

de résilier les contrats, mais le tirage au sort leur ayant été favorable et tout risque ayant cessé, ils auraient voulu accepter la résiliation. On ne conçoit pas qu'une pareille prétention ait été portée jusque devant la cour suprême; les parties peuvent-elles changer de volonté au gré de leurs intérêts et demander tantôt le maintien de leurs conventions, tantôt leur résiliation? Il en est de la révocation des conventions comme de leur formation: elle exige un concours de volontés; si l'une des parties fait une offre de résiliation et que l'autre refuse, l'offre tombe et le contrat est maintenu (1).

**186.** L'article 1134 ajoute que les conventions peuvent être révoquées pour les causes que la loi autorise. Tel est le pacte de rachat en matière de vente. La différence est grande entre cette résolution et la révocation que les parties font de leurs conventions par un consentement postérieur au contrat. Quand la révocation se fait en vertu d'une condition résolutoire, le contrat est anéanti comme s'il n'avait jamais existé. Si le contrat est translatif de propriété, la translation qui s'est opérée est révoquée rétroactivement, et, par suite, tous les droits concédés aux tiers tombent. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs de la propriété révocable (2).

#### SECTION II. Des obligations de donner et de faire.

##### § 1<sup>er</sup>. Définition.

**187.** La définition que l'article 1101 donne des contrats implique qu'il y a deux espèces d'obligations, celles qui consistent à donner et celles qui consistent à faire ou à ne pas faire quelque chose. L'article 1126 répète que tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. Quand il est question de l'effet des obligations, le code distingue l'obligation de donner, dont il traite dans

(1) Cassation, 7 juillet 1858 (Dalloz, 1858, 1, 330).

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 140, n° 105.

la section II (art. 1136-1141), et l'obligation de faire ou de ne pas faire, dont il est traité dans la section III (art. 1142-1145). L'effet diffère, selon que l'obligation a pour objet une chose ou un fait; il importe donc de distinguer l'obligation de donner et l'obligation de faire. Chose singulière, les auteurs ne s'entendent pas sur la définition de ces deux espèces d'obligations. Ne serait-ce pas, en définitive, une dispute de mots?

Le mot *donner* a une acception technique, traditionnelle, il signifie transférer la propriété. Il a aussi une signification plus large. Quand l'article 1126 oppose l'obligation de *donner* à l'obligation de *faire*, il n'entend certes pas que la propriété de l'action qui fait l'objet de l'obligation de donner doive être transférée au créancier; dans cette acception générale, le bailleur s'oblige à donner parce que son obligation porte sur une chose, bien qu'il ne s'agisse pas d'en transmettre la propriété au preneur. Dans l'article 1136, au contraire, la loi semble entendre l'obligation de *donner* dans le sens strict et traditionnel d'un transport de propriété. En effet, l'article 1136 dit que l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose, et l'article 1138 porte que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes et qu'elle rend le créancier propriétaire dès l'instant où elle a dû être livrée. En combinant l'article 1138 avec l'article 1136, il faudrait dire que l'article 1136 entend par obligation de *donner* celle qui a pour objet la translation de la propriété. Mais le texte même de l'article 1136 résiste à cette interprétation restrictive. Il ne s'occupe de l'obligation de donner que pour dire qu'elle emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison. Est-ce que par hasard le bailleur n'est pas obligé de livrer et de conserver la chose qui fait l'objet du bail? Les termes généraux de la loi embrassent toute obligation qui emporte celle de livrer et de conserver, sans distinguer si le contrat a pour objet la translation de la propriété, ou le simple usage, ou la possession de la chose; dans tous les cas, il y a obligation de donner, comme le dit l'article 1127. Quant à l'article 1138,

il est si singulièrement rédigé qu'il est difficile d'en tirer une définition de l'obligation de donner. Si on veut l'invoquer, il faut le prendre tel qu'il est, c'est-à-dire en borner l'application aux contrats qui transfèrent la propriété par le seul effet du consentement. Il résulterait de là cette conséquence étrange que la vente ayant pour objet une chose indéterminée ne produirait pas une obligation de donner, car la propriété n'est pas transférée par le contrat.

