

79

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DES PROMESSES DE CONTRATS.

DISSERTATION

POUR

LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

CONFORMÉMENT A L'ART. 1^{er} DE L'ARRÊTÉ DU 5 DÉCEMBRE 1850.

Par M. Eugène GAUZY

LICENCIÉ EN DROIT, SURNUMÉRAIRE DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES.

TOULOUSE
IMPRIMERIE DE BONNAL ET GIBRAC

RUE SAINT-ROME, 46.

—
1853.



MEIS.

DES PROMESSES DE CONTRATS.

CHAPITRE I^{er}.

Généralités.

La convention qui a pour objet la promesse de contracter, reçoit de la volonté des parties une triple signification.

Elles peuvent : 1^o subordonner la perfection du contrat à la rédaction d'un acte écrit sous seing-privé ou devant notaire ; 2^o s'obliger à passer acte d'une convention déjà parfaite ; 3^o s'engager à former le contrat lui-même.

Dans le premier cas, les parties sont libres de refuser l'exécution de la convention jusqu'à ce que l'acte qui doit la rendre efficace ait été consenti ; le lien juridique n'existera qu'à partir de cette dernière époque ; la convention n'aura auparavant constitué qu'un simple projet (1).

Dans le second cas, la perfection du contrat est indépendante de l'acte promis ; il revêt un caractère d'actualité qui empêche la suspension de ses effets ; la formation de l'acte qui doit en constater l'existence est seule rejetée dans l'avenir, et les parties seront obligées de la consentir (2).

En troisième lieu, la convention oblige les contractants, mais leur obligation a pour objet la formation du contrat qu'ils ont en vue, et dont l'existence même est ainsi reportée dans l'avenir.

(1) Pothier, *Oblig.*, n^o 11, *Institutes de Just.*, liv III, tit. XXIII Pr.

(2) Pothier, n^o 11.

A Rome, le pacte de *incundo contractu* était obligatoire, lorsqu'il était confirmé par une stipulation, conformément au principe général de la loi 27, liv. 2, tit. 3, au code de *pactis* (1).

La convention était, au contraire, sans force juridique, lorsque les parties en avaient soumis la perfection à la solennité d'un écrit; elles pouvaient se rétracter impunément, tant que l'écrit n'était pas parfait (2); et néanmoins dans le dernier état du droit, si des arrhes avaient été données à propos d'une vente projetée, celle qui se rétractait perdait les arrhes ou les restituait au double.

Enfin, comme l'a observé Mornac (3), elles pouvaient également considérer l'écrit qu'elles s'obligeaient à rédiger comme la preuve d'un contrat déjà parfait.

Dans l'ancien droit français on ne distingua d'abord que deux espèces de promesses de contracter; celle qui laissait le contrat imparfait conserva son individualité; les deux autres furent confondues sous la dénomination générale de promesses de contracter.

Leur validité ne fut pas contestée, mais la détermination de leurs effets donna lieu à de nombreuses controverses; d'après les uns, elles valaient le contrat promis, en ce sens que le promettant pouvait être actionné directement *rectâ viâ* à l'exécuter; suivant d'autres docteurs, la formation de ce contrat constituant un fait, le refus d'y consentir devait se résoudre en dommages-intérêts (4).

Dumoulin sépara le cas où les parties, malgré le caractère futur des expressions dont elles s'étaient servies, avaient eu l'intention réelle de créer actuellement le contrat et n'avaient

(1) Mühlenbruch, *doctrina pandectarum*, § 331, n° 7.

(2) *De fide instrumentorum*, Cod. livre IV, titre 21, loi 17 et non 16, comme Mornac l'indique à tort, *institut. de Just.*, liv. III, tit. XXIII Proœm.

(3) *Loco citato*.

(4) Tiraqueau, *de retractu ad finem*, n° 41 et suiv.

rejeté dans l'avenir que la rédaction de l'écrit destiné à en former la preuve, de celui où elles avaient voulu y reporter son existence elle-même. Il appela la promesse dans le premier cas *de praesenti*; dans le second, *in futurum*, et il assimila la première au contrat, tandis que la seconde ne devait donner lieu qu'à des dommages-intérêts (1).

Cette distinction, généralement adoptée par la doctrine (2), rencontra des contradicteurs, notamment Bretonnier, annotateur de Henrys; il soutint que les promesses *de praesenti* aussi bien que les promesses *in futurum*, ne forçaient pas leur auteur à passer le contrat, et que son refus devait se traduire en dommages-intérêts. Denizart, qui avait accepté la maxime que la promesse valait le contrat, enseigna également, par une contradiction manifeste, que le refus de l'exécuter ne donnait naissance qu'à des dommages-intérêts (3).

D'un autre côté, on prétendit que la promesse *in futurum* ne devait pas seulement donner lieu à des dommages-intérêts, qu'elle devait forcer le promettant à passer le contrat; Ferrières le décida ainsi à propos des promesses de vente synallagmatiques (4); Pothier, à l'égard des promesses de vente unilatérales (5), et avant eux Boiceau et Danty, son annotateur, avaient appelé sans distinction la promesse de vente, une vente. Mais cette assimilation n'avait eu pour objet que de déclarer le promettant obligé de vendre et non pas seulement de payer des dommages-intérêts, puisque Danty avouait que la promesse requérait, pour sa perfection, un autre contrat (6).

Ainsi, la discussion qui avait primitivement pour objet les promesses de contracter en général, s'était peu à peu restreinte

(1) *Censives*, § 78, glose 1, nos 78, 79, 81, 82. — Conseil 30, n° 7, t. 2, page 897.

(2) Henrys, t. 2, liv. 4, ch. 6, quest. 40.

(3) V° *promesse de vendre* (collection de 1771).

(4) *Dictionnaire de droit*, v° promesse de vendre et de bail.

(5) *Vente*, 6° partie, § 3.

(6) *Traité des preuves*, page 737, n° 6.

à la détermination des effets de la promesse de vente. Elle fournit à peu près seule la matière des nombreux procès qui agitèrent les parlements, car on ne trouve qu'une seule décision judiciaire relative à la promesse *in præsentî* d'un renouvellement de bail (1).

La jurisprudence jugeait, d'ailleurs, que les promesses, soit *de præsentî*, soit *in futurum*, obligeaient les promettants à passer le contrat et que leur refus pouvait être suppléé par un jugement (2); un seul arrêt du parlement de Provence avait déclaré que la promesse de vente n'était pas même obligatoire (3).

Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas déterminé les effets des promesses de contracter en général; ils ont résolu la question dans les limites tracées par la doctrine et la jurisprudence, et adopté l'opinion qui accordait, dans les derniers temps, les effets les plus larges à la promesse, en déclarant, dans l'art. 1589, que la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix.

On a attribué à cet article un double caractère d'innovation et d'exclusion.

En premier lieu, l'assimilation de la vente et de la promesse serait désormais complète, l'une et l'autre seraient translatives de propriété et mettraient les risques à la charge de celui qui a promis d'acheter; le texte précis de l'art. 1589, les paroles de MM. Portalis et Grenier, en fourniraient une preuve irréfragable (4).

Mais l'examen de ces paroles et des citations qui les suivent donne la conviction que la pensée de la loi a été purement conservatrice; le doute disparaîtrait d'ailleurs en présence de cette déclaration émanée d'un autre législateur, M. de Ma-

(1) Ferrières, loc. cit.

(2) Bretonnier sur Henrys, loc. cit.

(3) 12 mai 1661. — Brillon, tome 5, p. 590.

(4) Duvergier, t. 1, 124 et suiv. — Duranton, t. 13, p. 76.

leville : « l'art. 1589 termine une grande discussion des doc-
» teurs, les uns tenant que la promesse de vente vaut vente
» et oblige à passer contrat, les autres qu'elle se résout en
» dommages-intérêts. » (1)

On ne peut pas attribuer au texte de l'art. 1589 une portée plus grande que celle de la maxime formulée par les anciens jurisconsultes en termes identiques. Dumoulin, Henrys, Danty, Ferrières, Denizart avaient dit avant, et comme les rédacteurs du Code Napoléon, que la promesse de vente valait vente, lorsqu'il y avait consentement sur la chose et sur le prix, mais les effets de cette assimilation avaient été restreints à la promesse *de presenti*, et la jurisprudence et la doctrine ne l'étendirent plus tard aux promesses *in futurum* que pour forcer les parties à passer le contrat, car les risques comme la propriété de la chose ne passaient point à celui qui avait promis d'acheter, jusqu'à ce que la promesse eût été exécutée (2). Cependant l'assimilation absolue de la promesse à la vente eût été plus facile dans l'ancien droit, parce que, si l'on excepte le transfert des risques, la vente n'y produisait que des obligations, tandis qu'elle crée aujourd'hui le transfert de la propriété. Cette assimilation ne serait pas d'ailleurs justifiée par cette considération que, dans l'ancien droit, le consentement n'était pas translatif, puisque la vente y était indépendante de la tradition (3), et que la promesse ne lui était pas néanmoins complètement assimilée.

En second lieu, même dans le système de ceux qui repoussent l'assimilation de la vente à la promesse (4) *in futurum*, l'art. 1589 s'appliquerait exclusivement aux promesses de vente; seules elles forceraient le promettant à passer contrat, le refus de réaliser les autres promesses se résoudrait en dommages-intérêts. Ces principes auraient leur cause dans

(1) T. 3, p. 359.

