nettement dans les arrêts rendus. On dit : il n'y a pas libéralité, mais exécution d'une obligation naturelle ; on veut dire simplement par là que l'héritier qui

(1) D. 61, 1, 16, S. 61, 1, 370.
(2) Cass. Req., 20 novembre 1876, D. 78, 1, 276 ; 10 janvier 1905, D. 1905, 1, 47 ; Montpellier, 30 janvier 1893, D. 94, 2, 15.

exécute le legs ne fait pas personnellement une libéralité ; mais le légataire qui reçoit ce paiement reçoit un legs ; ce legs va-t-il compter au nombre des libéralités faites par le défunt ? Si les libéralités dépassent la quotité disponible, va-t-il avoir pour conséquence une réduction proportionnelle des legs régulièrement faits ? Il paraît bien difficile de l'admettre, car l'héritier qui l'exécuterait payerait ce legs avec l'argent des autres légataires !

Ces questions ne paraissent pas résolues par la jurisprudence. On s'est simplement demandé, si le paiement ou la promesse de paiement avait une cause licite, et le désir de respecter les intentions du testateur a été considéré comme tel. Encore pourrait-on admettre que cette intention du testateur peut elle-même avoir une cause illicite ou immorale, et, dans ce cas les héritiers n'auraient aucune obligation de conscience de la respecter.

202. — Enfin il y a un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles les tribunaux sont très hésitants et ne savent pas au juste s'il y a libéralité ou paiement. Dans beaucoup de ces cas, il semble qu'il n'y ait pas lieu de parler d'obligation naturelle, mais quand les tribunaux ne veulent pas qu'il y ait donation et ne parviennent pas à voir l'obligation civile, ils disent, pour faire disparaître l'intention de libéralité, que l'on a acquitté une obligation naturelle.

La difficulté c'est que dans toute donation le donateur obéit à un devoir de conscience en gratifiant le donataire. Il faut alors peser les devoirs. Dans la *donation rémunératoire*, les tribunaux en sont arrivés là. Ils apprécient la reconnaissance que le donateur devait au donataire [1].

Si le donateur avait reçu du donataire un service

(1) Timbal, *Les donations rémunératoires*, thèse, Toulouse, 1925 ; — Planiol, Ripert et Trasbot, *Traité pratique de droit civil*, t. V, n° 316.

appréciable en argent, il est relativement facile de peser l'équivalence. Si le service était purement moral, les tribunaux l'apprécient comme ils apprécient le dommage moral. Ainsi, lorsque le donataire a sauvé la vie au donateur ou l'a assisté dans une maladie grave, la donation qui lui sera faite, ne sera que le prix du service rendu [1].

S'il n'y a pas de service précis, les tribunaux admettent pourtant que la conduite habituelle du donataire peut mériter un paiement, tout au moins dans le cas où il s'agit d'une remise de meubles ou d'une petite rente viagère [2].

Mais la tendance générale est de n'admettre le caractère de donation rémunératoire que si le service rendu est de ceux que l'on a l'habitude de rémunérer en argent [3].

D'autre part, quand le donateur n'a été inspiré que par la pensée d'assister son prochain, se croirait-il tenu en conscience de secourir ce prochain, cette simple pensée ne peut changer le caractère de la libéralité. Il y a simplement « amour du genre humain ».

S'il n'y a plus ici d'obligation naturelle, c'est que le devoir de conscience n'est pas assez précis dans son objet pour que le juge puisse en reconnaître l'existence et l'affirmation du débiteur ne l'établit pas suffisamment [4].

Il est, on le voit, impossible d'arrêter une liste des obligations naturelles. Aucun principe ne permet d'en donner une, puisque ce que l'on appelle obligation naturelle, c'est tout simplement le devoir moral envisagé dans

(1) Cass. Req., 10 décembre 1851, D. 52, 1, 80, S. 52, 1, 141 (donation d'un malade au médecin qui l'a sauvé); Douai, 2 juillet 1847, D. 49, 2, 239.

(2) Bordeaux, 21 mars 1835, S. 35, 1, 412; Paris, 16 février 1860, S. 60, 5, 122. Comp. Chalon-sur-Saône, 20 décembre 1911, S. 1912, 2, 185, note Huguenet (patron distribuant à ses ouvriers une partie du bénéfice).

(3) Riom, 15 février 1894, S. 97, 1, 235.

(4) Cass., 7 janvier 1862, D. 62, 1, 188, S. 62, 1, 599.

les effets juridiques qu'il est capable de produire. Le juge est obligé, pour apprécier le mérite des actions et la valeur des actes, de tenir compte du devoir moral. Quand il en a reconnu l'existence, il qualifie le devoir d'obligation naturelle. Il ne faut prendre l'expression que comme une forme commode pour introduire le devoir moral dans la vie juridique.

CONCLUSION

203. L'obligation civile, loin d'être en simple rapport entre deux patrimoines, repose sur le devoir moral. — **204.** Mais il est nécessaire dans la règle juridique d'organiser techniquement l'accomplissement du devoir. — **205.** Du pouvoir nécessaire laissé au juge pour l'appréciation des actions. — **206.** Le réalisme juridique et l'idéal moral. — **207.** Insuffisance de la théorie du droit naturel. — **208.** La lutte pour l'idéal moral et le progrès du droit.

203. — Les différentes questions traitées dans cet ouvrage ont été choisies pour concourir à une démonstration. Il faut maintenant essayer de mettre en pleine lumière les conclusions dernières qui peuvent se dégager de leur examen.

La tendance dominante de ces vingt dernières années a été de faire prévaloir dans l'étude de l'obligation civile les conceptions techniques pures. L'obligation a été détachée du sujet actif et du sujet passif et n'est plus apparue que comme un rapport entre deux patrimoines. Le créancier et le débiteur n'étaient plus alors que les représentants de ces patrimoines, dont l'un s'enrichissait et l'autre s'appauvrissait. On parlait de statique et dynamique, de pesée et de force, d'équivalence et d'équilibre, de risque créé et d'enrichissement procuré. L'homme disparaissait et ce qui importait de lui, c'était la déclaration de volonté, séparée du consentement réel, et le fait extérieur, séparé de la volonté qui l'avait créé.

Là-dessus les techniciens pouvaient travailler à l'aise. Ayant détaché le rapport juridique des sujets actif et passif, ils imaginaient des obligations séparées de leur cause,

des actes abstraits, des contrats valables par eux-mêmes malgré l'immoralité de leurs motifs, des droits valablement exercés même pour des fins illicites, des responsabilités sans faute, des rétablissements d'équilibre entre les patrimoines, toutes constructions juridiques qu'il ne faut certes pas dédaigner, mais que l'on ne doit considérer que comme des constructions et sous lesquelles il est nécessaire de retrouver la règle qui explique et justifie l'obligation.

