

quand un immeuble est vendu. Ce n'est donc que pour ces contrats que la classification de l'article 1104 présente un intérêt pratique. La lésion les vicie quand ils sont commutatifs, elle ne les vicie point quand ils sont aléatoires.

439. La division des contrats en commutatifs et aléatoires présente encore un intérêt moral tout ensemble et fiscal. Il s'agit de démasquer la fraude que les associations religieuses commettent journellement, fraude à la loi, fraude à la morale. L'ambition de l'Eglise est immortelle; elle ne plie pas sous la loi commune, car elle se dit au-dessus de la loi. Au titre des *Donations*, nous avons dit quel est le tissu de combinaisons frauduleuses au moyen desquelles elle a cherché à reconstituer les corporations religieuses abolies par la révolution; elle s'est emparée du droit pour ruiner le droit; là où elle règne en maîtresse sur des populations ignorantes et aveugles, elle finit par détruire tout respect de la loi. On connaît la formule des sociétés contractées par des moines ou des religieuses. Des individus qui se qualifient de particuliers, car ils cachent leur qualité de religieux, se présentent devant un notaire; ils achètent conjointement un immeuble avec la clause qu'aucun d'eux n'en pourra disposer sans le consentement des autres et que la propriété intégrale en appartiendra au survivant. Ce dernier vivant aura bon soin de pratiquer une nouvelle fraude pour maintenir la propriété de l'immeuble à la corporation, ou du moins à l'Eglise. Le fisc s'est ému de ces sociétés frauduleuses qui tendent à priver le trésor des droits de mutation qu'il perçoit à la mort d'un propriétaire. C'est un intérêt considérable que celui du fisc, car c'est l'intérêt de tous les contribuables, c'est-à-dire de tous les citoyens, qui se trouve en conflit avec la fraude des gens d'église. Le fisc a réclamé, et les tribunaux lui ont donné gain de cause. Il est de jurisprudence que le contrat dont nous venons de rappeler les termes usuels, que la vente a transféré la propriété sur la tête des particuliers acheteurs, à chacun pour sa part virile; cela ne saurait être douteux, c'est le droit commun. Quel est l'effet de la clause qui assure au

survivant la propriété de l'immeuble? Au décès de l'un des acheteurs, sa part dans la propriété de l'immeuble est transmise aux survivants; c'est celui qui a la chance de vivre le plus longtemps qui deviendra propriétaire de l'immeuble. Le contrat est donc commutatif tout ensemble et aléatoire et, par suite, il est régi par le droit commun. Il s'opère une mutation de propriété au décès de chacun des acheteurs, donc il y a lieu à la perception des droits de mutation à titre onéreux, et non aux droits de mutation qui sont perçus au décès du propriétaire; car l'héritier ne succède pas aux droits de son auteur, ces droits étant acquis aux autres acheteurs en vertu du contrat de vente. Ici se trouve le lien entre le droit fiscal et le droit civil. En vertu du droit civil, il faut décider que la clause de survie constitue, pour chacun des acquéreurs, un contrat commutatif; ce contrat, opérant à chaque décès une mutation de propriété au profit des acheteurs, donne lieu à la perception d'un droit de mutation à titre onéreux (1). Nous n'insistons pas sur la question, parce qu'elle est en dehors des limites de notre travail; qu'il nous soit permis de renouveler un regret, c'est que la loi ne punisse pas la fraude de manière à la prévenir.

NO 3. DES CONTRATS DE BIENFAISANCE ET DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX.

440. « Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit » (art. 1105). « Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose » (art. 1106). Cette dernière définition n'est pas exacte; elle confond le contrat à titre onéreux avec le contrat synallagmatique, puisqu'elle suppose que chacune des parties est obligée; or, un contrat unilatéral peut aussi être à titre onéreux : tel est le prêt à intérêt.