(2) Bretonnier, loc. cit. — Denizart, loc. cit.

(3) Dumoulin, *Censiv.*, tit. 2, § 78, n° 90.

(4) Championniere et Rigaud, n° 3033.

le silence du législateur ; mais on ne doit l'attribuer qu'à l'état de la jurisprudence et de la doctrine dans l'ancien droit où les importants procès auxquels la promesse de vente avait donné lieu, avaient finalement jeté dans une sorte d'oubli les autres promesses de contracter. Si elles avaient donné lieu, dans la pratique, à de fréquentes difficultés, il est permis de supposer que le législateur leur aurait donné une solution pareille à celle de l'art. 1589, et bien loin d'accorder à cette disposition un sens exclusif, on devrait l'invoquer par suite de l'analogie qui existe entre les diverses promesses de contracter.

En effet, celui qui a promis de faire un contrat ne le fait pas encore, puisque, s'il le consentait aussitôt, il serait inutile qu'il promit de le consentir ; il s'est engagé à contracter les obligations qui découleront nécessairement du contrat promis ; mais il ne les contracte pas encore, il a entendu renvoyer leur existence dans l'avenir et on violerait la foi due aux conventions, si on supposait à son engagement une étendue qu'il n'a pas voulu lui accorder.

Il ne faudrait pas confondre la promesse de faire un contrat avec le contrat à terme. Ces deux conventions diffèrent essentiellement en ce que, dans la première, l'existence même du contrat est reportée dans l'avenir, tandis que, dans la seconde, le terme ne suspendant pas l'existence du contrat (art. 1585, C. Nap.), ses effets demeurent seuls suspendus. Pareillement, la promesse de contrat se distingue du contrat soumis à une condition, en ce que, dans le dernier cas, la volonté de faire le contrat est actuelle ; l'événement dont la réalisation doit faire produire au contrat ses effets appartient seul à l'avenir, tandis que, dans le premier cas, les parties y ont rejeté leur consentement même.

La promesse de contrat ne devra pas être assimilée au contrat ; le promettant ne pourra pas même être actionné directement *rectâ viâ*, sous le prétexte que la formation et l'exécution du contrat s'opéreront simultanément et que sa

formation préalable ne constituerait qu'un circuit inutile (1) ; les parties ont exigé la création préalable du contrat, leur volonté doit être respectée, et d'ailleurs ce prétendu circuit ne sera pas inutile, puisque la partie actionnée jouira nécessairement d'un délai pour exécuter le contrat qu'elle aura préalablement consenti (2).

Mais le promettant ne pourra pas refuser son consentement, et son refus ne donnera pas lieu seulement à des dommages-intérêts, conformément aux art. 1141 et suiv. du C. Napoléon ; il sera suppléé par un jugement qui tiendra lieu de contrat. La maxime *nemo præcisè cogi potest ad factum* ne serait pas applicable, car d'après l'art. 1145, à défaut par le débiteur d'exécuter le fait promis, il peut être exécuté par le ministère d'un tiers ; dans le cas actuel le consentement promis sera donné par la justice à laquelle le débiteur a tacitement donné ce mandat, en aliénant son droit de ne pas consentir. De même que la condition qui suspend l'existence d'une obligation est considérée comme accomplie, lorsque le débiteur a empêché à tort son accomplissement (art. 1178, Code Napoléon) ; de même le contrat promis sera considéré comme existant, parce que son existence n'est suspendue que par le fait illicite du promettant.

Par suite, ce dernier devra avoir, au moment de la promesse, la capacité subjective, générale, de consentir le contrat ; mais la capacité objective, spéciale, c'est-à-dire considérée par rapport à la chose qui forme l'objet du contrat, ne sera nécessaire qu'à l'époque de la réalisation de la promesse.

Au contraire, sa capacité subjective ne sera pas nécessaire à cette dernière époque, l'incapacité de consentir le contrat sera alors suppléée, soit par la justice, soit par les représentants de l'incapable.

La forme de la promesse sera celle exigée pour la validité des contrats en général ; ainsi lorsque l'intérêt des parties

(1) Troplong, vente, n° 131. — Tiraqueau. loc. cit.

(2) Tiraqueau, id.

n'excèdera pas 150 fr. elle pourra n'être que verbale ; au-delà de ce chiffre elle devra être constatée par écrit ; un seul original suffira si elle constitue un contrat unilatéral ; autant d'originaux que de parties ayant un intérêt distinct, seront nécessaires si elle crée des créanciers et des débiteurs respectifs. Mais l'observation de ces règles générales suffira, si la loi n'a pas exigé, pour la validité du contrat promis, des formalités spéciales et en dehors du droit commun.

Dans le cas contraire il faut distinguer :

1^o Si ces formalités n'ont eu pour but que de sauvegarder l'intérêt des tiers en rendant publique l'existence du contrat, leur inobservation ne nuira pas à la validité de la promesse, parce que le contrat ne devra exister et produire des effets de nature à préjudicier aux tiers qu'à partir de sa réalisation ;

2^o Si elles n'ont été destinées qu'à protéger la liberté des parties, il suffira qu'elles soient observées dans la rédaction de la promesse.

3^o Si l'intention du législateur a été de sauvegarder l'intérêt des tiers et la liberté des contractants, les formalités imposées dans ce but devront être remplies aux deux époques de la création et de la réalisation de la promesse.

Dans tous les cas, la volonté du promettant sera d'ailleurs impuissante à empêcher l'existence du contrat, en refusant son concours à l'observation des formalités destinées à avertir les tiers. La publicité qui en serait résultée eût été certainement bien inférieure à celle qui aura sa cause dans la solennité des débats judiciaires et de la sentence qui tiendra lieu de contrat. Les vœux du législateur seront ainsi accomplis.

Je dois examiner maintenant quelques promesses de contrats, pour leur faire l'application des principes qui précèdent, ou déterminer les motifs qui s'y opposent ; mais cet examen ne s'étendra pas à toutes les promesses, il dépasserait les limites ordinaires de ce travail.

CHAPITRE II.

SPÉCIALITÉS.

SECTION 1^{re}.

Des promesses de former des contrats qui ne créent que des obligations.

§ 1. — *De la promesse de cautionnement.*

Celui qui a promis de cautionner la dette d'un tiers pourra être forcé de consentir le cautionnement, mais jusqu'à ce qu'il l'ait consenti, le paiement de la dette ne pourra pas lui être demandé, car il n'est pas encore caution. Aussi sera-t-il moins rigoureusement traité que la caution. S'il avait promis de cautionner un prêt futur, et que, dans l'intervalle écoulé entre la promesse et le prêt, l'emprunteur fût devenu insolvable, le créancier qui aurait connu cette dernière circonstance, n'aurait aucun recours contre lui s'il avait négligé de lui en donner avis ; il en serait de même si le créancier accordait une prorogation de délai au débiteur qui deviendrait postérieurement insolvable, car l'art. 2039 Code Nap., n'est pas applicable à celui qui a promis de cautionner (1).

§ 2. — *De la promesse de société.*

La promesse de société imposera à son auteur l'obligation de la former ; s'il refuse frauduleusement son consentement, un jugement déclarera l'existence de la société, et il sera soumis à tous les devoirs de l'associé. Le caractère du contrat de société ne s'oppose pas à cette solution, puisque la loi elle-même oblige l'associé à continuer la société malgré lui (art. 1871). Par suite de cette analogie, celui qui refusera injuste-

(1) Troplong, caut., n° 42 ; Dalloz, répert. nouveau, v° caut., n° 36.

ment d'entrer en société, libérera ses futurs associés sans être libéré envers eux, et ils pourront à leur choix le faire déclarer associé par la justice ou solliciter contre lui une condamnation à des dommages-intérêts, *malitiis non est indulgendum*.

Néanmoins, sa position sera plus favorable que celle de l'associé ordinaire, et son refus pourra être jugé légitime, alors même que ses motifs ne suffiraient pas pour permettre la demande de la dissolution de la société, pourvu que les choses soient encore entières; et même, si le refus d'entrer en société n'était pas complètement excusable, la bonne foi de son auteur ne le rendrait passible que de dommages-intérêts à cause du caractère fraternel du contrat de société.

La promesse devra, d'ailleurs, indiquer les conditions d'existence de la future société, notamment sa durée et la quotité des apports; dans le cas contraire, elle ne constituerait qu'un simple projet dont les parties pourraient se départir à leur gré.

Mais les formalités imposées par la loi commerciale aux sociétés en commandite, en nom collectif et anonymes (art. 42 et suiv. du Code de Comm.) ne seraient pas applicables aux promesses de les contracter, parce que leur but unique est d'avertir les tiers de l'existence de la société.

Pareillement, l'art. 1834 du Code Nap., relatif à la constatation de la société par écrit, ne serait pas applicable à la promesse qui ne serait soumise qu'aux règles des art. 1341 et suiv. du même Code (1).

Par suite, si les parties avaient stipulé un dédit, la preuve testimoniale serait ou non admissible, suivant que le montant du dédit égalerait la somme de 150 fr. ou lui serait inférieur, car il constituerait la mesure de l'intérêt des parties à la réalisation de leur promesse.

