

prescrive; c'est à raison de cet intérêt social que le débiteur ne peut plus agir, ce n'est pas parce que réellement il est débiteur : celui qui n'est pas débiteur ne peut pas le devenir par le seul laps de temps (1).

L'action en nullité diffère encore, sous un autre rapport, de l'action qui naît d'un contrat inexistant. Quand un contrat est nul, la nullité ne peut être demandée que par celle des parties contractantes dans l'intérêt de laquelle la loi prononce la nullité, à moins que la nullité ne soit d'ordre public; dans ce cas, toute partie intéressée peut s'en prévaloir. Cette distinction n'est pas applicable aux contrats inexistant : toute personne à qui l'on oppose un acte qui n'existe pas peut répondre qu'il n'y a point de contrat. C'est une conséquence logique du principe qu'un contrat inexistant ne peut avoir aucun effet. Nous avons dit plus haut (n° 458) que cette conséquence était admise dans l'ancien droit.

#### SECTION I. — Du consentement.

##### § I<sup>er</sup>. Qui doit consentir ?

**466.** L'article 1108 exige le consentement de la partie qui s'oblige. Domat s'exprime plus exactement en disant que les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel, donné et arrêté réciproquement (2). La rédaction de l'article 1108 est critiquée par tous les auteurs. Il est d'évidence que le seul consentement du débiteur ne suffit point pour qu'il y ait une obligation, il faut aussi le concours de la volonté du créancier; le terme même de consentement implique un concours de volontés qui s'unissent pour engendrer une obligation et un droit corrélatif. Tant que le débiteur seul consent à s'obliger, il n'y a qu'une offre; or, l'offre n'oblige point celui qui l'a faite tant qu'elle n'est point acceptée; jusque-là il n'y a pas de

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 493, n° 262. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 669.

(2) Domat, *Lois civiles*, livre 1, p. 20, n° 8.

débiteur, parce qu'il n'y a pas de créancier, donc il n'y a pas de convention.

**467.** Il peut y avoir plus de deux personnes dans un contrat; plusieurs personnes peuvent s'obliger, plusieurs personnes peuvent stipuler. On demande si, dans ce cas, il faut le consentement de toutes ces personnes pour que la convention se forme. Cela suppose que le concours de volontés n'a pas lieu immédiatement; il y a une offre faite à plusieurs personnes, quelques-unes acceptent, les autres n'acceptent pas. Le contrat se formera-t-il entre celui qui a fait l'offre et ceux qui l'ont acceptée? C'est une de ces questions que les auteurs discutent *à priori* et qu'ils feraient mieux d'abandonner à l'appréciation du juge, parce que la décision dépend des circonstances de la cause; et comme ces circonstances sont essentiellement variables, il est impossible que la doctrine les prévienne dans tous leurs détails; le bon sens du juge vaut mieux que toute la science du jurisconsulte pour décider des questions de fait et d'intention. Celui qui a fait l'offre et ceux qui l'ont acceptée ont-ils entendu traiter définitivement, alors même que les autres n'accepteraient pas, il y aura contrat; sinon le contrat ne se formera point, par défaut de consentement (1).

##### § II. Qu'est-ce que consentir ?

###### N° 1. DE L'OFFRE.

**468.** Le consentement est un concours de volontés; l'étymologie du mot *consentir* indique que deux personnes veulent une même chose; l'une d'elles fait une offre, c'est-à-dire déclare vouloir cette chose, et l'autre déclare vouloir ce qu'on lui propose. Il y a donc deux éléments dans le consentement : l'offre et l'acceptation. Ce concours de volontés formera une convention si l'une des parties entend conférer à l'autre le droit d'exiger en justice l'accom-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 291, et note 7, § 343, et les autorités qu'ils citent.



plissement de ce qu'elle offre et si l'autre entend acquérir ce droit.