Nous concluons que l'obligation de donner est celle qui a pour objet une chose; cette chose doit être livrée au créancier, peu importe dans quel but, que ce soit pour lui en transférer la propriété, ou pour lui en donner l'usage ou la possession. Est-ce à dire que, dans ces divers cas, l'obligation de donner soit la même et qu'elle produise des effets identiques? Non certes. L'obligation du vendeur n'est pas celle du bailleur, quoiqu'elles aient l'une et l'autre pour objet une chose que le débiteur s'oblige à livrer. Il y a plus : l'obligation du vendeur même diffère selon que la vente a pour objet une chose déterminée ou une chose indéterminée. Dans le premier cas, l'acheteur devient propriétaire et il supporte le risque à partir de la perfection du contrat; dans le second, la propriété n'est pas transférée et les risques sont pour le débiteur (1).

**188.** Quant à l'obligation de faire, elle suppose que la chose doit seulement être faite, car c'est un fait qui en est l'objet. Toutes les dispositions du code impliquent cette idée. L'article 1126 dit que l'objet du contrat peut être une chose à donner ou une chose à faire. L'article 1142 suppose que le débiteur doit intervenir personnellement dans une obligation de faire en faisant quelque chose; c'est pour ce motif qu'il décide que s'il ne veut pas faire ce qu'il s'est obligé de faire, on ne peut pas l'y forcer. Quand l'article 1110 dit que l'erreur vicie le consentement lorsque la considération de la personne est la

(1) Voyez, en sens divers, Demante, t. V, p. 67, n° 52; Demolombe t. XXIV, p. 504, n° 507; Aubry et Rau, t. IV, p. 38 et note 3, § 299. Marcadé, t. IV, p. 390, n° 1 de l'article 1136. Colmet de Santerre sur Demante, t. V, p. 67, n° 52 bis I.

cause principale de la convention, il entend qu'il s'agit d'une obligation de faire contractée à raison du talent du débiteur. C'est dans le même sens que l'article 1237 dit que l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt à ce qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même.

**189.** Ce qui a produit quelque confusion dans cette matière si élémentaire, c'est que l'on suppose que chaque contrat produit soit une obligation de donner, soit une obligation de faire. Partant de là, on a dit : le vendeur est obligé de donner, le bailleur s'oblige à faire jouir, donc son obligation est de faire (1). Cela n'est pas exact, le texte même du code le prouve. L'obligation du vendeur n'est pas une obligation unique; l'article 1603 porte qu'il a deux obligations principales : celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend; l'obligation de délivrer est une obligation de donner et l'obligation de garantir est une obligation de faire, car elle a pour objet de défendre l'acheteur contre l'éviction. Ainsi le contrat de vente engendre deux obligations, l'une de donner et l'autre de faire. Il ne faut donc pas dire : le vendeur s'oblige à donner; il faut dire qu'il est tenu tout ensemble de donner et de faire. Quant au bailleur, son obligation consiste-t-elle seulement à faire, parce qu'il doit faire jouir le preneur? L'article 1719 place au premier rang de ses obligations celle de délivrer au preneur la chose louée; voilà une obligation qui a pour objet une chose, donc c'est une obligation de donner dans le sens large du mot. Il résulte de là que le débiteur peut être tenu, en vertu d'un seul et même contrat, d'obligations de nature différente, soit de donner, soit de faire; pour déterminer les effets de ces obligations, il faut les considérer quant à leur nature, en tenant compte de la diversité des contrats et même, comme nous venons de le dire, de la diversité des choses qui font l'objet du contrat.