441. Le contrat de bienfaisance le plus important, c'est la donation. Il y a des différences nombreuses et

(1) Cassation, 23 août 1853 (Daloz, 1853, 1, 247); 26 avril et 25 juillet 1854 (Daloz, 1854, 1, 264); 21 avril 1856 (Daloz, 1856, 1, 157); 14 juin 1858 (Daloz, 1858, 1, 252).

importantes entre la donation et la vente; il est inutile de les rappeler, elles résultent des principes que nous avons exposés au titre des *Donations*. Il y a d'autres contrats de bienfaisance, le mandat, le dépôt, le prêt; ils ne sont pas régis par les principes des donations; il existe toutefois entre ces contrats et les contrats à titre onéreux des différences qui justifient la classification des articles 1104 et 1105. La responsabilité du débiteur, quant aux fautes qu'il commet, est moins rigoureuse dans les contrats à titre gratuit que dans les contrats à titre onéreux, comme nous le dirons en exposant la théorie du code concernant les fautes (art. 1137). Nous allons signaler une autre différence en traitant des vices du consentement; l'erreur sur la personne est, en général, indifférente dans les contrats à titre onéreux, tandis qu'elle vicie le consentement dans les contrats à titre gratuit.

442. La distinction des contrats à titre gratuit et des contrats à titre onéreux a encore de l'importance au point de vue du droit fiscal; les droits de mutation diffèrent dans les deux espèces de contrats; de là d'assez fréquentes contestations. Il va sans dire que les tribunaux ne s'arrêtent pas à la qualification que les parties donnent à leurs conventions, car cette qualification a souvent pour objet de tromper le fisc. La cour de Toulouse dit très-bien que le caractère d'un acte se détermine par l'ensemble de ses clauses et par ses résultats; ainsi le contrat est onéreux et commutatif, quelle que soit sa dénomination, lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est l'équivalent de ce qu'on donne ou de ce qu'on fait pour elle; et c'est un contrat de bienfaisance si l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit (1).

Il a été jugé que l'acte par lequel deux copropriétaires par indivis conviennent que l'immeuble ne sera ni divisé ni licité, mais qu'il appartiendra au survivant d'entre eux, n'est pas une libéralité, que c'est un contrat commutatif et aléatoire (2).

(1) Toulouse, 15 février 1838 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 1298, 3°).

(2) Rejet, 10 août 1836 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 67, 2°).

Les arrangements de famille qui interviennent entre des parents et leurs enfants sont souvent qualifiés de donations, tandis qu'en réalité ce sont des contrats commutatifs: tel est l'acte par lequel une mère cède à ses enfants une créance sur la succession de son mari moyennant une rente viagère (1). Il peut sans doute y avoir des donations avec charge, mais il faut que la charge ne forme pas l'équivalent de la libéralité prétendue. C'est au juge à apprécier le montant de la donation et celui de la charge. La cour de Liège a décidé que la donation faite sous la charge de nourrir le donateur le reste de ses jours doit être considérée comme une vente; il s'agissait de savoir si l'acte était valable, quoiqu'il ne fût pas fait dans les formes prescrites pour les donations (2). Dans l'arrêt de la cour de Toulouse que nous venons de citer, il s'agissait de l'abandon fait par une mère à ses enfants de ses droits et reprises sur la succession de son mari moyennant une rente viagère de 1,200 francs. L'acte était qualifié de donation, tandis que les conditions de l'acte prouvaient que c'était un véritable contrat commutatif; l'arrêt estime que la rente était constituée à 8 p. c., ce qui certes constituait l'équivalent des reprises évaluées au maximum à 15,000 francs, alors que la mère était encore dans la force de l'âge (3).

N° 4. CONTRATS NOMMÉS ET INNOMÉS.

443. La division des contrats en nommés et innomés jouait un grand rôle en droit romain; nous n'en dirons rien, par la raison qui engageait Domat à n'en pas parler. « Il n'est pas nécessaire, dit-il, d'expliquer ici la différence que l'on faisait dans le droit romain entre les contrats qui avaient un nom et ceux qui n'en avaient point. Ces subtilités, qui ne sont pas de notre usage, embarrasseraient inutilement. » Domat explique en quel sens on

(1) Paris, 30 décembre 1835 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 67, 3°).