Or, cette règle n'a pas changé ; notre droit est resté fidèle à la vieille loi morale. La jurisprudence n'a accepté les constructions nouvelles que dans la mesure où elles pouvaient l'aider à réaliser plus complètement l'idée de justice et ainsi tout cet appareil scientifique n'a pu nuire à notre droit des obligations. Mais il faut éviter tout de même que l'on oublie à la longue la véritable nature de cette obligation civile, simple application technique de la loi morale qui régit les rapports des hommes entre eux. L'obligation n'est pas une simple relation entre deux patrimoines ; elle a toujours été et elle reste la soumission d'un homme à un autre homme, soumission qui ne peut être demandée et permise que pour des fins légitimes, qui doit être contrôlée dans son existence et dans son exécution par le législateur et par le juge [1].

Ce contrôle ne saurait être exercé que si l'on a une conception générale de l'organisation des rapports entre les hommes vivant en société. La construction technique ne peut être que l'application d'un idéal moral. Que l'on dise par exemple si le contrat est valable ou non quand il est lésionnaire, si la responsabilité peut ou non exister en dehors de la faute commise, si l'enrichissement injuste doit être restitué, si la bonne foi est nécessaire dans l'ac-

(1) Comp. Bonnecase, *Supplément* au *Traité de droit civil de* Baudry-Lacantinerie, t. II, nos 271 et suiv., p. 303 et suiv.

complissement des formalités juridiques. Ce sont, pour ne prendre que des exemples, des questions insolubles si l'on n'a pas une certaine conception des fins morales de l'homme.

Ce livre n'a d'autre prétention que de démontrer l'impossibilité où se trouve le législateur ou le juge de donner des règles ou de trancher des difficultés en usant purement et simplement des procédés techniques d'élaboration et de construction du Droit. La règle ne peut être donnée et appliquée qu'en considération de l'idéal moral que le législateur se propose de réaliser et auquel le juge doit concourir.

En vain objectera-t-on qu'il est scientifiquement impossible de tenir compte de cet idéal moral et qu'il faut substituer un système juridique d'ordre réaliste à un système d'ordre métaphysique [1]. Ce n'est pas être vraiment réaliste que de ne pas vouloir tenir compte des forces morales qui existent dans la société.

La seule notion d'obligation implique une croyance à l'idéal moral puisqu'il faut expliquer la soumission légitime de l'homme à l'homme [2]. Le respect de la promesse faite est une des bases de l'ordre social [3]. La promesse sans doute n'est obligatoire que parce qu'elle est sanctionnée par la loi civile, mais cette loi demande à la règle morale le secret de la force de la promesse et les caractères qui la rendent respectable [4].

Il faut dissiper, et déjà n'a-t-il pas fait son temps, ce

(1) Duguit, *Les transformations juridiques du droit privé*, 1912, p. 1. M. Duguit dit « réaliste et socialiste », « métaphysique et individualiste », mais j'avoue ne pas voir le rapport nécessaire entre ces qualificatifs.

(2) Comp. Valensin, *Traité de droit naturel*, 1922, t. I, p. 115.

(3) Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., 1196, p. 194 ; « La plus grande preuve de foi que l'homme puisse donner à la societé est de consentir une obligation. »

(4) Gény, Préface à l'ouvrage de E.-H. Perreau, *La technique de la jurisprudence*, 1923, t. I, p. xiv : « La règle de droit implique toujours à sa base un précepte moral si rudimentaire soit-il. »

matérialisme juridique qui a la fausse prétention de représenter le positivisme et qui est né « d'une griserie de la science physique [1] ». Le domaine du droit, dit-on, « reste encombré de notions d'ordre purement métaphysique » [2]. Ces notions nous ne les chasserons pas, car nous ne pouvons consentir qu'une science qui règle les rapports des hommes entre eux ne tienne pas compte de la loi morale qui depuis bientôt deux mille ans régit nos sociétés occidentales.

204. — Ce qui est vrai, c'est qu'il est utile dans la construction technique de séparer le commandement législatif de la règle morale qu'il consacre.

Cette séparation est tout d'abord nécessaire afin d'amener par cette neutralité apparente le respect de la règle, même pour ceux qui ne s'inclineraient pas devant la loi morale dont elle est inspirée. Quand je suis une règle parce que je crois qu'elle est la vérité, ma croyance me suffit pour m'imposer l'obéissance, mais je puis fortifier cette croyance par les raisons secondaires qui justifient la règle. Si je veux que d'autres se courbent également devant cette règle, il me sera plus facile de leur faire comprendre ces raisons que partager cette croyance. Ils seront peut-être privés de la connaissance de la raison dernière qui explique la règle, mais ils suivront le précepte par raison, par tradition, par intérêt.

Ainsi fait le législateur. En portant une règle juridique nouvelle, et parce que cette règle touche à la conduite de la vie humaine, il prend nécessairement parti sur la conception générale de la vie, mais il ne l'avoue pas aux gouvernés et il présente la règle comme imposée par des nécessités accidentelles et temporaires. Il peut ainsi for-

(1) Hauriou, Note au *Sirey*, 1899, 3, 25.
(2) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, p. 3.

cer à l'obéissance ceux-là même qui auraient une conception différente des destinées de l'homme.

Le droit se sépare alors de la morale. Il ne dit pas : soyez juste envers autrui, aimez votre prochain comme vous-même, mais simplement : le dommage causé par la faute doit être réparé, l'assistance est due dans tel cas déterminé. Il fait disparaître des commandements législatifs les mots que la morale connaît ; il donne à ces commandements l'apparence utilitaire ; il peut ainsi, en laissant la liberté de croyance, exiger le respect d'une loi qui ne paraît rien demander qu'aux nécessités de la vie sociale.

Une construction technique est indispensable d'ailleurs pour donner à la règle morale la précision nécessaire à la sanction législative. La loi donne la règle abstraite, la règle doit être suffisamment nette pour que l'homme soit guidé dans sa conduite et que la violation puisse être justement sanctionnée. Il ne suffit pas d'édicter un vague précepte que chaque homme appliquera à sa guise en suivant sa conscience. La précision technique fait perdre à la règle juridique son caractère moral.

Ainsi il ne suffit pas de dire que nul ne peut en contractant léser son débiteur ; une telle règle ne permettrait pas de savoir d'une façon suffisante si le contrat est valable ou non valable. De même, il ne suffit pas de dire qu'un débiteur n'est plus obligé, lorsque les événements ont déjoué les prévisions des parties ; cette règle ne permettrait pas de savoir dans quel cas le débiteur sera légitimement délié de la promesse faite. Ceux qui, rêvant de justice contractuelle, proposent d'admettre dans nos lois civiles la lésion et l'imprévision, ne se rendent pas compte que la règle morale de justice ne peut être introduite dans le monde juridique si on ne lui donne pas la précision technique nécessaire à une règle légale.