(1) Conf., cours de droit commercial, par M. Molinier; 1, 244.

SECTION 2.

Des promesses de contrats translatifs de droits réels.

§ 1. — *Des promesses de contrats dont la formation n'exige pas la tradition d'une chose.*

N° 1. — Des promesses de vente.

1° Promesses unilatérales de vendre et d'acheter.

A. *Promesse de vendre.*—1° L'obligation de vendre acceptée constitue la promesse unilatérale de vendre, lorsque l'acceptant n'est pas obligé d'acheter.

Elle diffère de l'offre de vendre en ce que son acceptation crée un contrat unilatéral, tandis que celle de l'offre donne naissance à un contrat synallagmatique, mais l'une et l'autre peuvent être rétractées tant qu'elles n'ont pas été acceptées.

La fixation d'un délai enlève ce droit de rétractation à l'auteur de l'offre ou de la promesse, à partir du moment où elles ont été connues de celui auquel elles ont été faites ; jusqu'à l'expiration du délai, il a entendu être seul obligé ; il a dû supposer l'acceptation tacite de l'engagement unilatéral qu'il contractait et dispenser son créancier provisoire de la manifester.

Cette détermination par l'auteur de la promesse, a aussi pour but de forcer celui auquel elle est faite de fournir, pendant le délai, son obligation d'acheter.

La promesse de vendre diffère de la simple déclaration que fait une personne, de la disposition en laquelle elle est de vendre ; la première est obligatoire ; la seconde ne l'est pas, parce que telle est la volonté du déclarant (1).

2° La promesse de vendre constitue, dès son origine, une obli-

(1) Pothier, *vente*, part. 1, sect. 2, art. 3, § 1.

gation unilatérale pure et simple ; sa réalisation est seule incertaine, comme celle de toutes les obligations unilatérales, parce qu'elle dépend de la volonté du créancier.

Dans l'ancien droit, sa validité ne fut contestée que par Fonmaur (1) ; sous l'empire du Code Nap., Merlin a pensé, et les cours de cassation et d'Angers ont décidé, que la promesse unilatérale de vendre acceptée, ne constituait qu'une sollicitation, par ce motif que l'art. 1589 n'a permis que les promesses synallagmatiques (2).

Mais cette validité paraît peu contestable, si on considère que l'art. 1589 n'a eu pour but que de déterminer les effets de la promesse synallagmatique, et non de proscrire la promesse unilatérale à laquelle les parties n'ont pas voulu, d'ailleurs, prêter les effets de la première.

3° Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé, même verbalement, conformément aux principes de l'art. 1341, et l'observation de l'art. 1325 ne sera pas nécessaire, puisqu'il ne s'applique qu'aux contrats synallagmatiques.

Pareillement il ne sera pas indispensable qu'elle contienne les bases de la détermination du prix ; les art. 1591 et 1592 ne seront pas applicables, parce que dans les deux cas la fixation du prix n'a pas pour but de créer actuellement la vente (3).

Il en serait surtout ainsi si la chose dont la vente a été promise était une de celles qui ont un prix commun, indépendant de la volonté des parties et auxquelles elles ne peuvent attacher un prix d'affection, alors même qu'elles n'auraient pas déterminé l'époque à laquelle sa valeur devrait être fixée.

4° Le promettant devra seul être capable de s'obliger ; la capacité générale d'aliéner sera nécessaire, mais la capacité

(1) N° 202.

(2) Cass., 9 août 1848 ; Angers, 27 août 1849.

(3) *Contrà* Duvergier, n° 128 ; Troplong, 118 ; Durantou, t. 16, p. 84.

objective ne le sera pas ; ainsi il pourra promettre la vente de la chose d'autrui (1).

5° Si les parties ont fixé un délai, l'échéance du terme libérera le promettant ; l'art. 1139 ne sera pas applicable parce que l'échéance a pour résultat, dans l'espèce, de constituer en demeure un créancier et que les parties ont considéré l'expiration du délai comme une cause d'extinction de l'obligation.

Si aucun délai n'a été fixé, le débiteur devra, par une sommation, mettre son créancier en demeure de s'obliger à acheter ; mais un jugement pourra seul résoudre la promesse (argument à *fortiori* de l'art. 1184), et les juges pourront valider l'obligation d'acheter contractée par le créancier postérieurement à sa mise en demeure, ou même lui accorder de nouveaux délais.

Le long silence du créancier pourra le faire considérer comme ayant tacitement renoncé à sa créance. Les règles de la prescription ne s'y opposent pas, parce que la renonciation peut être tacite ; la loi elle-même la présume quelquefois (art. 1463).

6° La perte totale de la chose sera supportée par le promettant, parce qu'il est seul obligé. S'il y a eu perte partielle ou simple amélioration, il faut distinguer, suivant que le prix a été ou n'a pas été primitivement fixé.

Dans le premier cas, le créancier ne pourra pas exiger une réduction du prix proportionnelle à la perte éprouvée, parce que le promettant a entendu vendre moyennant un prix déterminé ; il jouit d'ailleurs de la faculté de ne pas acheter (2).

Il en sera de même si les parties ont convenu que le prix serait fixé d'après la valeur de la chose à l'époque de la convention.

De son côté, le promettant ne pourra pas exiger une augmentation du prix proportionnelle à la valeur des améliora-

(1) Paris, 25 août 1845.

(2) Pothier, n° 483.

tions, parce que, dans le premier cas, il a donné à son créancier le droit d'acheter moyennant un prix invariable, et dans le dernier, parce que l'amélioration n'existait pas à l'époque de la convention.

Si le prix de la chose doit être déterminé d'après sa valeur à l'époque de la réalisation de la promesse, ce qui aura lieu lorsqu'il n'y aura pas eu de convention à cet égard, les dégradations et les améliorations augmentant ou diminuant la valeur de la chose, profiteront ou nuiront au promettant.

Mais si les dégradations lui sont imputables, il devra des dommages-intérêts.

Les améliorations provenant de son fait devront être nécessaires ou utiles. Il faut que les dernières n'aient pas dépassé sa gestion habituelle et le créancier n'en devra compte qu'en raison de l'augmentation de valeur qu'elles auront procurée, parce qu'il ne doit que le prix de cette valeur.

La mise en demeure du débiteur aura pour effet de faire fixer la valeur de la chose à cette époque si elle a augmenté, parce que le débiteur ne doit pas profiter de sa mise en demeure; dans le cas contraire, on la calculera au moment de la réalisation de la vente, parce que la mise en demeure ne doit pas nuire au créancier.

Dans tous les cas, l'accrue profitera au promettant, mais le créancier en exigera la vente, car elle forme le complément de la chose principale.

7° Le promettant est tenu de vendre et il ne pourra pas invoquer la règle *nemo præcisè cogi potest ad factum*; son refus serait suppléé par un jugement, et il serait contraint à livrer la chose *manu militari*.

Lorsque le créancier s'obligera à acheter, la naissance de cette obligation rendra la promesse synallagmatique, et elle en produira dès cet instant tous les effets, mais ils ne rétroagiront pas au jour de la convention. Il n'y a eu à cette époque qu'une promesse de vendre pure et simple et non une promesse synallagmatique conditionnelle, puisque l'obligation de l'acheteur n'existait pas encore.

Si la promesse de vendre a été faite sous condition suspensive, son accomplissement aura un effet rétroactif au jour du contrat; la promesse sera considérée comme ayant été pure et simple dès l'origine, et le créancier pourra faire révoquer, conformément à l'art. 1167, les ventes faites en fraude de ses droits, dans l'intervalle de la promesse à l'accomplissement de la condition.

La possession, précédée d'une promesse de vente, fera présumer la vente, et, l'écriture n'étant pas exigée pour la solennité du second contrat, la promesse pourra, en outre, constituer un commencement de preuve par écrit de la vente consacrée par la possession.

Mais cette possession doit être postérieure à la promesse, car si le créancier possédait à titre précaire, la promesse ne suffirait pas pour opérer l'interversion du titre, et, s'il possédait comme propriétaire apparent, l'acceptation de la promesse de vendre vaudrait reconnaissance du droit de propriété du promettant.

La promesse de vendre, suivie de la possession, ne rendra pas vraisemblable le paiement du prix par l'acheteur, et la preuve testimoniale admissible (1), car la possession constitue le titre de son obligation.

B. Promesse d'acheter. — La promesse unilatérale d'acheter est soumise aux principes qui régissent la promesse unilatérale de vendre.

La surenchère, et non l'enchère qui n'est qu'un achat sous condition suspensive, peut être considérée comme une promesse d'acheter, subordonnée à la condition qu'il n'y aura pas d'enchérisseurs.

²⁰ Promesses synallagmatiques de vendre et d'acheter.

A. Promesse faite sans arrhes. — La promesse de vente synallagmatique est celle dans laquelle l'une des parties

(1) *Contrà* Toullier, t. 9, p. 140 (1823).

s'oblige à vendre et l'autre à acheter une chose moyennant un prix.

Les deux parties promettent ainsi de former le contrat de vente, mais il n'existera pas tant qu'elles ne l'aient pas consenti, et elles ont convenu de ne donner leur consentement que dans l'avenir.