**469.** On donne le nom de *pollicitation* à l'offre qui n'est pas encore acceptée. La pollicitation n'oblige pas celui qui a fait l'offre tant qu'elle n'est point acceptée. Pothier, qui aime à montrer que le droit positif est d'accord avec le droit naturel, prend soin de prouver que, d'après le pur droit naturel, la pollicitation ne produit aucune obligation proprement dite. Celui qui a fait une promesse peut s'en dédire tant que son offre n'est point acceptée par celui à qui elle a été faite. La raison en est simple et décisive : l'obligation a pour corrélatif nécessaire un droit qui permet d'en exiger l'accomplissement; de même qu'il n'y a point de droit sans obligation, il n'y a point d'obligation sans droit. Or, personne ne peut acquérir un droit sans sa volonté; je ne puis pas vous donner, par ma seule volonté, un droit sur mes biens, il faut que votre volonté concoure avec la mienne pour que vous acquériez la propriété de la chose que je veux vous transmettre; de même, je ne puis vous accorder un droit contre ma personne sans que votre volonté concoure, pour l'acquérir avec la mienne, par l'acceptation que vous ferez de ma promesse. Pothier ajoute que le droit romain admettait une exception à ce principe, en validant de simples pollicitations qu'un citoyen faisait à sa ville, mais qu'en droit français il n'y a plus de pollicitations obligatoires (1). Cela ne fait aucun doute, et néanmoins la question a été portée bien des fois devant les tribunaux; voilà pourquoi nous avons reproduit la démonstration de Pothier, quelque élémentaire qu'elle soit; on doit insister sur les principes alors même qu'ils paraîtraient évidents.

**470.** Aux titres de la *Vente* et du *Louage*, nous examinerons les difficultés auxquelles donnent lieu les promesses de vendre et de louer. Pour le moment, nous bornerons à rapporter quelques applications empruntées à la jurisprudence.

Pothier a raison de discuter les questions de droit au

(1) Pothier. *Des obligations*, n° 4.

point de vue de l'équité naturelle, car les hommes sont disposés à écouter la voix d'une équité parfois trompeuse, de préférence aux enseignements du droit, que la plupart ignorent. Des cours d'appel même s'y sont trompées. La cour de Montpellier a déclaré valable une proposition non acceptée, sous prétexte qu'il serait trop dur que l'une des parties ne pût agir alors que l'autre peut exercer ses droits dans toute leur rigueur. C'était violer le principe élémentaire écrit dans l'article 1101, d'après lequel le contrat ne se forme que par le concours de la personne qui s'oblige et de la personne en faveur de laquelle l'obligation est consentie; l'arrêt fut cassé pour excès de pouvoir (1).

Il y a des débats qui ne devraient jamais être portés devant les tribunaux : la loi oblige les enfants à fournir des aliments à leurs père et mère; à défaut de la loi, le cri de la nature ne devrait-il pas suffire? Quand il y a plusieurs enfants dont la position est différente, la part contributive de chacun doit se régler d'après les facultés du débiteur. De là des contestations affligeantes que le juge est appelé à décider. Dans un de ces procès, on se prévalut de la promesse qu'un enfant avait faite de recevoir, nourrir et entretenir son vieux père, mais celui-ci avait refusé; dès lors il n'y avait aucune obligation; la dette, civile tout ensemble et naturelle, continuait à peser sur tous les enfants; tous furent condamnés à payer à l'auteur de leurs jours une modeste pension qui s'élevait en tout à deux cents francs (2).

De singulières complications ont fait porter jusque devant la cour de cassation des procès où il s'agit de décider qu'une offre non acceptée n'est pas obligatoire. Un ouvrier est blessé en travaillant dans une carrière. Action en dommages-intérêts contre l'employé et contre la compagnie dont il est le commettant. Devant quel tribunal la demande doit-elle être portée? L'ouvrier poursuit l'employé devant le tribunal de son domicile; la compagnie

(1) Cassation. 18 août 1818 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 47, 1°).