Nous avons constaté bien souvent que l'incertitude ou le malaise sur certaines questions vient justement de cette

insuffisance de la construction technique. L'art de légiférer a ses règles. A vouloir lancer dans le monde des préceptes de justice idéale sans tenir compte de l'organisation sociale existante, on fait une œuvre vaine. Si on en veut un exemple, il suffit de constater la faible portée d'application du principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, principe de haute moralité, mais qui a beaucoup de peine à trouver sa place exacte dans les institutions juridiques existantes.

Le législateur doit donc se garder de jouer au moraliste. Il est le technicien chargé de forger la règle et de lui donner sa sanction. Sur lui pèsent toutes les forces morales. Il subit leur poussée, mais la règle morale passant par ses mains doit en sortir transformée et il doit la présenter en règle juridique [1].

205. — Pourtant il y a plusieurs conceptions possibles de cette élaboration.

Ceux, dont la préoccupation est d'éviter tout arbitraire dans l'application des lois, désirent que la règle légale ait une précision suffisante pour comporter une application presque mathématique. Ce fut l'idéal d'une époque qui avait le fétichisme de la loi.

Nous sommes aujourd'hui bien loin d'une telle conception. Elle ne peut rationnellement se défendre que si on voit dans la loi positive la traduction du précepte de droit naturel par l'autorité qui est seule qualifiée pour sanctionner ce droit. C'est bien là une notion d'ordre métaphysique. On a fait remarquer avec beaucoup de raison à quel point l'école de l'exégèse a eu le culte de la loi [2]. Le législateur n'était pas encore dépouillé de son caractère sacré.

(1) Je ne crois donc pas avoir mérité le reproche qui m'a été fait de confondre le droit et la morale. Voy. Bonnecase, *Science du droit et romantisme juridique.*

(2) Bonnecase, *L'Ecole de l'exégèse,* 2e éd., 1924, nº 50, p. 148 et suivantes.

Il nous apparaît aujourd'hui que la compétence dans l'élaboration de la règle juridique est une pure question d'organisation politique. La loi ne présente comme source de règle juridique que le très grand avantage de donner des règles abstraites, générales et permanentes.

Quand ces lois posent des règles techniques d'acquisition ou de transfert des droits, leur précision et leur abondance est un gage d'ordre et de sécurité. Chacun doit connaître la marche à suivre et gagner le repos par la rectitude de son action. L'interprétation trop hardie que donnerait le juge créerait une inquiétude mortelle pour les relations juridiques.

Mais si la loi établit une règle générale de conduite sous la forme d'un précepte qui ne saurait être trop nettement précisé sous peine d'une involontaire limitation, il devient indispensable que le juge à son tour précise la portée du précepte et indique au besoin les limitations de la règle. Plus la règle de droit aura conservé le caractère général de la règle morale qui l'a inspirée, plus le juge aura dans l'application de la règle un rôle important à jouer.

L'équité du juge doit inspirer une juste méfiance quand son action s'exerce sur les règles précises de conduite que les hommes sont tenus de suivre. Le plus souvent d'ailleurs le jugement d'équité n'est qu'une manifestation individuelle d'une conception morale particulière contre le sentiment général qui a triomphé dans la loi [1]. Mais s'il s'agit au contraire d'appliquer une règle d'équité, le juge, « législateur des cas particuliers », a, comme le législateur lui-même, à tenir compte de la loi morale.

La défiance du pouvoir judiciaire paraît bien spéciale à la France du XIXe siècle. Elle commence à disparaître

(1) Voyez dans la seconde édition de l'ouvrage de M. GÉNY, *Méthodes d'interprétation*, une étude du « cas Magnaud ».

chez nous. Elle est inconnue dans certains pays. Le nouveau Code civil suisse a laissé au juge de très larges pouvoirs [1] et ce Code tient très justement compte de la moralité des actions.

Contre cette intervention dans l'appréciation des actions humaines, certains esprits protestent encore. Ils comprennent qu'on est « aux confins du droit et de la morale » et ils disent « les juges ne sont cependant pas des censeurs » [2]. Si cette méfiance est inspirée par la mauvaise organisation politique du corps judiciaire, elle n'a qu'une valeur temporaire et contingente. En elle-même elle ne peut être admise, car les juges sont vraiment des censeurs. Quand on leur demande de décider s'il y a mauvaise foi, cause immorale, abus du droit, spéculation coupable, on les invite à porter sur la conduite des hommes des jugements dictés par la morale.

Or, le progrès du droit civil ne consiste-t-il pas justement dans cette appréciation par le juge de la moralité des actions humaines ? A la règle rigide et parfois injuste, il substitue l'appréciation individuelle avec ses nuances infinies.

206. — Où le juge trouvera-t-il le droit de dire si l'action est bonne ou mauvaise ? Qui dictera cette sentence portant sur la moralité des actions humaines ? C'est une question qu'on préfère ne pas poser pour ne pas avoir à donner la seule solution possible. Le juge observera la loi morale qui règne dans la société. Pour dire si une convention a un objet ou une cause immorale, si un acte est fautif ou correct, si un homme est coupable de fraude, si un enrichissement est injuste, si une spéculation est illicite, il faut que, juge et moraliste, il

(1) BRUN, *Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code suisse*, thèse, Grenoble, 1920.

(2) BARTIN sur AUBRY et RAU, 5e éd., t. VI, § 444, p. 340, note 7 *bis*.

porte une appréciation sur la conduite de l'homme.

Pour prétendre que le droit s'oriente vers un système réaliste et objectif, il faudrait que, par éliminations successives, on vît tomber toutes ces notions purement psychologiques qui subsistent dans notre droit. Or, loin de disparaître, elles envahissent le domaine juridique. Le droit progresse dans la mesure où elles triomphent, parce qu'il s'imprègne d'une plus grande moralité. Le législateur cède au désir de tenir compte de l'innocence ou de la culpabilité des sujets de droit et, quand il n'a pas lui-même donné au juge le pouvoir arbitraire de statuer, tous les juristes aujourd'hui recommandent au juge d'adopter une méthode d'interprétation qui permette d'assouplir la loi.

Tentera-t-on de dire que ces recherches d'intention sont compatibles avec un système purement réaliste? On a essayé de le faire en dénommant la vieille règle morale : règle sociologique. C'est de l'observation des faits sociaux que le législateur et le juge devraient tirer la ligne de conduite à suivre. Quand on étudie la responsabilité civile, l'enrichissement sans cause, l'obligation d'assistance, on s'imagine volontiers que la méthode sociologique permet de donner le précepte.

Il faut juger la méthode par le résultat. L'incohérence de la doctrine sur tous ces points est extrême. Depuis une vingtaine d'années, les études sur les obligations civiles se sont multipliées. Ceux qui ont cherché les règles juridiques dans la solidarité sociale, dans l'interdépendance des hommes, dans les principes de la causalité ou de l'équilibre, ont habilement déguisé la pauvreté des idées sous le luxe des vocables. J'ai été comme beaucoup d'autres séduit autrefois par cette floraison de théories et attiré par leur aspect scientifique. Elles ne laissent à l'esprit qu'une profonde déception et, bien souvent d'ailleurs, leurs conséquences fausses et outrancières suffisent à en démontrer le caractère hypothétique.