L'art. 4589 serait invoqué en vain, car celui qui promet de vendre, c'est-à-dire de transférer la propriété d'une chose, s'oblige bien à opérer cette transmission, mais il n'entend pas l'opérer actuellement. Les termes de l'art. 4138 ne pourraient pas être opposés, sous le prétexte que celui qui s'oblige à vendre s'oblige à livrer, et que l'existence de cette obligation suffit pour opérer la transmission de la propriété. Celui qui promet de vendre ne contracte pas l'obligation de donner, qui contient celle de livrer (4136-4138), il s'engage à la contracter en consentant la vente qui seule lui donnera naissance dans l'avenir.

L'assimilation de la promesse et de la vente ne paraît pas complètement fondée, même dans le système de ceux qui considèrent la promesse comme contenant implicitement en germe l'obligation de livrer. Le législateur, en attribuant de pareils effets à cette obligation a dû supposer que telle était la volonté des parties, mais elles pourraient exprimer une volonté contraire, et elles la manifestent suffisamment en contractant sous la forme de la promesse de vente.

M. Duvergier qui soutient cette assimilation avoue que la fixation d'un délai par les parties empêchera que la propriété ne soit transférée avant cette époque; or, les parties n'ont-elles pas apposé à la vente un délai indéterminé, en promettant de vendre lorsqu'elles pouvaient vendre immédiatement? En ne le déterminant pas, elles se sont mises à la discrétion l'une de l'autre, mais si court qu'on le suppose, il s'écoulera toujours un intervalle entre la promesse et sa réalisation.

Ainsi la promesse de vendre ne sera pas translatrice de propriété; les risques resteront à la charge du futur vendeur,

et les ventes faites à des tiers de bonne foi seront valables. Mais elle fera courir le délai de deux ans, pendant lequel l'action en rescision pour cause de lésion, peut être intentée contre l'acquéreur, parce que rien ne s'oppose à ce qu'elle soit intentée avant que la vente ne soit consentie (1).

La formation du contrat promis sera nécessaire, alors même que les parties auraient fixé un délai avant lequel la vente ne devrait pas avoir lieu. L'échéance du terme permettra seulement à chacune d'elles de forcer l'autre à former le contrat; elles ont promis de donner alors leur consentement; mais elles ne l'ont pas donné pour cette époque. S'il en était autrement, elles auraient fait une vente à terme.

L'acte qui constatera la formation du second contrat pourra seul être transcrit, parce que seul il contient la vente. La promesse, au contraire, ne sera pas de nature à être transcrite, parce qu'elle n'est pas translatrice. La transcription a, en effet, pour but de mettre les créanciers hypothécaires du vendeur en demeure de faire inscrire leurs hypothèques, dans le délai de quinzaine, à partir du jour où elle a été faite; ne serait-il pas contradictoire que les créanciers qui auraient des droits réels antérieurs à la promesse, ne pussent plus les faire inscrire, tandis que ceux qui les acquerraient postérieurement à la promesse pourraient requérir leur inscription? Car le promettant ayant conservé la propriété de la chose pourrait consentir de nouveaux droits réels sur elle, l'aliéner; puisque la promesse ne lui a pas enlevé ce droit, sa transcription ne saurait avoir cet effet.

La mise en possession de celui qui a promis d'acheter fera d'ailleurs présumer l'exécution du contrat de la part de l'autre promettant, et le dépouillera de la propriété, alors même que les parties auraient promis de constater cette exécution par acte notarié, à moins qu'elles n'aient subordonné sa validité à la rédaction de cet acte (2).

(1) Troplong, vente, n° 131.

(2) Danty, p. 741, n° 6, *conf. ou cont. ?*

Mais l'exécution du contrat par le vendeur, ne fera pas présumer la libération de l'acquéreur; et ne rendra pas la preuve testimoniale admissible. Les motifs de décider doivent être les mêmes dans le cas où la promesse de vente est unilatérale, et celui où elle est accompagnée de la promesse d'acheter; la possession constitue toujours le titre de créance du vendeur.

La promesse durera trente ans; sa résolution pour cause d'inexécution devra être prononcée par le juge qui aura le droit d'accorder un délai au défendeur, à moins que les parties n'aient stipulé que la résolution aurait lieu de plein droit; mais, même dans ce dernier cas, le ministère du juge serait nécessaire (Argum. de l'art. 1656). Il n'en serait autrement que si les parties y avaient expressément renoncé.

La promesse de vente sera régie par les règles relatives aux contrats synallagmatiques, à moins qu'elle n'ait été formée par correspondance (1) et pourvu que le consentement ne résulte pas de lettres que l'une des parties pourrait supprimer entièrement (2).

Les parties devront être capables d'aliéner et d'acquérir; ainsi la promesse de vendre faite par un tuteur n'obligerait pas le mineur, quand même les art. 457 et 458 auraient été observés, parce que sa réalisation constituerait la violation de l'art. 459, qui exige la publicité de la vente et la concurrence des enchérisseurs.

Mais, si une personne majeure décédait après avoir contracté une promesse de vente et laissait ses biens à un mineur, la promesse devrait être exécutée et l'observation des formalités exigées pour la vente des biens des mineurs serait inutile, puisque la vente sera forcée et qu'elle devra être faite non au plus offrant et dernier enchérisseur, mais à un indi-

(1) Cass., 26 janvier 1842.

(2) Poitiers, 11 ventôse an 10.

vidu parfaitement déterminé et moyennant un prix invariable (1).

Au reste, il suffit que les parties aient, au moment de la promesse, la capacité générale d'aliéner et d'acquérir; ainsi la promesse de la vente d'autrui sera valable; — la vente est prohibée dans ce cas, parce qu'elle est impossible et la promesse ne l'est pas.

Mais elle sera nulle comme la vente elle-même, lorsque la vente sera prohibée comme immorale (art. 1600—1130).

Tout ce qui peut être l'objet d'une vente peut donner lieu à une promesse de vente. Ainsi la promesse de cession d'un office sera valable et permettra au futur cessionnaire d'actionner le titulaire en justice, pour le forcer à user en sa faveur de son droit de présentation. La solution de cette question avait été controversée dans l'ancien droit; Bardet (2) rapporte un arrêt du parlement de Paris qui avait jugé que de semblables traités n'étaient pas obligatoires, et Catelan (3) en rapporte un autre du parlement de Toulouse, du 30 janvier 1676, qui força le vendeur d'un office à en passer contrat. Il semble que ces difficultés ne devraient plus être élevées depuis la loi du 28 avril 1816 qui a fait du droit de présentation une chose vénale (4).

La promesse peut être soumise à des conditions suspensives ou résolutoires, et il en est ainsi notamment de la promesse de vendre, si le promettant n'a pas vendu à des tiers avant une époque déterminée, ou s'il n'en trouve pas un meilleur prix.

La clause par laquelle un débiteur promettrait à son créancier de lui vendre des immeubles, dans le cas où il ne se libérerait pas de sa dette à l'échéance, serait valable, alors même que la créance serait garantie par une hypothèque sur

(1) *Revue Critique de la Jurisprudence*, 2^e année, p. 457.

(2) T. 1, liv. 1, ch. 31.

(3) T. 1, liv. 5, ch. 4.

(4) Art. 91, tit. 9. — *Argum.* Arrêt de Lyon, 12 février 1840.

l'immeuble dont la vente a été promise; on ne pourrait la considérer comme un pacte comissoire, que si la chose avait été donnée à titre d'antichrèse ou de gage au créancier. Dans tout autre cas, la promesse de vente sera protégée par la liberté des conventions (1).

Bien plus, la promesse de vendre au créancier la chose dont il serait nanti à titre de gage ou d'antichrèse, dans le cas où la dette ne serait pas payée à l'échéance, moyennant un prix qui devrait être fixé à cette époque, ne constituerait pas un pacte comissoire, parce que la future intervention des experts garantira au besoin la liberté du débiteur; le créancier gagiste ou antichrésiste, n'étant pas d'ailleurs incapable d'acquérir la chose qu'il détient à ce titre, comme le décidait la loi 34, au *dig. de pignoratitia actione*.

B. *Promesse de vente faite avec arrhes.* — Dans l'ancien droit romain, les arrhes constituaient une preuve du contrat (*argumentum emptionis*); Justinien les transforma en moyen de dédit, et les rédacteurs de l'art. 1590 leur ont conservé ce caractère.

C. *Vente à réméré.* — La clause de réméré n'est pas une promesse de vendre; elle constitue une condition résolutoire apposée à la vente.

N° 2. — Promesse d'hypothèque.

1° *Forme de la promesse.* — *Capacité des parties.* — La promesse d'hypothèque ne devra pas réunir les conditions de solennité imposées par le législateur aux actes constitutifs d'hypothèque, car elle ne crée pas l'hypothèque, et les tiers dont la loi a eu pour but de garantir les intérêts, n'ont à redouter que l'acte constitutif. Mais elle formera un titre en vertu duquel le promettant pourra être forcé à consentir l'hypothèque promise; il devra donc avoir la capacité générale d'hypothéquer au moment où il promettra l'hypothèque; il

(1) Cass., 1 juillet 1844.

suffira, au contraire, qu'il soit propriétaire de l'immeuble qu'il a promis d'hypothéquer à l'époque de la réalisation de la promesse.