(2) Liège, 12 juin 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 171).

(3) Comparez Cassation, 22 mai 1838 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 4473, 4°); Colmar, 6 août 1815 (Daloz, 1851, 5, 180), et les décisions en matière fiscale, rapportées par Daloz, au mot *Enregistrement*, n° 3736).

admettait, en droit français, la classification des contrats nommés et innomés. « Parmi les différentes sortes de conventions, quelques-unes sont d'un usage si fréquent et si connu partout, qu'elles ont un nom propre : comme la vente, le louage, le prêt, le dépôt, la société et autres. Et il y en a qui n'ont point de nom propre, comme si une personne donne à quelqu'un une chose à vendre à un certain prix, avec cette clause qu'il retiendra pour lui ce qu'il pourra avoir de plus. Mais toutes les conventions, soit qu'elles aient ou qu'elles n'aient point de nom, ont toujours leur effet, et elles obligent à ce qui est convenu (1). »

Le code a formulé la pensée de Domat dans l'article 1107 en lui donnant plus de précision. « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce. »

444. Les contrats nommés sont donc régis d'abord par les règles établies dans les titres qui leur sont consacrés, puis par les principes généraux qui sont applicables à toutes les obligations conventionnelles. Quant aux contrats innomés, ils n'ont pas de règles particulières; c'est aux parties à les formuler, et dans le silence de l'acte, on suit les règles établies dans notre titre et, par analogie, celles des contrats nommés avec lesquels la convention litigieuse a le plus de rapport.

Les contrats innomés sont très-fréquents, par suite de la variété infinie des relations que le commerce, l'industrie ou les intérêts de famille font naître. D'ordinaire ils ne sont que la modification d'un contrat nommé. Un père vend à ses deux fils une maison, sauf certaines places, des objets mobiliers, plus deux places dans la synagogue, à charge par les acquéreurs d'entretenir et de nourrir leur

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, p. 20, n° VII.

sœur; et dans le cas où la sœur ne voudrait plus être nourrie par ses frères, ceux-ci s'obligent à lui payer annuellement une somme de 360 francs. Ce contrat est-il une vente? On objectait qu'il n'y avait pas de prix en argent, que l'équivalent des biens abandonnés par le père consistait en prestations, donc dans un fait. La cour de Colmar répond que cela n'empêche pas l'acte d'être une vente, qu'en tout cas c'est un contrat aléatoire innomé qui a la plus grande analogie avec la vente (1).

N° 5. CONTRATS CONSENSUELS ET RÉELS.

445. Pothier divise encore les contrats en consensuels et réels. Les premiers sont ceux qui se forment par le seul consentement des parties, tels que la vente, le louage, le mandat. Dès qu'il y a concours de consentement sur la chose et le prix, il y a vente; il n'est pas nécessaire que la chose vendue soit livrée à l'acheteur. Le code civil a ajouté un nouvel effet à la puissance du consentement, c'est qu'il suffit pour transférer la propriété, même à l'égard des tiers. Il y a d'autres contrats qui, outre le consentement, exigent la tradition de la chose qui en est l'objet : tels sont le prêt, le dépôt, le nantissement; on les appelle contrats réels.

Le code n'a pas reproduit cette division, sans doute parce qu'elle n'a aucun intérêt pratique; la nécessité d'une tradition résulte de la nature même des choses, dans les contrats réels; il était inutile de le dire dans une classification, le code le disant dans les définitions qu'il donne des divers contrats réels, tandis que les définitions des contrats consensuels impliquent qu'ils se parfont par le seul consentement. On n'a qu'à comparer la définition de la vente avec celle du prêt. Aux termes de l'article 1582, la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer; le code ne dit pas que le vendeur doit *livrer* la chose pour qu'il y ait vente, il *s'oblige* seulement à la livrer, c'est dire que le consen-

(1) Colmar, 23 juin 1857 (Dalloz, 1858, 2, 44).

tement suffit, car il y a obligation dès qu'il y a consentement. La définition du prêt est tout autre : « C'est un contrat par lequel l'une des parties *livre* une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par l'emprunteur de la rendre après s'en être servi » (art. 1875). On ne conçoit pas de prêt sans tradition de la chose prêtée; en effet, c'est un contrat unilatéral par lequel l'emprunteur seul est obligé. Et en quoi consiste son obligation? La définition le dit : à rendre la chose après s'en être servi; or, pour rendre la chose, il faut naturellement qu'il l'ait reçue.