Mais la vieille loi morale nous donne des règles que nul ne peut nier ni transgresser sans être coupable. Cette loi, les juges la connaissent et la pratiquent eux-mêmes. Plus et mieux ils la feront respecter, plus l'idée du droit progressera.

207. — Ce livre était écrit quand j'ai eu connaissance du quatrième volume consacré par M. Gény à étudier les rapports entre la science et la technique [1]. Ce volume confirme les conclusions que M. Gény a données dans le deuxième sur l'irréductible droit naturel. Il contient en outre un nouvel examen du positivisme juridique dans lequel les idées que j'avais précédemment exposées et qui sont reproduites dans cette préface sont critiquées avec une bienveillance qui m'honore [2].

Puisque j'ai essayé de donner dans cet ouvrage une démonstration de ces idées, je voudrais en quelques lignes et comme conclusion dernière, marquer le sens de cette démonstration.

Des propositions contenues dans ce livre pourront être relevées comme des affirmations à l'existence d'un droit naturel. Je dis, en effet, que l'obligation civile ne peut être pleinement comprise et techniquement construite qu'en ayant constamment présente à l'esprit cette idée qu'elle traduit juridiquement les rapports que la morale établit entre les hommes. Ne dira-t-on pas que c'est faire reposer le droit des obligations sur l'idéal moral de justice, c'est-à-dire au fond sur la vieille idée du droit naturel ?

(1) Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV. *Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration juridique du droit positif*, 1924.

(2) Gény, *op. cit. Etudes complémentaires*, II. *La nécessité du droit naturel. Nouvel examen critique du positivisme juridique*, p. 213. Aj., *La notion du droit en France. Son état présent, son avenir*, *Archives de philosophie du droit*, 1931. *La laïcité du droit naturel*, *ibid.*, 1933, nos 3-4.

Rien n'est plus éloigné de ma pensée [1]. Je ne connais pas de recherche plus stérile que celle du contenu du droit naturel. M. Gény avoue que « pousser les contours plus loin qu'il ne l'a fait serait une besogne extrêmement attachante, mais terriblement dure » [2], et il déclare que personnellement il ne l'entreprendra pas.

Chacun de nous en étudiant un petit coin séparé du droit civil, pourrait du moins essayer de pousser sur ce point les recherches. J'ai, pour ma part, très loyalement essayé de le faire. Mais comment, en partant de l'idée de justice, faire surgir, sinon par une conception purement personnelle du monde et de l'homme, toute une théorie de l'obligation civile ? Il apparaît au contraire à l'analyse que souvent la construction change moins vite que la pensée. Le « donné » s'installe dans le « construit ». C'est ainsi que notre théorie de l'obligation s'est logée dans les formes romaines alors que nous sommes très loin de la conception romaine.

Le droit naturel nous dira-t-il si le contrat a toute puissance ou si le juge a le pouvoir de le reviser, si l'injustice usuraire est une cause de nullité de la convention, si c'est la faute qui oblige à réparation ou le risque créé, si on a le droit de répéter l'enrichissement procuré à autrui, si la forme technique régulière l'emporte sur l'intention ou si la mauvaise foi détruit la régularité de l'acte, si le droit acquis confère l'impunité ou si l'abus du droit doit être réprimé ? Voilà des problèmes fondamentaux. Sur certains de ces problèmes la dispute dure depuis des siècles ; sur d'autres elle naît d'hier. Ceux qui défendent le droit existant ou réclament le droit de demain font pareillement entendre que leurs désirs sont dictés par la justice.

En vérité, cette théorie du droit naturel qui a pu avoir

(1) Voy. Alice Piot, *op. cit.*, n° 16, p. 71.
(2) Gény, *op. cit.*, *Préface*, p. IX.

autrefois le sens d'une protestation contre le pouvoir politique a fini par ne plus être qu'une position commode de juristes désireux de se consacrer uniquement à l'élaboration technique du droit. Devenu purement humain, le droit naturel, se confondant avec l'opinion publique, n'a plus été sous un régime de suffrage universel que le soutien d'une loi écrite qui était censée l'exprimer [1].

Il nous faut aujourd'hui, dans le désarroi des idées morales et dans le bouleversement social causé par la guerre, une discipline autrement ferme et une raison d'action autrement puissante. Après de telles épreuves « une nation éclairée repense son droit » [2]. De la direction de ses pensées peut dépendre son avenir.

208. — Quand on demande au législateur ou au juge de tenir compte de la loi morale, il faut arriver à les convaincre de la supériorité de la règle qu'on les invite à consacrer. Ceux qui réclament la justice contractuelle, ou la punition de la fraude, ou la restitution de l'enrichissement injuste sont bien obligés de faire appel à une règle morale qui décide du bien et du mal, du droit et du devoir, du juste et de l'injuste. Chacun de nous, en défendant par ses écrits et par ses actes une certaine conception morale du monde, lutte pour le droit.

(1) Mlle Alice Piot a consacré un chapitre de sa remarquable thèse (*Droit naturel et réalisme*, Paris, 1930) à l'analyse critique de ce livre dans sa 2e édition. Elle défend l'idée d'un droit naturel fondé sur la raison et considéré dans ses rapports avec la nature humaine et emprunte à saint-Thomas l'idée du bien commun (Voy. aussi Suzanne Michel, *La notion thomiste du bien commun*, préf. G. Renard, thèse, Nancy, 1931). Mais dans son analyse du bien commun elle me paraît bien être elle-même inspirée par les règles de la morale chrétienne. Peut-être cependant a-t-elle raison de dire que j'ai trop méconnu la valeur de la raison humaine. Elle a moins de scepticisme que moi-même. C'est pourquoi il m'est impossible de comprendre l'esprit guerrier qui anime M. Bonnecase (*La pensée juridique française*, 1933, t. II, n° 323, p. 103) quand il combat les conclusions de cet auteur après avoir avec autant d'ardeur combattu les miennes (*Science du droit et romantisme juridique*).

(2) Lévy-Ullmann, *La définition du droit*, p. 168.