L'acte sous seing-privé contenant une constitution actuelle ne vaudrait pas comme simple promesse. Telle n'a pas été l'intention des parties, et la vérification ou la reconnaissance faites en justice ne couvriraient pas le vice résultant du défaut d'authenticité, car elles n'auraient d'autre effet que de prouver l'existence d'un acte nul (1).

Le jugement produirait une hypothèque judiciaire, mais seulement dans les limites tracées par la loi du 3 septembre 1807; le créancier ne pourrait pas en écarter les restrictions en invoquant les art. 2131 et 1188, car il n'y a pas insuffisance des immeubles hypothéqués; il n'en existe pas, et la cause de cette inexistence est également imputable au débiteur et au créancier.

2° *Effets de la promesse.* — Le promettant sera tenu de constituer l'hypothèque promise, en observant les formes solennelles et les conditions nécessaires à son existence. La sentence qui lui enjoindra de passer le contrat constitutif déclarera que, s'il refuse, le jugement en tiendra lieu (2).

S'il persiste dans son refus, l'hypothèque qui résultera du jugement sera conventionnelle. Puisqu'il tient lieu de contrat, il doit en produire les effets et réunir ses conditions de validité; par suite, l'hypothèque sera spéciale et non réductible.

§ 2. — *Des promesses de contrats réels.*

En général, la formation des contrats résulte de la seule volonté des parties, et l'écriture, souvent nécessaire pour en établir la preuve, ne constitue une condition de leur existence que dans les cas où ils rentrent dans la catégorie des contrats solennels. Néanmoins il en est que le simple consentement est

(1) Cass., 27 août 1844. — ~~Cass.~~ Troplong, n° 506.

(2) Cass., 27 août 1844.

impuissant à former, quoique la loi n'ait pas exigé l'emploi des formes solennelles, parce que leur formation suppose nécessairement un fait matériel que la volonté des parties ne peut pas suppléer; ce sont les contrats réels.

Ils ne produisent qu'une seule obligation, celle de restituer une chose dont la tradition préalable est indispensable, car on ne peut être obligé de restituer que ce qu'on a déjà reçu.

Ces principes, en vigueur à Rome (1), passèrent dans notre ancien droit (2), et on peut déduire de la comparaison des définitions du prêt et de la vente (art. 1582, 1875, 1892, Code Napoléon), que le législateur moderne les a également adoptés.

En effet, dans le contrat de vente, le vendeur s'oblige à livrer, tandis que dans le contrat de prêt le prêteur livre la chose prêtée. La principale obligation du prêteur consiste à ne pas demander la chose avant le terme; celle de l'emprunteur à restituer la chose prêtée (1899-1902), toutes ces dispositions supposent une tradition préalable.

Ce sera surtout aux promesses de former ces contrats que s'appliquera la distinction de la promesse et du contrat. Les obligations nées de la promesse consisteront uniquement à livrer ou à recevoir la chose qui devra être restituée. Aussi les garanties données, pour assurer l'exécution des obligations auxquelles le contrat devra donner naissance, ne produiront-elles des effets utiles qu'à partir de la réalisation de la promesse.

Ainsi, les garanties données par le futur emprunteur, l'hypothèque consentie par lui pour assurer la restitution de la chose prêtée n'auront d'effet qu'à partir du prêt. L'hypothèque constitue l'accessoire de l'obligation dont elle garantit l'exécution (art. 2180, Code Napoléon); elle ne peut pas la précéder, de même qu'elle ne peut pas lui survivre.

(1) Instit., liv. 3, t. 13, 2.

(2) Pothier, *Traité des Obligations*, part. 1, ch. 1, sect. 1, art. 2.

Ces principes seront applicables à l'ouverture de crédit, qui n'est qu'une variété de la promesse de prêter. L'hypothèque consentie par le crédité, pour assurer le remboursement des valeurs pour lesquelles le crédit aura été réalisé, ne prendra date qu'au fur et à mesure de cette réalisation, quoiqu'elle ait été antérieurement inscrite.

Il importerait peu que le crédité fût ou non obligé de réaliser le crédit. Dans le premier cas, le crédité ne serait tenu que d'user du crédit et non d'exécuter les obligations auxquelles le prêt peut seul donner naissance; dans le second, aucune obligation ne le frapperait. Mais dans aucun cas il ne sera débiteur des valeurs promises sous la condition qu'il usera du crédit, parce que cette réalisation peut seule créer l'obligation de restituer. Elle constituera donc un engagement futur, dont la naissance n'aura pas d'effet rétroactif.

Par suite, si le crédit n'a été réalisé que dans les dix jours qui ont précédé la cessation de paiements du crédité, le créditeur ne pourra pas profiter de son hypothèque inscrite avant ces dix jours.

Si le crédit est réalisé, non par la tradition de sommes ou d'objets, mais au moyen de l'acceptation par le créditeur de traites tirées sur lui par le crédité, l'obligation de ce dernier existera néanmoins dès ce moment, parce que l'acceptation est considérée dans le commerce comme équivalant au paiement. Elle donne à la traite une valeur qu'elle n'avait pas. Il y a donc tradition de cette valeur que le crédité peut désormais réaliser en négociant la traite.

Pareillement la promesse de nantissement constitue un contrat sans nom qu'il ne faut pas confondre avec le nantissement déjà effectué (1). Elle peut être donnée dans le but de garantir l'exécution d'un contrat qui se forme, qui est formé ou qui le sera plus tard.

Tracées dans le but d'exclure les fraudes et les collusions préjudiciables aux tiers, les règles des art. 2074 et 2075 ne

(1) Troplong, nantissement, n° 28.

seraient applicables à la promesse de nantissement que si le créancier nanti voulait s'en prévaloir, pour justifier l'existence de son privilège; mais la promesse lui donnerait ce droit si ces articles avaient été observés, car il n'est pas nécessaire que le fait de la remise du gage soit constaté par un acte passé conformément à ces dispositions de la loi; elles ne sont applicables qu'à la convention dont elle est l'effet (1).

L'omission de ces formalités ne pourrait pas au contraire être invoquée par le débiteur, puisqu'elles n'ont pas été créées en sa faveur.

Il en serait ainsi en ce qui concerne les prêts, avances et paiements faits entre commerçants, dans les cas prévus par l'art. 95 du Code de commerce.

Le consentement étant impuissant à former un contrat réel, le jugement qui interviendra à la suite du refus de livrer ou de recevoir ne déclarera pas le contrat formé. Les juges condamneront le promettant à livrer ou à recevoir et, si l'exécution de cette condamnation n'est pas possible, ils prononceront contre lui des dommages-intérêts.

SECTION 3.

Des promesses qui ont pour objet des contrats créateurs de droits personnels ou translatifs de droits réels suivant les cas.

§ 1. — *De la promesse de donner.*

Dans l'ancien droit, la distinction de la promesse et du contrat de donation fut reconnue par Tiraqueau (2) et Dumoulin (3), et la promesse de donner fut considérée par Furgole et l'annotateur de Ricard comme valant la donation, quoiqu'il n'y eût pas tradition (4).

(1) Paroles du tribun Gary.

(2) *De retractu, ad fin.* n° 47.

(3) *Aliud est donare, aliud promittere de donando censiv.* § 78, Gl. 1, n° 80.

(4) Roussilhe, traité des donations, t. 1, p. 7.

Néanmoins ces deux contrats ne sauraient être confondus, parce que dans la donation on fait actuellement ce que, dans la promesse de donner, on s'oblige à faire dans l'avenir.

Mais la promesse de donner constitue elle-même une donation, puisque l'obligation qu'elle engendre a une cause purement libérale. Le promettant s'est dépouillé actuellement et irrévocablement du droit de ne pas donner; en créant, en faveur de celui auquel la promesse est faite, le droit de le forcer à l'exécuter, il lui a ainsi transmis une créance contre lui-même, et cette transmission est une donation; car la tradition d'une chose n'est plus nécessaire à la validité de ce contrat (1).

Par suite, toutes les conditions de forme et de capacité exigées par la loi, pour la validité des donations entre vifs, seront applicables aux promesses de donner. Le contrat qui interviendra, en exécution de la promesse, devra être également revêtu des formes solennelles imposées aux donations, parce que leur existence intéresse les tiers.

Mais la promesse ayant créé des obligations et des droits, un créancier et un débiteur, les représentants du premier pourront exercer leur créance contre ceux du second.

Le second contrat n'aura pas d'effets rétroactifs, et le promettant ne pourra pas refuser son consentement. Son refus sera suppléé par la justice, et le jugement qui produira cet effet ne violera pas sa liberté de donner ou de ne pas donner, puisqu'il l'a aliénée lui-même en promettant de donner.

La promesse d'instituer contractuellement ne sera pas soumise aux règles de la promesse de donner, lorsqu'elle ne sera pas faite par contrat de mariage, car l'institution contractuelle est seule irrévocable. Dans le cas contraire, elle devrait être assimilée à l'institution contractuelle elle-même. S'il en était autrement, la promesse serait vaine, puisque sa réalisation ne pourrait être accomplie que dans le contrat de mariage où

(1) Cass. 2 avril 1834; 26 juin 1849; 20 novembre 1849.

elle a été précisément insérée, et on violerait ainsi l'art. 1257 du code Napoléon.