Il ne faudrait pas conclure de là que l'obligation contractée par une personne de prêter une chose à une autre, sans tradition aucune, soit nulle. Ce n'est pas un prêt, puisqu'il n'y a pas de tradition; ce n'est pas un contrat nommé, c'est un contrat innomé qui donne action au créancier, le futur emprunteur, contre le débiteur, le futur prêteur. En droit français, cela ne fait aucun doute. Quant au droit romain, nous le laissons de côté, puisque, en ce point, il n'a plus rien de commun avec le droit moderne.

N° 6. CONTRATS SOLENNELS ET NON SOLENNELS.

446. Il y a une classification beaucoup plus importante, celle des contrats solennels et non solennels. Le code ignore ces termes, mais il consacre la doctrine dont ils sont l'expression. Il y a des contrats qui n'existent que lorsqu'ils sont reçus dans les formes prescrites par la loi : tels sont la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque. La loi veut que les actes portant donation entre-vifs soient passés devant notaires. Cette solennité est exigée pour l'existence même de la donation; si l'acte notarié était nul, ou si les parties avaient fait la donation par acte sous seing privé, il n'y aurait pas de donation. C'est ce que dit l'article 1339; le donateur ne peut pas confirmer une donation nulle en la forme, car on ne confirme pas le néant; s'il veut lui donner effet, dit la loi, il doit la refaire en la forme légale, preuve que la

première donation n'a aucun effet, elle est inexistante.

Il n'en est pas de même des contrats non solennels : tels sont tous les contrats, à l'exception des trois contrats solennels que nous venons de nommer. La vente existe indépendamment de tout écrit destiné à la constater. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé, dit l'article 1582. Ce n'est pas assez dire; il ne doit pas y avoir d'acte; si les parties contractantes dressent acte de leurs conventions, c'est pour avoir une preuve littérale; elles y ont grand intérêt sans doute, puisque la preuve testimoniale n'est pas admise dès que le montant pécuniaire du fait juridique dépasse 150 francs. Mais alors même qu'il n'y aurait aucun acte, la vente ne serait pas moins valable, sauf la difficulté de la prouver en cas de contestation. Si les parties ne contestent pas la vente, elle produira son effet, quoiqu'il n'y ait aucun acte. Tandis que la donation serait avouée, exécutée même, qu'elle resterait toujours inexistante à défaut des formes légales. De même si un acte est dressé pour constater la vente et si cet acte est nul, tout ce qui en résultera, c'est que les parties ne peuvent pas l'invoquer pour prouver leurs conventions, elles n'auront pas de preuve littérale, mais elles seront admises à prouver la vente par les autres preuves que le code civil admet (1). Si, au contraire, l'acte de donation était nul en la forme, la donation serait inexistante, quand même elle serait avouée et exécutée par les parties.

447. Ces notions sont élémentaires, et l'on est étonné de les voir méconnues par de bons auteurs. M. Larombière semble nier la différence profonde qui sépare les contrats non solennels des contrats solennels, en ne voyant dans les solennités qu'une question de preuve (2). Sans doute, un contrat que l'on ne peut pas prouver est comme s'il n'existait pas; néanmoins on ne doit pas confondre la preuve avec les conditions requises pour l'existence d'une

(1) Bruxelles, 21 mai 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 76, et Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2898).