(2) Grenoble, 8 avril 1870 (Daloz, 1870, 2, 226).



prétend qu'ayant fait des offres, elle était devenue débitrice principale et que le procès devait être porté devant le tribunal de son domicile. Arrêt qui rejette cette prétention. Recours en cassation. La cour décide que les offres faites par les commettants n'ayant pas été acceptées, l'employé était resté le débiteur principal; que, par suite, l'action avait été valablement intentée devant le juge de son domicile (1).

Le principe que la pollicitation n'est pas obligatoire reçoit son application à toutes les matières, cela va sans dire, car le droit commun oblige tout le monde, les communes et l'Etat aussi bien que les particuliers. Un propriétaire est lésé par des travaux d'utilité publique faits par une commune; il déclare accepter l'indemnité proposée par les experts; la commune refuse. Nouvelle expertise qui évalue le dommage à 44,000 francs, tandis que la partie lésée s'était contentée d'abord d'une indemnité de 23,000 francs. La commune invoque alors l'offre primitive. Mais le conseil d'Etat donna gain de cause au propriétaire: ses offres ayant été refusées, il n'en était résulté aucun lien d'obligation; il rentrerait, par conséquent, dans la plénitude de ses droits (2).

En matière de droit fiscal, il est aussi de principe que les offres non acceptées ne produisant ni contrat ni obligation; il n'y a pas lieu de percevoir les droits qui ne sont dus que pour une convention définitive (3).

**471.** Pour que le concours de volontés forme un contrat, il faut que l'acceptation et l'offre soient identiques, c'est-à-dire qu'elles correspondent en tous points. Cela résulte de la notion même du consentement. Peut-on dire que deux personnes veulent la même chose quand l'un veut vendre le fonds A et que l'autre veut acheter le fonds B? quand l'un veut vendre pour 20,000 francs ce que l'autre n'entend payer que 15,000? quand l'un veut prêter et que l'autre veut acheter? Dans tous les cas, il y

(1) Rejet, 19 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 221).

(2) Décret du conseil d'Etat, du 13 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 3, 39).

(3) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 16 juin 1843 (*Pasicriste*, 1843, 1, 271), et Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 166.

a des offres non acceptées, donc il ne naît pas d'obligation. On a cependant proposé des hypothèses dans lesquelles, malgré la différence qui sépare les parties, il y a ou il peut y avoir concours de volontés. J'offre de vous prêter vingt, vous acceptez dix: y aura-t-il prêt pour dix? Question controversée; Paul et Ulpien disent oui, Gajus dit non; Justinien se range de ce dernier avis; les auteurs modernes se partagent (1). Encore une de ces questions que l'on agite à l'école en pure perte, car c'est une question d'intention; et comment décider *à priori* quelle sera, dans les diverses circonstances, la volonté des parties intéressées? Abandonnons au juge le soin de décider les questions de fait, il le fera mieux que le plus subtil des théoriciens.

N° 2. DE L'ACCEPTATION.

**472.** D'ordinaire l'offre et l'acceptation se font entre personnes présentes, et l'une suit immédiatement l'autre; le contrat se forme au moment même. Mais il se peut aussi que l'une des parties fasse une offre, que l'autre partie se réserve d'accepter ou de refuser; dans ce cas, l'acceptation se fait après un délai plus ou moins long. Lorsque les deux personnes intéressées ne sont pas présentes, l'offre se fait par correspondance; dans ce cas, il y a nécessairement un délai entre l'acceptation et l'offre. Naît alors la question de savoir à quelle époque l'acceptation peut ou doit se faire, sous quelles conditions elle sera valable. La question présente des difficultés, et la prodigieuse rapidité des correspondances télégraphiques les a encore augmentées; les distances sont presque supprimées, on se parle, on se répond par télégramme avec la rapidité de l'éclair; les changements intervenus dans les voies par lesquelles on correspond ont aussi amené des changements dans les principes de droit qui régissent l'offre et l'acceptation.

(1) Larombière, t. 1, p. 9. art. 1101, n° 10. Toullier, t. III, 2, p. 17, n°s 27 et 28.