§ 2. — *Promesse de ratification.*

La promesse de ratification (*sensu lato*) présente des caractères divers, suivant qu'elle émane d'un tiers ou de celui qui doit exécuter le contrat dont la ratification est promise.

Première hypothèse. — 1° On peut promettre qu'un tiers pour lequel on se porte fort passera un contrat, ratifiera un acte que l'on passe pour son compte, mais sans mandat, confirmera une obligation annulable, à la formation de laquelle il a participé.

Dans le premier cas, l'existence même du contrat est future, dans les deux autres le contrat existe ; sa ratification appartient seule à l'avenir. Par suite, la formation du contrat n'aura pas d'effet rétroactif, tandis que la ratification aura celui de rétroagir à l'époque de la formation du contrat, sauf les droits des tiers.

Mais dans tous les cas le promettant ne s'est obligé qu'à une seule chose ; il a promis un fait, la formation ou la ratification d'un contrat par un tiers.

2° Si le tiers refuse, le promettant ne sera passible que de dommages intérêts. On ne pourrait pas le forcer à exécuter le contrat dont l'existence ou la ratification ont été promises, car son engagement consistait à les faire donner par un tiers et non par lui-même ; il importerait peu que l'obligation née du contrat consistât à donner ou à faire, que l'obligation de faire fût ou non susceptible d'être accomplie par le promettant ; dans tous ces cas, on a promis le fait d'un tiers dont le refus ne peut donner lieu qu'à une action en indemnité contre celui qui a promis, conformément à l'art. 1120 du Code Napoléon, et, comme l'exprimait M. Bigot-Préameneu dans son exposé des motifs : « Il résulte de la nécessité du consentement de la personne qui s'oblige, que » nul ne peut, sans un pouvoir exprès, en obliger un autre, » et que celui auquel on aurait promis le fait d'un tiers

» n'aurait qu'une action en indemnité contre la personne
» ayant donné cette promesse, si le tiers refusait d'y accéder.»

Mais si le contrat consistait à transférer à titre gratuit des choses fongibles, comme les dommages-intérêts se confondraient avec l'objet même du contrat, le promettant pourrait être forcé à les livrer lui-même, au cas de refus du tiers dont le fait a été promis.

Il ne faudrait pas non plus confondre ces divers engagements avec la clause que j'ai lue dans certains actes, par laquelle une personne déclare s'obliger en son propre nom, former le contrat pour son compte, si un tiers désigné ne voulait pas le ratifier. Le refus de ce dernier permettrait de demander l'exécution du contrat à son auteur.

Dans les premiers cas, l'étendue des obligations du promettant variera, suivant qu'il aura promis la passation ou la ratification du contrat ou qu'il en aura aussi garanti l'exécution. Dans cette dernière hypothèse, la promesse semble se rapprocher du cautionnement; mais il n'en existe pas moins entre ces deux contrats des différences remarquables. Outre que la simple promesse ne donnerait lieu qu'à une action en dommages-intérêts, elle constitue un contrat principal dont l'existence n'est pas subordonnée à celle du contrat dont la création ou la ratification et l'exécution ont été promises, tandis que le cautionnement constitue un contrat accessoire à celui dont il garantit l'exécution; il en suit le sort, et il est affecté des mêmes vices, à moins qu'il n'ait été précisément créé dans le but d'en empêcher les effets.

Celui qui s'est porté fort pour un incapable ne sera pas dégagé de sa promesse par la ratification de l'incapable faite pendant la durée de son incapacité, car la ratification serait affectée des vices qu'on a voulu éloigner. Les parties ont eu en vue la ratification de l'incapable devenu capable, autrement leur convention n'aurait pas de sens; l'existence de cette ratification déliera seule le promettant.

3° Si l'objet de la promesse consiste dans la passation du contrat, les formes exigées pour la validité du contrat promis, ne seront pas imposées à la promesse, puisqu'elle a une exis-

tence tout-à-fait distincte. Les conditions générales de validité des contrats devront être seules observées.

Il en sera de même de la promesse de confirmation.

Au contraire, lorsque la promesse aura pour objet la ratification du contrat que l'on crée, elle devra réunir toutes les conditions de validité de ce contrat, puisqu'elle le contient, et la ratification qui interviendra postérieurement pourra être expresse ou tacite, conformément à l'art. 1985 dont les principes seront parfaitement applicables, *nam ratihabitio mandato equiparatur*.

4° Dans ce dernier cas, les formes de la ratification et la capacité du ratifiant devront être celles exigées pour la validité du mandat qui aurait eu pour objet de donner au mandataire la faculté de créer le contrat ratifié. Ainsi la ratification de la donation devra être expresse et constatée par un acte passé conformément à l'art. 933 du Code Nap. et à la loi du 24-24 juin 1843.

Dans le second cas, les règles de l'art. 1338 devront être fidèlement observées, lorsque la confirmation promise sera accordée.

Dans le premier cas, on devra accomplir les conditions exigées pour la validité des contrats de l'espèce à laquelle appartient celui dont la création promise a lieu.

Dans ces deux premières hypothèses, quoique celui dont le consentement a été promis ne soit valablement lié qu'à partir du moment où il le donne, il ne sera pas nécessaire qu'à cette époque, le contrat même qui est ratifié ou confirmé puisse être créé, il suffira que la personne de laquelle la ratification ou la confirmation émaneront soit capable de former des contrats de même nature.

Mais il est de toute évidence qu'il devra en être autrement dans la dernière hypothèse.

Ainsi, la ratification et la confirmation d'un contrat de mariage ne seront pas possibles pendant le mariage, parce que le choix des époux ne serait pas empreint de cet esprit de liberté si nécessaire à la création des conventions matrimoniales. Le défaut de lien ou son annulabilité résultant de l'ab-

sence de confirmation ou de ratification du contrat de mariage produisent, au profit de chacun des époux, une action qui demeure imprescriptible pendant le mariage (1). Mais après sa dissolution, elles pourront avoir lieu et elles rétroagiront à l'époque de la rédaction de l'acte constitutif des conventions matrimoniales, sans que les droits acquis à des tiers puissent en éprouver aucun préjudice.

Si la promesse a eu pour objet la formation même du contrat, celle qui aura lieu pendant le mariage sera annulable, mais elle pourra être confirmée après sa dissolution. Si elle n'intervient qu'après cette dissolution, elle sera inutile, car elle n'aura pas d'effet rétroactif.

2^e *hypothèse*. — On peut promettre de ratifier soit un contrat annulable à la formation duquel on a concouru, soit un contrat passé ou promis par un tiers pour notre compte.

Ces deux conventions diffèrent en ce que, dans un cas, la ratification promise constituera la confirmation d'une obligation annulable et, dans l'autre, l'acceptation d'une convention valable.

Celui auquel la promesse de confirmation aura été faite pourra opposer à la demande en nullité du contrat une exception tirée de la promesse. Il aura en outre une action, pour contraindre son auteur à la réaliser, soit en consentant un acte confirmatif, soit en exécutant le contrat, puisque, d'après l'art. 1338, cette exécution constitue un mode de confirmation.

Si le contrat annulable avait transféré des droits réels, la promesse de le confirmer enlèverait à son auteur le pouvoir de céder utilement à des tiers, des droits sur la chose objet du premier contrat; en promettant de le confirmer, il a perdu le droit d'en demander l'annulation; la cession de ce droit n'a donc pu avoir lieu.

Mais cette dernière conséquence ne résulterait pas de la promesse de ratifier ou de former un contrat, parce que

(1) Arrêt inédit de la Cour d'appel de Toulouse, du 24 juillet 1850.

la convention primitive n'a pas été translatrice de droits réels, et la promesse n'a pas eu non plus ce caractère ; le promettant ayant conservé la propriété de sa chose, a pu la transférer valablement à des tiers de bonne foi.

Par suite, la promesse ne libérerait pas celui qui aurait promis la formation ou la ratification d'un contrat (1).

Le promettant doit avoir la capacité de ratifier et de confirmer le contrat, puisque désormais il pourra y être contraint ; mais il n'est pas nécessaire qu'il soit capable objectivement de former le contrat promis, car la capacité de promettre un contrat peut être distincte de celle de le former.

La promesse de confirmation doit réunir les conditions de validité exigées par l'art. 1338 du code Napoléon, car si elle ne constitue pas complètement la confirmation, elle doit lui donner naissance.

Les formalités imposées au contrat le seront également à la promesse de le former et de le ratifier, lorsqu'elles seront exigées dans l'intérêt des contractants. Il suffira, au contraire, d'observer les règles générales relatives à la forme des contrats, lorsque les formalités spéciales du contrat dont on a promis la formation ou la ratification n'auront été créées que dans le but de sauvegarder l'intérêt des tiers, parce que cet intérêt n'est pas encore mis en jeu.

Les règles de l'art. 1338 ne seront pas applicables à la confirmation faite en exécution de la promesse de confirmer, parce qu'elles doivent avoir été observées lors de la création de la promesse, et que leur utilité consiste à protéger la liberté de celui qui confirme. Pareillement les formalités qui auront pour objet de conserver l'intérêt des tiers seront seules applicables à la ratification et à la formation du contrat ; l'observation des autres formalités serait inutile.

La ratification et la confirmation auront seules un effet rétroactif au jour du contrat.