Mais, tant qu'il n'a pas réussi à faire reconnaître par l'autorité publique, législative ou judiciaire, la règle morale dont il demande le respect, le devoir dont il demande l'accomplissement, règle et devoir restent hors de la vie juridique, hors du droit. Tant que le législateur ou le juge n'annulent pas un contrat pour lésion, on a *le droit* de s'enrichir par le contrat ; tant qu'ils ne retiennent pas la responsabilité, on a *le droit* de nuire à autrui ; tant qu'ils ne vous demandent pas compte de l'intention, on a *le droit* d'agir de mauvaise foi. Et ce droit ce n'est pas un droit positif auquel on pourrait opposer je ne sais quel autre droit baptisé, pour le distinguer du premier, droit naturel ou droit idéal. En refusant le recours de la justice à celui qui réclame son appui, l'autorité publique démontre que pour elle le droit réclamé n'existe pas. Le droit est contraire à la conception idéale que le législateur et le juge se font de la bonne organisation de la société. Qui pourra décider que telle conception vaut mieux que telle autre et à quoi servirait-il de comparer des conceptions pour reconnaître par aventure que celle de l'autorité publique n'est pas la meilleure ? On a fait que ce qui est fort soit juste et nous n'avons qu'un mot pour désigner l'ensemble des règles positives et l'idéal qu'elles devraient atteindre.

Voilà ce qu'il y a de profondément exact dans le positivisme juridique. Vouloir opposer le droit idéal au droit positif serait se condamner à reconnaître l'infériorité du droit idéal. Car tous deux se qualifient droit et le droit positif a, sur l'autre, l'avantage de la force [1]. Pour que le droit idéal, malgré cette infériorité, pût se prétendre supérieur au droit positif, il faudrait qu'il n'eût pas la même

(1) Voy. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., not. préface, p. VIII et p. 33-35 ; — René Capitant, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, thèse, Paris, 1928, p. 122-123 et la critique de Alice Piot, *op. cit.*, p. 27, note 2.

origine. Mais comme on l'a fait sortir de la raison humaine, il porte avec lui la tare de son humanité et je ne vois pas ce qui peut le différencier de cette raison humaine qui légifère ou qui juge [1].

Il eût été possible, au cours de cette étude, de prendre, les unes après les autres, les grandes règles morales que suit à l'heure actuelle l'humanité pour les confronter avec les règles juridiques. A quoi aurait pu servir une telle recherche. Suffit-il de dire : on ne peut, par convention, enfreindre les bonnes mœurs ? Quelles mœurs ? Il faut analyser les arrêts et voir quelles sont les conventions déclarées immorales et annulées à ce titre. Quand une convention n'est pas déclarée nulle, on ne peut juridiquement la prétendre immorale. L'immoralité n'existe pour le droit qu'en tant qu'elle est défendue ou poursuivie.

On a raison d'attaquer le positivisme juridique sous la forme trop simple et brutale qui lui a parfois été donnée : l'identité de la loi et du droit. Sous cette forme le positivisme a en effet la prétention d'écarter de la vie juridique toute force qui ne serait pas celle du pouvoir politique. Prenant une position exactement contraire à celle de la doctrine du droit naturel qui veut rapprocher le droit positif du droit naturel, il a la prétention d'absorber le droit naturel dans le droit positif. Il adore l'ordre humain dans la société. Ayant divinisé le législateur, il croit de nouveau à un droit divin.

Ce n'est plus là du positivisme, mais du matérialisme juridique. Il nous est venu en partie d'Allemagne et les appels lancés après la guerre à l'idéalisme juridique n'ont pas d'autre sens qu'une protestation contre cette conception matérialiste du droit.

(1) Mlle Alice Piot (*op. cit.*, p. 58) répond : « c'est que l'une est la raison spéculative, l'autre la raison pratique et la première juge la seconde comme le savant juge d'après les principes de la mécanique la machine des praticiens. Légiférer relève de la technique qui est jugée par la science ». Mais cela ne me dit pas où cette raison spéculative peut trouver les principes de la science juridique.

Le véritable positivisme ne consiste pas dans le fétichisme de la loi, mais au contraire dans la destruction de la croyance à la toute puissance et bonté de la loi. Il reste que la loi est la force et contre cette force peuvent seules lutter d'autres forces.

Il faut alors faire appel à la morale pour suppléer le droit ou le combattre au besoin. Si le Code civil sanctionne l'accomplissement de certains devoirs moraux, c'est parce qu'il a été fait pour une société qui tenait au respect d'une loi morale acceptée presque par tous. S'il a refusé parfois de tenir compte de cette loi morale, par exemple dans la lésion contractuelle, la lutte continue. La notion morale rôde autour de la demeure du droit ; elle entrera le jour où, par une action assez forte de ceux qui luttent pour réaliser leur conception morale, le législateur ou le juge auront dû céder.

On voit combien serait injuste le reproche qui serait fait à tout positivisme juridique de s'incliner devant la supériorité de la force matérielle. S'il la reconnaît comme un fait, ce n'est pas pour se courber devant elle. Il y a dans le monde d'autres forces que la force politique. On pourrait par exemple faire une étude de l'obligation civile en examinant quelle a été sur cette théorie l'action de la force qui représente le désir capitaliste de sécurité ou l'association des travailleurs. Toutes ces aspirations, ces volontés, ces conceptions viennent s'affronter dans la réalisation du droit.

Si on veut que le droit reste imprégné d'idéal, il faut entretenir une communion à des idées morales que nous jugeons supérieures à toutes autres, soit par une croyance invincible, soit par une constatation scientifique du progrès qu'elles ont apporté dans la société des hommes.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

Pages

PRÉFACE DE LA DEUXIÈME ÉDITION v

INTRODUCTION

1. Objet de cette étude : l'influence de la règle morale sur le rapport juridique. 1

I. — 2. Du prétendu caractère abstrait de la théorie de l'obligation. — 3. Place réelle de la règle morale dans cette théorie. — 4. Importance que présente pour la société politique le respect de la loi morale. — 5. Distinctions proposées entre le droit et la morale. — 6. Véritable cause de leur séparation nécessaire 3

II. — 7. La solution du problème dans la doctrine du droit naturel. — 8. Le droit naturel dans la doctrine française du XIXe siècle. — 9. Abandon de la doctrine classique et défense d'un droit naturel à contenu variable. — 10. La tentative de M. Gény en faveur de l'irréductible droit naturel. — 11. Le droit naturel et l'école sociologique : Duguit et Hauriou. — 12. Du problème posé par l'abandon de la doctrine du droit naturel 12

III. — 13. Nécessité de fonder l'autorité sur une conception purement positive du droit. — 14. Mais nécessité aussi de faire appel à la morale dans l'élaboration de l'ordre juridique positif. — 15. Importance de la règle morale dans l'élaboration des lois et leur application par le juge. — 16. Insuffisance de l'idée générale et vague de justice. — 17. Valeur de la morale religieuse dans la réalisation du droit. — 18. Importance de la lutte pour le triomphe de cette morale. 23

IV. — 19. Conception dite scientifique et sociologique de l'obligation. — 20. Valeur de la morale chrétienne dans la conception de l'obligation : transformation de la théorie sous l'influence de cette morale. — 21. Influence de l'idée morale dans la législation, la jurisprudence et la doctrine . . . 32

Pages

CHAPITRE PREMIER

La morale et le contrat.