**190.** La jurisprudence ne se préoccupe pas de définitions; elle décide, dans chaque cas qui se présente, s'il y

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 38 et note 3, § 299.

a obligation de donner ou de faire. Un bail stipule que le locataire doit justifier, dans un certain délai, de l'acquit des contributions personnelles dites de portes et fenêtres. Est-ce une obligation de somme d'argent, c'est-à-dire une obligation de donner? Dans ce cas, les dommages-intérêts consisteront dans l'intérêt légal. Est-ce une obligation de faire? Dans ce cas, le juge peut et doit apprécier l'étendue du dommage. La cour de cassation a décidé qu'il s'agissait d'une obligation de faire; en effet, le preneur n'était pas tenu de donner au bailleur le montant des contributions, il était tenu de justifier qu'il les avait acquittées; dès lors l'article 1142 était applicable (1).

**191.** La loi définit le mandat un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de *faire* quelque chose pour le mandant et en son nom. Est-ce à dire que l'obligation du mandataire soit toujours de faire? On l'a soutenu, et l'on en a conclu que le mandant n'avait jamais, en cas d'inexécution, qu'une action en dommages-intérêts. La cour de Bruxelles a jugé en sens contraire dans une espèce où le mandataire avait reçu un vase au nom du mandant, avec obligation de le restituer s'il venait à être décidé qu'il n'aurait pas dû être remis à son mandant. C'est une obligation de donner, dit avec raison la cour; il s'ensuit que le débiteur peut être tenu de délivrer la chose et que le juge peut l'y contraindre par les voies de droit (2).

**192.** Un testateur impose, comme condition d'un legs fait aux hospices, la charge de recevoir à perpétuité douze pauvres enfants, orphelins, nés dans telle commune, jusqu'à l'âge de vingt ans, de les nourrir, entretenir, employer à connaître et servir Dieu et les mettre en état d'aller en apprentissage. Est-ce une obligation de donner des aliments ou est-ce une obligation de faire? Les conditions imposées aux hospices, dit la cour de cassation, se résument en obligations *actives* consistant à faire, puisqu'elles supposent nécessairement la prestation de soins, de services habituels et continus, exigés de la vo-

(1) Rejet, 6 juillet 1857 (Daloz, 1857, 1, 388).

(2) Bruxelles, 4 mars 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 82).

lonté des administrateurs des hospices. Il a été jugé que cette obligation, ne pouvant plus être remplie directement par les hospices, devait l'être, à ses frais, par la commune chargée de désigner les bénéficiaires (1).

**193.** Un éditeur achète de l'acquéreur des Œuvres de Chateaubriand le droit de publier une édition en dix volumes des œuvres choisies de cet auteur. Il passe avec un libraire un traité par lequel il s'engage à lui livrer 2,000 exemplaires de son édition à un prix fixe et, de plus, à lui fournir, pendant trois ans à partir de la première livraison, autant d'exemplaires qu'il en demandera, au prix de 30 francs par exemplaire. Il y eut des retards ou des refus de livraison. Était-ce manquer à une obligation de faire ou à une obligation de donner? Il a été jugé que l'obligation contractée par l'éditeur constituait une obligation de donner; par suite, outre les dommages-intérêts, il fut condamné à continuer l'exécution du traité pendant deux ans, espace de temps proportionnel à celui pendant lequel il y avait eu inexécution (2).

## § II. Effets de l'obligation de donner et de faire.

### NO I. DE LA DÉLIVRANCE.

#### I. De l'obligation de donner.

**194.** Aux termes de l'article 1136, l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose qui en fait l'objet. Or, l'obligation étant garantie par l'exécution forcée, il en résulte que celui qui s'est obligé à donner une chose peut y être contraint, au besoin, par la force publique que les lois mettent à la disposition de la justice. C'était jadis une question très-controversée que celle de savoir si le vendeur d'un corps certain était tenu de le livrer et s'il pouvait y être contraint, ou si, sur son refus, l'acheteur devait se contenter de dommages-intérêts (3). La

(1) Rejet, chambre civile, 19 mai 1855 (Daloz, 1855, 1, 297).

(2) Rejet, 21 mai 1855 (Daloz, 1855, 1, 411).

(3) Voyez les nombreux auteurs cités pour et contre, par Vinnius, Institutes (*De emptione et venditione, princ.*).