(1) Dumoulin, *conserv. tit. 2*, § 78, *glose 1*, n° 85. — Tiraqueau, *de retractu ad finem*, n° 49.

§ 3. — *De la promesse de mariage.*

N° 1. La promesse de mariage constituait à Rome un contrat spécial qui précédait le plus souvent le mariage et prenait le nom de *sponsalia* (1).

Primitivement, les *sponsalia* nécessitèrent des stipulations et des promesses réciproques, mais le simple consentement devint plus tard suffisant.

La plupart des conditions de validité du mariage étaient nécessaires à celle des *sponsalia*; ainsi tous ceux dont le consentement était requis pour valider le mariage devaient consentir aux *sponsalia* (2).

Néanmoins les fils de famille ne pouvaient jamais être forcés de donner leur consentement soit au mariage, soit aux *sponsalia*, tandis que la fille de famille devait accepter le fiancé que lui présentait celui sous la puissance duquel elle se trouvait, à moins que ses mœurs ou sa condition honteuse ne le rendissent indigne d'elle (3).

Le mariage n'était point accessible aux impubères; les *sponsalia* pouvaient être contractés par des majeurs de sept ans (4).

Mais, comme le mariage, ils pouvaient être dissous par la volonté des parties, c'est-à-dire par leur renonciation tacite ou expresse, ou par des événements étrangers, tels que la mort de l'une d'elles (5).

Dans ce dernier cas, l'état des choses existant avant la célébration des *sponsalia* était complètement rétabli, et il en était de même si la renonciation était tacite, c'est-à-dire si

(1) Dig. L. 23, t. 1, loi 1.

(2) Dig. L. *de sponsalibus*, loi 7, § 1.

(3) Dig. L. 12, § 1, et L. 13 *cod.*

(4) Dig. L. 14 *cod.*

(5) Loi 1 au code *de sponsalibus*, l. 5, t. 1.

un délai de deux ans s'était écoulé depuis la célébration (1).

Les conséquences de la renonciation expresse variaient, suivant qu'elle était réciproque ou qu'elle émanait d'un seul des fiancés, suivant qu'elle était juste ou injuste, et qu'il y avait eu ou non dation d'arrhes.

Si la renonciation était réciproque ou si, émanée d'un seul des fiancés, elle avait une juste cause, et que, dans ces deux cas, des arrhes n'eussent pas été données, les *sponsalia* étaient purement et simplement dissous.

Les arrhes données devaient être restituées (2).

Le *sponsus* qui renonçait injustement perdait les arrhes qu'il avait données et, si la renonciation injuste émanait de la *sponsa* ou de celui qui l'avait sous sa puissance, les arrhes devaient être primitivement restituées au quadruple (3).

Cette peine introduite, suivant Godefroy, par la loi *Papia Poppæa*, fut diminuée par une constitution de Léon et d'Anthémios ; la *sponsa* ne dut restituer que les arrhes reçues et une valeur égale (4).

Néanmoins cette peine du quadruple exerça une influence remarquable en matière de dédit ; la stipulation de la peine qui devait être encourue, par suite d'une injuste renonciation, ne put pas dépasser le quadruple des arrhes données, et il semblerait résulter des termes de la constitution de Léon et d'Anthémios que la stipulation d'une peine supérieure était complètement nulle.

Si des arrhes n'avaient pas été données, celui qui renonçait injustement pouvait être actionné jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'avait l'autre fiancé à la célébration du mariage. Mais il n'était pas permis de stipuler à l'avance une peine de dédit ; elle était nécessairement subordonnée à l'existence

(1) L. 2 et 3 eod.

(2) L. 5 eod.

(3) Eod.

(4) Loi 5, § 1. eod.

d'un préjudice éprouvé par la victime de l'injuste renonciation (1).

Une constitution de l'empereur Léon légitiba dans tous les cas la stipulation d'une peine, alors même qu'elle était supérieure au quadruple des arrhes données, ou, à défaut d'arrhes, au dommage éprouvé (2).

Les donations faites aux fiancés étaient primitivement révoquées lorsqu'il était prouvé qu'elles avaient été faites en considération du mariage (3); plus tard, d'après une constitution de Constantin, cette révocation n'atteignit pas les donations faites par celui qui avait injustement empêché le mariage (4).

Enfin la célébration des *sponsalia* produisait divers empêchements au mariage des ascendants de chaque fiancé avec l'autre.

N° 2. Sous l'ancien Droit français, la promesse de mariage continua à former un contrat *sui generis* auquel on donna le nom de fiançailles (*sponsalia*).

On distingua les fiançailles *de presenti* des fiançailles *de futuro*; les premières assimilées au mariage constituaient des unions clandestines, aussi furent-elles proscrites par l'ordonnance de Blois et le concile de Trente (5).

Les fiançailles *de futuro* constituaient les fiançailles proprement dites; elles présentaient un caractère frappant de ressemblance avec les *sponsalia* du Droit romain. Ainsi elles ne pouvaient être contractées que par des personnes ayant entr'elles le *connubium*; on exigeait pour leur validité le consentement de tous ceux qui devaient consentir au mariage; enfin elles étaient accessibles aux majeurs de sept ans.

Elles offraient au contraire, sous d'autres rapports, un caractère distinct et local; ainsi elles étaient ordinairement ac-

(1) *Loc. cit.*

(2) Nouvelle 18, *ut in sponsalibus pena exigatur.*

(3) Liv. 5, Cod. donat. ante. nupt. t. 5, 4, 3.

(4) L. 15, Cod. 5, 3, de don. ante nupt.

(5) Pothier, *Contrat de mariage*, 2^e partie, chap. 1^{er}.

compagnées de la bénédiction sacerdotale ; elles constituaient un contrat consensuel ; mais, d'après l'ordonnance de 1639, la preuve dut en être faite au moyen d'un écrit passé en présence des quatre plus proches parents des fiancés ; enfin l'action civile résultant de leur injuste inexécution se transforma complètement en une action en dommages-intérêts.

Par suite de cette transformation, celui qui refusait, sans juste motif, d'exécuter les fiançailles perdait les arrhes ou les restituait au double ; mais, dans aucun cas, la peine qui en résultait ne pouvait dépasser le dommage éprouvé.

Pareillement la peine stipulée dans une clause de dédit n'était valable, que jusqu'à concurrence des dommages-intérêts arbitrés par le juge qui ne tenait compte en général que du dommage réellement éprouvé.

Les fiançailles produisaient en outre un empêchement prohibitif à tout autre mariage, et un empêchement dirimant à l'union de l'un des fiancés avec les parents en ligne directe à l'infini et les collatéraux au premier degré de l'autre fiancé.

Les juges séculiers connaissaient de l'exécution des fiançailles ; ils avaient seuls le pouvoir de prononcer des dommages-intérêts ; les officiaux devant lesquels ces questions étaient quelquefois portées, n'avaient ce pouvoir que si le fiancé, auquel les dommages-intérêts étaient demandés, était soumis à leur juridiction ; ils n'imposaient, dans les autres cas, que des punitions religieuses, et leur décision ne faisait pas obstacle à ce que les tribunaux laïques fussent chargés de statuer.

Enfin, elles étaient dissoutes : 1° par le consentement des deux fiancés ; 2° par l'expiration du terme fixé sans mise en demeure ; 3° par l'échéance du délai de deux ans, à défaut de terme fixé.

Chacun des fiancés pouvait rompre impunément les fiançailles, lorsqu'il avait un juste motif de rupture ; l'appréciation de ces motifs variait à l'infini, et était laissée au libre arbitre du juge.

N° 3. — 1° Le Code Napoléon a gardé le silence le plus com-

plet sur les fiançailles ; les a-t-il ainsi prohibées ou laissées sous l'empire du droit commun ?

Argumentant de l'éminente faveur accordée par le législateur au mariage, Toullier en a conclu que la promesse d'accomplir ce fait est valable et oblige son auteur à exécuter son obligation ou à payer des dommages-intérêts, conformément aux art. 1142 et suiv.

Mais la plupart des auteurs pensent, avec raison, que la promesse de mariage ne constitue pas une convention de nature à lier les parties, et cette opinion est consacrée par la jurisprudence de la cour suprême et d'un grand nombre de cours d'appel.

Les formes solennelles qui doivent entourer la manifestation du consentement des époux, le caractère sacramentel des paroles dont la prononciation fatale est indispensable, ont été imposés par le législateur dans le double but d'assurer au mariage une publicité considérable et de sauvegarder la liberté des futurs époux. La seconde partie de ce vœu serait éludée si la promesse de contracter mariage devait créer un lien obligatoire.

On objecterait en vain que les promettants ne seront pas obligés de se marier, parce que le mariage devra résulter d'un fait personnel, qu'on ne pourrait les forcer d'accomplir qu'en violant leur liberté individuelle. Cette objection ne s'appliquerait qu'aux moyens d'exécution de l'obligation et non à l'existence du lien juridique et, même sous ce rapport, les partisans de la validité de la promesse de mariage, reculent devant les conséquences logiques de leur système.

En effet, celui qui n'exécute pas une obligation de faire, doit indemniser son créancier de la perte qu'il éprouve et du gain dont il est privé par suite de cette inexécution.