22. La théorie de l'autonomie de la volonté 39

I. — **Les conventions contraires aux bonnes mœurs.** — 23. Dispositions légales sur la nullité des conventions contraires aux bonnes mœurs. 42

§ 1. — *Examen des conventions immorales.* — 24. Conventions relatives à la vie, au respect de la personne, à la liberté, au mariage. — 25. La morale sexuelle : concubinage, maisons de tolérance. — 26. Enrichissement immoral : jeu, loterie, corruption, effets de complaisance, recherche d'héritage, cessions de clientèles. — 27. Conventions faussant l'idéal moral par l'intérêt pécuniaire : sociétés immorales, courtage matrimonial. — 28. Conventions supprimant la responsabilité pénale ou civile. — 29. Stipulation d'une rémunération pour un acte qui devait être accompli par devoir. — 30. Liste des devoirs moraux qui ne sauraient être supprimés par le jeu des conventions 44

§ 2. — *Les moyens techniques d'annulation.* — 31. Théorie de la cause illicite et immorale. — 32. Hostilité de la doctrine classique contre la recherche des motifs. — 33. Distinction proposée par M. Capitant entre la cause et le motif : discussion de cette théorie. — 34. La cause n'est que le motif déterminant ; la question de la preuve. — 35. Importance du caractère immoral du motif déterminant. — 36. Valeur de la jurisprudence sur la cause immorale . . 63

§ 3. — *L'appréciation des bonnes mœurs.* — 37. Embarras des auteurs classiques dans la définition des bonnes mœurs : influence du droit naturel. — 38. La conception sociologique des bonnes mœurs et son insuffisance. — 39. Nécessité d'un idéal moral pour la solution de cette difficulté 74

II. — **La protection des contractants.** — 40. L'égalité des contractants et la loyauté du contrat. 79

§ 1. — *Le caractère moral de la théorie des vices du consentement.* — 41. La théorie des vices du consentement ne peut s'expliquer uniquement par l'analyse de la volonté. — 42. Extension par la jurisprudence de la nullité pour cause d'erreur. — 43. L'idée de lésion dans la nullité par erreur. — 44. L'erreur doit-elle être commune aux deux parties ? — 45. Du caractère illégitime de l'acte de violence. — 46. Vio-

Pages

lence résultant du cas fortuit ou de l'état de nécessité. — 47. Caractère de la nullité pour cause de dol. — 48. Nullité pour réticence. — 49. Conclusion sur les tendances de la jurisprudence en cette matière 81

§ 2. — *L'équité dans le fonctionnement des incapacités.* — 50. Caractère technique de l'organisation des incapacités. — 51. La réduction des obligations excessives. — 52. Nécessité de la lésion pour la nullité des actes du mineur. — 53. Dol et fraude des incapables dans les contrats. — 54. Opposition de l'idée morale et de la forme technique 97

§ 3. — *Les contrats d'adhésion.* — 55. Des contrats appelés contrats d'adhésion. — 56. Analyse dans ces contrats de la notion de volonté. — 57. De l'idée d'égalité dans ces contrats. — 58. Critique de la conception classique du contrat d'adhésion. — 59. Abus de la puissance économique dissimulés par ce contrat. — 60. Orientation de la législation et de la jurisprudence 102

III. — **La lésion.** — 61. Gravité du problème de la lésion. Son caractère moral.. 111

§ 1. — *Les solutions légales.* — 62. La lésion dans le Code civil. La vente. — 63. Critique de la lésion par les civilistes. — 64. Dispositions légales postérieures au Code. — 65. Jurisprudence sur la lésion. — 66. Le mouvement des idées sur cette question depuis la guerre 114

§ 2. — *Le problème de la lésion.* — 67. Caractère moral du problème de la lésion. — 68. L'idée d'équivalence entre les prestations et le calcul de la lésion. — 69. Critique de l'idée d'équivalence. — 70. L'idée morale : l'exploitation du contractant. — 71. Objection tirée des nécessités économiques. — 72. D'une distinction à faire entre les contrats. — 73. Organisation technique de la rescision pour lésion . . 123

CHAPITRE II

La justice dans l'exercice des droits.

74. Le principe de l'absolutisme dans l'exercice des droits et l'idée de justice 137

I. — L'intervention du juge dans l'exécution du contrat. — 75. L'idée de souveraineté du contrat dans la doctrine classique. 139

Pages

§ 1. — *Applications légales de la résolution ou de la revision des contrats.* — **76.** Fondement de la résolution des contrats pour inexécution des conditions. — **77.** Comparaison de cette résolution et de celle admise par la loi du 21 janvier 1918. — **78.** Le terme de grâce et les mesures de prorogation prises pendant la guerre. — **79.** La jurisprudence administrative sur la revision des contrats. — **79** *bis.* La revision du prix des baux de longue durée. — **80.** Idée générale de l'intervention du juge dans l'exécution du contrat. 140

§ 2. — *Moyens techniques de revision.* — **81.** La théorie générale de la revision des contrats pour imprévision. — **82.** La clause *rebus sic stantibus* et l'imprévision. — **83.** La force majeure, les difficultés d'exécution et l'état de guerre . . 152

§ 3. — *Le problème de la revision du contrat.* — **84.** La question de la revision a été posée à tort sur l'idée d'imprévision. — **85.** La rupture de l'équilibre des prestations n'est pas une cause de revision. — **86.** Véritable caractère de la revision : l'abus du droit, la justice et le contrat. — **87.** Des circonstances qui rendent abusif l'exercice du droit du créancier. — **88.** Inconvénients d'une règle générale sur la revision du contrat. 160

II. — **L'exercice abusif des droits.** — **89.** Formation de la théorie de l'abus des droits 167

§ 1. — *Fondement de la théorie de l'abus des droits.* — **90.** Premier sens de l'abus des droits : la faute dans l'exercice des droits. — **91.** Critique de cette conception. — **92.** De la valeur du droit au point de vue de la responsabilité civile. — **93.** Domaine propre de la théorie de l'abus des droits. — **94.** Ce n'est pas seulement un problème de responsabilité civile. — **95.** Caractère moral de la théorie. 169

§ 2. — *Etendue d'application de la théorie.* — **96.** Fautes commises dans l'exercice des droits : droit de propriété, d'ester en justice, etc. — **97.** Actes accomplis dans l'intention de nuire. — **98.** Actes inspirés par plusieurs motifs. — **99.** Actes présentant par eux-mêmes une utilité. — **100.** Droits dont la loi accorde l'exercice arbitraire. — **101.** Abus dans l'exercice des droits contractuels. — **102.** Domaine actuel de l'abus des droits. — **103.** Avenir de la théorie : appréciation par le juge des motifs légitimes de l'acte — **103** *bis.* Théorie de la relativité des droits 179

II. — **Le refus de l'action en justice.** — **104.** La règle *Nemo auditur* et le refus de l'action pour cause d'indignité. —