(2) Larombière, t. I, p. 36, art. 1108, n° 4 (Ed. B., t. I, p. 22). En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 287, note 6, § 341.

convention. Quand il s'agit d'un contrat non solennel, le demandeur peut toujours faire interroger le défendeur sur faits et articles et se prévaloir de l'aveu de la partie adverse; il peut encore lui déférer le serment. Il en est tout autrement des contrats solennels. Vainement le donateur avouerait-il la donation, vainement déclarerait-il qu'il la veut maintenir, quoique nulle en la forme; il ne le peut, car il ne peut pas donner la vie à un contrat mort-né.

Toullier a commis d'autres erreurs tout aussi graves; si nous les signalons, ce n'est pas pour le plaisir de critiquer un de nos meilleurs auteurs, c'est pour appeler l'attention de nos jeunes lecteurs sur la matière si difficile que nous abordons, ainsi que sur toute la théorie des preuves; il n'y en a pas de plus difficile. Ce qui répand tant d'incertitude sur la doctrine et la jurisprudence, c'est l'absence de principes certains. Il faut donc insister sur les principes, quelque élémentaires qu'ils soient. La loi prescrit des formes pour la validité des actes sous seing privé qui constatent des conventions synallagmatiques: ils doivent être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et chaque original doit contenir la mention du nombre d'originaux qui ont été faits. Qu'arrive-t-il si ces formes n'ont pas été observées? L'acte sera nul, c'est-à-dire que les parties n'auront pas de preuve littérale de leurs conventions, ce qui n'empêchera pas le contrat d'être valable si les conditions requises pour sa validité existent. Toutefois, dit l'article 1325, le défaut de mention du nombre des originaux ne pourra être opposé par celui qui a exécuté la convention. Pourquoi? Parce que l'exécution de la convention est la meilleure preuve de son existence. Toullier en conclut que la *convention* n'est *obligatoire* que lorsque l'une des parties exécute sa promesse; et il ajoute que c'est le *pacte nu* des jurisconsultes romains. Tout est erreur dans cette doctrine. Comment y aurait-il des *pactes nus* dans notre droit moderne, alors que déjà dans l'ancien droit Domat répudiait la théorie des pactes comme une subtilité romaine n° 443? L'annotateur de Toullier a soin de relever cette

erreur (1). Il y en a une autre plus grave, parce qu'on la retrouve à chaque instant, et chez les auteurs et dans les arrêts. Quand l'acte sous seing privé est irrégulier, il est nul; est-ce à dire que la *convention* ne soit pas obligatoire et qu'elle ne le devienne que par l'exécution de la promesse? C'est confondre la force obligatoire de la convention avec la preuve de la convention et supposer que la *convention* est nulle lorsque l'acte est nul. Ce n'est pas que Toullier ignore cette distinction élémentaire, il l'établit très-bien plus loin (au n° 23). La validité de la convention, dit-il, est indépendante de la validité de l'acte, de son authenticité, ou même de l'existence de tout acte. Il n'y a personne qui ne sache cela; cependant dans l'application on oublie ces notions essentielles, et alors on aboutit à de véritables hérésies, comme celle que nous venons de signaler.

448. Un contrat non solennel peut-il devenir un contrat solennel si telle est la volonté des parties contractantes? c'est-à-dire les parties peuvent-elles convenir que les formes qui, en général, ne sont requises que pour la validité de l'acte devront être observées pour l'existence du contrat, de sorte que le contrat n'existera pas si l'acte n'est pas dressé, ou s'il est nul? Les parties intéressées peuvent faire telles conventions qu'elles jugent convenables, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (n° 429). Rien n'empêche donc qu'elles fassent de la forme une condition d'existence de leurs conventions; cela n'a rien de commun avec les bonnes mœurs ni avec l'ordre public.