Ainsi, lorsque dans l'acte qui contient la promesse de mariage, l'un des fiancés aurait fait à l'autre des libéralités, il serait obligé de les réaliser, malgré son refus d'accomplir le mariage, puisqu'elles constitueraient un gain dont le fiancé qui n'aurait rien à se reprocher serait injustement privé.

Bien plus, on devrait accorder aux juges le pouvoir de prononcer la célébration du mariage, afin de faire produire à la promesse de mariage tous ses effets légaux, sans violer la liberté des parties, et cette conséquence fatale de sa validité est admise dans quelques pays protestants, notamment dans la Hollande (1).

Au reste, considérée au point de vue économique, la suppression des fiançailles ne saurait être regrettée. Malgré la belle pensée de St-Augustin, *constitutum est ut jam pactæ sponsæ non statim tradantur, ne vilem habeat maritus datam, quam non suspiraverit sponsus dilatam* (2), et le motif d'utilité pratique invoqué par Pothier, et qui consisterait à remédier aux inconvénients des mariages précipités, il semble qu'en présence des dispositions créées par le législateur moderne, cette institution ne présenterait que des inconvénients réels. La rupture des fiançailles entraînerait toujours des conséquences fâcheuses, et la crainte qu'elles inspireraient, contraindrait moralement les fiancés à contracter une union devenue odieuse.

2° Néanmoins la nullité de la promesse de mariage ne doit pas être exclusive de tout effet, car elle existe; elle constitue un fait, et, si ce fait est préjudiciable, le préjudice devra être réparé (Art. 1382).

Mais le préjudice devra être injustement causé (*damnum injustum*); il en sera ainsi lorsque le refus de célébrer le mariage ne sera point motivé par l'existence ou la découverte d'un fait nouveau, c'est-à-dire lorsqu'il n'aura que le caprice pour cause.

3° La capacité de s'obliger contractuellement ou de contracter mariage ne paraît pas nécessaire chez celui qui refuse sans motif d'exécuter sa promesse, pour le rendre passible de dommages intérêts, puisqu'ils ne sont pas fondés sur une convention obligatoire. Comme ils naissent d'un fait qui cons-

(1) Toullier, t. 6, n° 298.

(2) *Can. constitutum, caus. 27, quæst. 2. Pothier, loc. cit.*

titue un quasi-délit, la capacité de s'obliger à ce titre serait suffisante.

Il en serait ainsi du mineur et du prodigue (1).

Les dommages-intérêts seront dus par celui des futurs qui refuse injustement d'exécuter sa promesse ; peu importe que le refus émane du futur ou de la future ; il en était ainsi en Droit Romain et dans l'ancien Droit Français, malgré l'existence d'une légère controverse, et les principes de l'art. 1382 favorisent cette opinion (2).

4^o Les parties ne peuvent pas à l'avance liquider le montant des dommages-intérêts au moyen d'une clause pénale ; ce serait un moyen détourné d'assurer l'exécution de la promesse de mariage, en violant la liberté des futurs ; elle fut prohibée à Rome jusqu'à la constitution de l'empereur Léon ; l'ancien droit ne la permit jamais et aujourd'hui la nullité de cette clause découle nécessairement de celle de l'obligation principale.

Bien plus, si une clause pénale était dissimulée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, la simulation pourrait être prouvée par celle des parties qui en éprouverait un préjudice, même par témoins ou au moyen de simples présomptions, conformément à l'art. 1353, C. Nap., car elle constitue une fraude à la loi, et à l'art. 1348, puisqu'il y a eu impossibilité morale pour la victime de s'en procurer une preuve écrite (3).

La clause pénale stipulée par les ascendants des futurs serait également nulle, parce qu'elle constituerait dans tous les cas une atteinte à la puissance paternelle.

La réparation du dommage causé comprendra le préju-

(1) Dalloz, Dict. v^o *oblig.*, ch. 7, sect. 2, art. 2, § 1.

(2) Metz, 18 juin 1818.

(3) Zachariæ, 5, 742 et 751. — Lyon, 21 mai 1832 ; Cass., rej. ch. réun., 7 mai 1836 ; Cass. civ. 11 juin 1838 ; Nîmes, 25 janvier 1839. *Contra* Devilleneuve., observ. Sirey 36, 1, 579.

dice matériel résultant des dépenses, des ventes et des acquisitions faites en vue du mariage; en un mot, le *damnum emergens* devra être réparé; mais il n'en sera pas de même du *lucrum cessans*. Ainsi la déchéance des libéralités faites par l'auteur du refus à l'autre futur ne donnera pas lieu à des dommages-intérêts; elles tombent nécessairement avec le projet de mariage; leur exécution forcée, aussi impossible que celle de la promesse, porterait une atteinte grave à la liberté des unions conjugales.

Quant aux donations faites par des tiers, une distinction semble devoir être établie entre celles dont le mariage projeté a été la cause efficiente et celles dont il n'a été que la cause occasionnelle. Les premières constituent un gain que la personnalité du futur qui refuse de se marier a fait naître, il doit avoir le pouvoir de les faire évanouir; les dernières ne donneraient lieu à des dommages-intérêts que si le renouvellement en était devenu impossible: dans le cas contraire, la perte ne serait en quelque sorte que provisoire.

Si les donations ne peuvent pas être renouvelées, la perte qui en résulte pour le futur donataire est réelle; ce n'est pas seulement un gain qui lui échappe, une partie de son patrimoine lui est ainsi enlevée. Cette donation faite à propos du mariage a été peut-être la seule cause qui a empêché le donateur de disposer de ses biens en faveur du futur époux, et on objecterait en vain que le donateur pouvait rendre sa libéralité irrévocable en déclarant qu'il ne la subordonnait pas à la réalisation du mariage, car des motifs sérieux ont pu s'opposer à cette déclaration.

Peu importe que le préjudice soit moral ou matériel, la perte est dans les deux cas réelle, elle doit être réparée (1).

Il en sera ainsi de la difficulté de faire un bon établissement et du cas où le mariage projeté aurait fait manquer un établissement (*lato sensu*) avantageux (2).

(1) Colmar, 23 janvier 1823. — *Contrà*, Riom, 11 août 1845.

(2) Cass., 11 juin 1838.

Mais le tort matériel ou moral produit par l'état de grossesse de la future ne devrait dans aucun cas être réparé; elle ne doit imputer son infamie qu'à elle-même (1).

Enfin les dommages-intérêts doivent toujours être réglés sur la fortune, les qualités respectives des parties et la liberté qui doit régner dans les unions à contracter (2).

5° L'action en dommages-intérêts ayant pour base un quasi délit et non un contrat, les principes relatifs à la preuve des obligations contractuelles ne seront pas applicables. L'existence de ce quasi-délit pourra être prouvée par témoins et même par simples présomptions (1348-1353). Dans l'ancien Droit on avait admis, malgré les termes de l'ordonnance de 1639, que les fiançailles faites à l'église seulement pouvaient être prouvées par témoins (3).

Par suite, si la promesse avait été consentie par acte sous seing privé, il ne serait pas nécessaire qu'il eût été dressé en plusieurs originaux; le serment pourrait être déféré alors même qu'il n'y aurait pas de commencement de preuve, et la célébration du mariage religieux, en l'absence de celle du mariage civil, de même que la rédaction de l'acte qui réglerait les conventions civiles du futur mariage prouveraient suffisamment l'existence d'une promesse antérieure (4).

(1) Pour le tort moral, Toulouse, 13 mai 1842.

(2) Colmar, 28 janvier 1812 et 29 juillet 1806.

(3) Danty, p. 131, 7^e édition.

(4) Bastia, 3 février 1834.

PROPOSITIONS ET QUESTIONS.

DROIT ROMAIN.

- 1° La loi 7, § 1, tit. 4, liv. 41. *Dig. de acquirendo rerum dominio* doit être corrigée par le § 21, liv. 2, de *rerum divisione* des Institutes de Justinien.
- 2° Le mariage existait indépendamment de la tradition de la femme.
- 3° L'obligation de l'impubère, nulle d'après le Droit civil, constituait néanmoins une obligation naturelle.
- 4° La société privée ne formait pas un être moral.

DROIT CIVIL.

- 1° Le légataire universel ou à titre universel n'est pas tenu des dettes de la succession *ultra vires*.
- 2° L'adoption révoque les donations antérieures.
- 3° Les créanciers peuvent demander l'annulation d'un acte fait antérieurement en fraude de leurs droits.

DROIT CRIMINEL.

- 1° La contrainte par corps ne peut pas être *exercée* contre le mineur non émancipé.
- 2° La peine de la déportation dans une enceinte fortifiée est applicable à celui qui a été déclaré coupable d'un crime pour lequel la loi prononce la déportation simple et qui avait été antérieurement condamné à une peine afflictive ou infamante.

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

- 1° L'autorité administrative est seule compétente, pour prononcer sur les indemnités réclamées par suite de la sup-

pression totale ou partielle de la force motrice des moulins et usines établies sur des cours d'eau.

2° Les contraintes décernées par les employés de l'enregistrement emportent hypothèque.

APPROUVÉ

Le Doyen de la Faculté de Droit,

LAURENS.

Vu par le Recteur de l'Académie de la Haute-Garonne,

*Pour le Recteur en congé, l'inspecteur de
l'Académie délégué,*

R. CHATROUSSE.

Cette thèse sera soutenue le 20 janvier 1853.