Pages

105. Origine de la règle. — 106. Attitude de la doctrine française. — 107. Application de la règle par la jurisprudence. — 108. Caractère moral de la règle. — 109 Réfutation de l'objection tirée de considérations d'équité. — 110. Du but poursuivi et du maintien de la règle. 195

CHAPITRE III

La sanction légale des devoirs moraux

111. Transformation des devoirs moraux en règles juridiques. 209

I. — **Le devoir de ne pas nuire à autrui et la responsabilité civile**. 210

§ 1. — *L'évolution des idées en matière de responsabilité.* — 112. Conception de la responsabilité civile dans le Code. — 113. Evolution des idées et des procédés techniques. — 114. Manifestation d'une tendance nouvelle dans la théorie de la responsabilité du fait des choses — 115. Théorie du risque. — 116. Critique de cette théorie. — 117. Caractère insoluble du problème de la causalité. — 118. Critique de l'idée de solidarité sociale. — 119. Conception économique de la responsabilité — 120. De la disparition possible de la responsabilité sous l'influence de la théorie du risque. — 121. Valeur de l'idée de réparation — 122. Distinction de l'idée de réparation et de l'idée d'assurance. — 123. De l'orientation à donner à la théorie de la responsabilité civile. 210

§ 2. — *Organisation technique de la responsabilité civile sur le fondement moral.* — 124. Le fait de l'homme et le fait des choses. — 125. La conscience : responsabilité de l'aliéné et de l'enfant. — 126. Le fait d'autrui. — 127 Responsabilité des personnes morales. — 128. Des devoirs et des fautes. — 129. Le droit à réparation. — 130. La faute de la victime. — 131 Le montant de la réparation. — 132. Valeur des clauses de non-responsabilité 237

II. — **Le devoir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui et l'enrichissement sans cause.** — 133. Des raisons qui ont empêché ce devoir de se transformer en obligation juridique. — 134. Admission de l'action *de in rem verso* par la jurisprudence. — 135. La formule de l'enrichissement sans cause. — 136. Orientation générale des études doctrinales. — 137. Fondement de l'action sur l'idée de transmission de valeur. — 138. L'idée d'équivalence. — 139. L'idée de cause.

Pages

— 140. Fondement de l'action sur l'obligation légale de restitution. — 141. Théorie du profit créé. — 142. Caractère moral de la règle. — 143. Conditions d'exercice de l'action. — 144. Son caractère subsidiaire. — 145. Du devoir de justice de réparer l'appauvrissement. — 146. Enrichissement obtenu par l'intermédiaire d'un tiers. — 147. Conclusion sur le caractère moral de la théorie de l'enrichissement sans cause 258

II. — **Le devoir d'assistance.** — 148. Difficulté de sanctionner juridiquement le devoir d'assistance. — 149. Assistance par l'Etat : réparation des dommages de guerre. — 150. Assistance familiale : obligation alimentaire. — 151. Assistance professionnelle : les accidents du travail. — 152. Assistance à raison de la communauté de péril : assistance maritime. — 153. Devoir de reconnaissance sanctionné par la loi. — 154. Dommage souffert par une personne que l'on avait l'obligation d'assister. — 155. Dommage souffert au service d'autrui. — 156. Cas où le créancier réclame l'assistance : état de nécessité, action *ad exhibendum* 285

CHAPITRE IV

La répression de la fraude et la peine civile

157. La bonne et la mauvaise foi. — 158. Faut-il sacrifier la recherche de l'intention à l'idée de sécurité ? — 159. Evolution du droit civil sur ce point 303

I. — **La culpabilité civile.** 309

§ 1. — *Effets de la fraude dans les actes juridiques.* — 160. Le dol et la fraude dans la formation du contrat. — 161. La spéculation illicite — 162. Obligation d'exécuter le contrat de bonne foi — 163. Appréciation de la faute du débiteur. — 164. Obligation particulière qui pèse sur les administrateurs de biens d'autrui. Fraudes du mari. — 164 *bis*. Le recel et le divertissement. — 165. L'action paulienne. — 166. La fraude dans les transferts de droit soumis à formalités. — 167. La fraude dans les conflits de droit et la complicité de fraude. 309

§ 2. — *Recherche d'une définition de la fraude.* — 168. Sens différents du mot fraude. — 169. Définition de la fraude paulienne. — 170. Des cas où la fraude consiste dans la méconnaissance consciente du droit d'autrui. — 171. Des

Pages

cas où la fraude consiste dans une entente en vue de nuire à autrui — **172.** Tendances différentes de l'économie et de la morale. — **173.** L'idée de fraude à la loi. — **174.** La fraude à la loi en droit international. — **175.** La fraude à la loi en droit interne. — **176.** Limites de la théorie. . . 332

II. — **Les peines civiles.** — **177.** La sanction pénale des obligations civiles. — **178.** Les déchéances de droits. — **179.** La peine privée et le calcul de l'indemnité. — **180.** La publicité du jugement comme moyen de réparation. — **181.** Le dommage moral. — **182.** Des personnes qui peuvent agir pour dommage moral et spécialement pour atteinte aux sentiments d'affection au cas de mort d'un parent. — **183.** Conséquences à tirer de l'idée de peine dans l'exercice de ces actions. — **184.** Le dommage moral collectif et l'action des syndicats et associations. — **185.** Insuffisance des sanctions civiles au cas de refus dolosif d'exécution 356

CHAPITRE V

Les obligations naturelles et le domaine de la conscience

186. L'obligation naturelle dans le Code civil et la jurisprudence 385

§ 1. — *La conception juridique de l'obligation naturelle.* — **187.** Théorie de l'obligation civile dégénérée. — **188.** Obligation naturelle survivant à l'extinction de l'obligation civile : prescription, serment. — **189.** Obligation naturelle en cas de nullité de l'obligation civile. — **190.** Réfutation de la théorie de l'identité de nature des deux genres d'obligations. — **191.** Caractères généraux de l'obligation naturelle. — **192.** Assimilation de l'obligation naturelle et du devoir de conscience. — **193.** Il n'y a pas de théorie générale de l'obligation naturelle 387

§ 2. — *Les devoirs de conscience devant les tribunaux.* — **194.** Des cas où le devoir de conscience est pris en considération par le juge. — **195.** Devoir de réparer le préjudice causé à autrui. — **196.** Devoir de restituer l'enrichissement injustement acquis. — **197.** Devoir de tenir la parole donnée. — **198.** Du devoir de conscience au cas de nullité d'une obligation illicite ou immorale. — **199.** Devoir d'assistance : obligation alimentaire. — **200.** Obligation de doter. — **201.** Exécution de dispositions testamentaires nulles. — **202.** Devoir de charité : donations rémunératoires . . . 402

Pages

CONCLUSION

203. L'obligation civile, loin d'être en simple rapport entre deux patrimoines, repose sur le devoir moral. — **204.** Mais il est nécessaire dans la règle juridique d'organiser techniquement l'accomplissement du devoir. — **205.** Du pouvoir nécessaire laissé au juge pour l'appréciation des actions. — **206.** Le réalisme juridique et l'idéal moral. — **207.** Insuffisance de la théorie du droit naturel. — **208.** La lutte pour l'idéal moral et le progrès du droit 421

TABLE ALPHABÉTIQUE

DES PRINCIPALES THÉORIES ANALYSÉES

(Les chiffres renvoient aux numéros).