Tout le monde est d'accord sur ce point. Mais le dissentiment commence quand il s'agit d'appliquer le principe. On demande d'abord quel sera l'effet de la clause? Cela dépend du but que les parties ont eu en vue, et ce but ne saurait être douteux; elles se sont engagées à ne traiter que par écrit, de sorte que s'il n'y a pas d'écrit, ou si l'acte est nul, il n'y aura pas de traité. M. Demolombe

(1) Toullier, t. III, 2, p. 8, n° 16, et la note de Duvergier, p. 9. Comparez Duranton, t. X, p. 46, n° 64.

s'exprime donc mal en disant qu'il y a, dans ce cas, *une sorte de condition suspensive* (1); les termes mêmes prouvent que, dans la pensée de l'auteur, il n'y a point de véritable condition; et qu'est-ce qu'une *sorte de condition*? Une comparaison? La comparaison serait mauvaise, car elle implique que les parties ont traité, tandis que, dans leur intention, le traité n'existera que si l'écrit est dressé. Il vaut mieux dire, avec la jurisprudence, que lorsque les parties ont entendu contracter par écrit, le contrat n'est parfait que par la signature de toutes les parties contractantes. La cour de Toulouse en conclut que si l'une des parties n'a pas encore signé, les autres peuvent se dédire, quand même elles auraient signé, parce que leur intention a été de faire dépendre la convention de la perfection de l'acte (2), c'est-à-dire, comme l'explique la cour de Rennes, que l'*existence* du contrat est subordonnée à la rédaction de l'acte (3).

449. Reste à savoir dans quel cas on peut admettre que les parties ont eu cette intention. Suffit-il qu'elles conviennent qu'un écrit sera dressé? La cour de Rennes répond, dans l'arrêt que nous venons de citer, que c'est au juge à apprécier, d'après les faits et les circonstances, quelle a été l'intention des parties, si elles sont convenues de recourir à l'écriture pour en faire dépendre le contrat lui-même, ou si elles ont eu pour but de se procurer un moyen de preuve plus certain. Il nous semble qu'il faut aller plus loin et décider qu'une clause expresse est nécessaire pour que le contrat, de non solennel qu'il est par sa nature, devienne solennel. La raison en est que c'est une dérogation au droit commun, une exception. En général, l'écrit que les parties dressent de leurs conventions n'a d'autre objet que de faciliter la preuve du contrat; c'est par exception que l'acte devient une condition d'existence du contrat; la clause transforme la *preuve* en *solennité*. Il faut pour cela une manifestation de volonté expresse; non des termes sacramentels, la loi n'en exige jamais, mais du

(1) Demolombe, t. XXIV, p. 39, n° 36.

(2) Toulouse, 3 décembre 1806 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 74).

(3) Rennes, 7 juillet 1845 (Daloz, 1851, 2, 182).

moins une déclaration de volonté. C'est en ce sens que Pothier s'exprime : « La convention qu'il sera passé acte devant notaires ne fait pas dépendre de tel acte la perfection du marché; il faut qu'il paraisse que l'intention des parties a été de l'en faire dépendre » (1). L'application du principe donne lieu à de nouvelles difficultés; comme elles se présentent surtout en matière de vente, nous en ajournons l'examen au titre qui est le siège de la matière.

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

450 C'est l'intitulé de la loi; à la question qu'il implique l'article 1108 répond en ces termes : « Quatre conditions sont essentielles pour la *validité* d'une convention : le *consentement* de la partie qui s'oblige, sa *capacité* de contracter, un *objet* certain qui forme la matière de l'engagement, une *cause licite* dans l'obligation. » Le code met ces quatre conditions sur la même ligne; toutes sont également exigées pour la *validité* d'un contrat. Dans la doctrine généralement reçue, au contraire, on distingue. Trois des conditions énumérées par l'article 1108 sont requises pour l'*existence* d'une convention; ce sont : le consentement, l'objet et la cause. Une de ces conditions, la capacité, est requise seulement pour la *validité* d'un contrat. Cela veut dire que si l'une des conditions nécessaires à l'existence d'une convention fait défaut, le contrat n'a aucune existence aux yeux de la loi, il est *inexistant* ou, comme le dit énergiquement l'article 1131, il ne

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 11. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 293, et note 21, § 343.