Abus des droits, 86, 89, 96, 159.
Accidents du travail, 113, 151.
Acte abstrait, 171.
Action *ad exibendum*, 156.
— *de in rem verso*, voy. Enrichissement sans cause.
— paulienne, 161.
Allocations familiales, 152 *bis*.
Assistance (devoir d'), 148, 199.
— maritime, 46, 48, 64, 152.
Associations (droit de poursuite), 184.
Aubry et Rau, Enrichissement sans cause, 135, 137; Obligations naturelles, 187.
Autonomie de la volonté, 22, 75.

Bartin, Morale, 5; Enrichissement sans cause, 137; Fraude à la loi, 174.
Baux à loyer; revision, 79 *bis*.
Bonnecase, 5, 203, 207 en note.
Billets de fonds, 78.
Bonne foi, 157, 162.
Bonnes mœurs, 23 s., 37 s.

Capitant, Morale, 5; Cause, 33 s., 42, 76; v. Colin (A.) et Capitant.
Cas fortuit, 46.
Causalité, 115, 117.
Cause, 31 s., 42, 65, 76, 159.
Celice, Erreur, 42.
Cession de clientèle, 26.
Charmont, Droit naturel, 9.
Clause de non-responsabilité, 28, 132.
— *rebus sic stantibus*, 82.
Coalitions, 161.
Colin (A.) et Capitant, Droit naturel, 8; Conventions immorales, 37; Contrat d'adhésion, 57; Abus des droits, 92; Responsabilité, 116; Obligations naturelles, 192.
Commerçants, 161, 172.
Communauté (Fraude du mari), 164.
Complicité de fraude, 167.
Concordat, 188, 197.
Concubinage, 25.
Contrat, 22, 75, 100.
— d'adhésion, 55 s.
— de travail, 64.
Courtage matrimonial, 27.

Déchéances, 178.
Demogue, Conception du droit, 19, 158; Conventions immorales, 38, 39; Lésion, 66; Contrat d'adhésion, 58; Responsabilité, 116.
Demontès, Lésion, 70; « Action ad exhibendum », 156.
Dol, 47, 53, 160.

Domat, Conventions immorales, 105, 110.
Dommage au service d'autrui, 155.
— de guerre, 149.
— moral, 131, 181 s.
Dommages-intérêts, 131.
Donation rémunératoire, 153, 202.
Dot (obligation naturelle), 200.
Droit (Rapports de la morale et du), 5 s., 206 s.
— commercial, 172.
— d'ester en justice, 96, 97.
— de propriété, 96.
— naturel, 7, 202, 207.
Duguit, Conception du droit, 11, 203; Responsabilité, 118, 129.

Effets de complaisance, 26.
Enrichissement injuste, 26, 106.
Enrichissement sans cause, 52, 109, 133 s.
Equivalence, 69.
Erreur, 42 et s.
Etat de nécessité, 45, 156.

Failliot (Loi), 77.
Faute, v. Responsabilité.
Fautes (Théorie des trois), 163.
Force majeure, 83.
Fraude, 160, 164, 165, 168 s.
Fraude à la loi, 173, 174.

Gény, Droit naturel, 10, 14, 17, 207.
Grouber, Action paulienne, 168, 207.
Guerre, 83.

Hauriou, Droit naturel, 11, 17; Responsabilité, 121.
Hugueney (Louis), Peine privée, 179.
Hugueney (Pierre), Tiers complice, 170.

Ihering, Abus des droits, 98; Peine privée, 179.
Imprévision, 79 s., 81 s.
Incapacités, 50 s.
Jeu, 26, 198.

Josserand, Abus des droits, 93, 100, 103, 103 *bis*.
Juste prix, 68; voy. Lésion.

Kantisme, 8, 22.

Legs verbal, 201.
Lésion, 43, 51 s.
Lévy (Emmanuel), Contrat, 22; Conventions immorales, 38; Responsabilité, 118 note.
Lévy-Ullmann, Lésion, 67; Imprévision, 86.
Loterie, 26.
Loubers, Enrichissement sans cause, 141.
Louis-Lucas, Enrichissement sans cause, 138.
Loyers, 64, 73.

Maisons de tolérance, 25, 107.
Mandataire (Réduction du salaire), 65.
Maury, Cause, 32; Lésion, 68; Enrichissement sans cause, 138.
Mariage, 24.
Morale, 3, 15, 204.
Moratoires, 78.

Nemo auditur, 35, 104, 130, 198.

Obligation, conception générale, 2, 203.
— alimentaire, 150, 199.
— excessive, 65.
— illicite, 23 s., 198.
— naturelle, 186 s.

Peines civiles, 177 s.
Personnes morales (Responsabilité), 127.
Pillet, Fraude à la loi, 174.
Piot (Alice), Critique de la Règle morale, 207 note 1.
Planiol, Droit naturel, 8; Conventions immorales, 37; Con-

trat d'adhésion, 57; Abus des droits, 91, 95; Responsabilité, 116; Enrichissement sans cause, 140; Obligation naturelle, 192.
Positivisme, 6, 203.
Pothier, For intérieur, 4; Lésion, 62; Résolution, 76; Obligation naturelle, 192.
Prescription, 188.
Prorogation, 78.
Publication des jugements, 180.

Recel, 164 *bis*.
Relativité des droits, 103 *bis*.
Réduction, 51, 65.
Résolution, 76, 162.
Responsabilité, 112, 113, 115, 179, 195.
— des aliénés, 125, 154, 195.
— des personnes morales, 127.
— du fait d'autrui, 126.
— du fait des choses, 114, 124.
Réticence, 48.
Revision, 75 s., 84 s.
Ripert et Teisseire, Enrichissement sans cause, 141.
Risque créé, 115, 120.
Rouast, Enrichissement sans cause, 135, 139.

Saleilles, Obligations, 2; Droit naturel, 9; Contrat d'adhésion, 55; Abus des droits, 93.
Savatier, Abus des droits, 92, 95; Enrichissement sans cause, 140; Obligation naturelle, 111, 190.
Simulation, 173.
Spéculation, 64, 161.
Stammler, Droit naturel, 9.
Syndicats, 184.

Taxation, 64.
Terme de grâce, 78.
Transfert des droits, 166, 167, 171.
Transcription, 166, 176.

Usure, 61, 70.

Vente (lésion dans la), 62.
Vices du consentement, 41 s.
Violence, 45.

SORTI DES PRESSES DE
L'IMPRIMERIE BARNÉOUD
= LAVAL (FRANCE) =