

LE ROLE DE LA VOLONTE DANS LA PROMESSE COMME ACTE JURIDIQUE

Par

le Professeur GINO GORLA *

*Titulaire de droit privé comparé à la Faculté de Droit
d'Alexandrie et de droit privé à la Faculté de Droit de Pavia*

No. 1 — *Prémises.*

a) Comme on le sait, certains courants doctrinaux, surtout en Allemagne, en Italie, mais aussi en France, et certains codes (le code civil allemand) ont cherché à construire une théorie *très générale* de l'acte juridique. Cette théorie devrait comprendre des notions et des principes concernant tout acte juridique : non seulement les actes patrimoniaux entre vifs, mais aussi le testament, l'acceptation d'une succession et les actes affectant le droit de famille : mariage,

Le professeur Gino Gorla, né à Crema (Italie) le 28 décembre 1903, obtint sa licence en droit à l'Université de Milano le 30 octobre 1928, et la «libera docenza» (habilitation à l'enseignement dans les Universités) en 1933. En 1934, par un concours gouvernemental d'après le système italien, il devint professeur titulaire de droit civil à l'Université de Cagliari. Il enseigna ensuite cette matière et les instituts de droit privé aux Universités de Perugia, Modena, Parma et Pavia (où il est titulaire à présent).

En 1949 il reçut une mission du Ministre Italien des Affaires Etrangères pour faire une étude sur l'organisation et les méthodes d'enseignement des Law Schools des Etats-Unis d'Amérique, où il passa toute l'année 1949. Voyez son rapport sur cette Mission dans la Rivista di diritto commerciale 1950 et son article «A civil lawyer looks at American Law School Instruction» dans l'American Law Journal of Legal Education, 1951, p. 515.

En cette occasion il tint aussi des conférences aux Universités de Cornell, Harvard, North Carolina et Tulane.

Le professeur Gorla exerça aussi la profession d'avocat à Milano de 1932 à 1948, sa spécialisation étant surtout les sociétés anonymes.

Il est membre de la Société de Législation comparée et de l'American Foreign Law Association.

adoption, reconnaissance d'enfant naturel, émancipation, etc. Et encore : les actes réglementaires ou individuels d'une autorité publique; la délibération d'une assemblée; une sommation, une assignation en justice; les actes d'autorisation, la procuration, la ratification; la confirmation d'un acte annulable, etc.; les dénonciations, la mise en demeure, la révocation ou la résiliation unilatérale d'un contrat, etc.

Certains de ces actes rentrent, peut-être, dans le domaine des actes patrimoniaux ou ayant un effet patrimonial; d'autres rentrent dans la notion d'exercice d'un droit formataire (tels que la somma-

PUBLICATIONS

a) *L'assegnazione giudiziale di crediti*, Padova 1932 (2ème édit. 1933), de pages 240, ouvrage de droit civil et de procédure, qu'il présenta pour sa «libera docenza».

b) *La riproduzione del negozio giuridico* (la répétition de l'acte juridique) de pages 100, Padova, 1933.

c) *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni* (du risque dans les obligations), de pages 400, Padova, 1934, qu'il présenta au concours pour la chaire de Cagliari et dont la thèse fut adoptée dans le nouveau code civil italien de 1942.

d) *Le garanzie reali dell'obbligazione* (les sûretés réelles) de pages 380, Milano, 1936.

e) *La compravendita* (la vente), Torino, 1937, de pages 400.

f) *L'interpretazione del diritto*, de pages 180, Milano, 1941, ouvrage de philosophie du droit.

g) *Le società secondo il nuovo Codice* (les sociétés d'après le nouveau code italien) de pages 180, Milano, 1941 (2ème édit. 1942), la première étude en cette matière publiée après l'émanation du nouveau code italien.

h) *Pegno e ipoteca* (du gage et de l'hypothèque), pages 420, Roma-Bologna 1945 (2ème édit. 1955), où il modifie la thèse des «Garanzie reali» et fait une étude du point de vue historique ainsi que commercial des sûretés réelles (gage et hypothèque à garantie d'une lettre de change, des titres d'obligations émis par des sociétés, gage d'un fonds de commerce, gage d'actions et de titres de crédit, etc.).

i) *Commento a Tocqueville, l'idea dei diritti* (commentaire à Tocqueville, le grand historien et sociologue français), de pages 340, Milano, 1948 : c'est un ouvrage de philosophie du droit, où l'auteur examine l'idée des droits subjectifs ou individuels dans la civil law et la common law, eu égard, en particulier, à la démocratie américaine. Ouvrage très apprécié en Amérique et Angleterre; voy. les recensions dans le *Cornell Law Quarterly*, 1950, p. 467; *The Cambridge Law Journal*, 1949, p. 300; *The Modern Law Review*, 1950, p. 397.

tion, l'assignation en justice, la mise en demeure, les dénonciations, la révocation et la résiliation unilatérale, l'exercice d'un droit d'option, de préemption, de retrait, etc.).

Enfin, cette conception générale comprend toute déclaration de volonté produisant des effets juridiques conformes (bien que complétés par la loi) à la volonté du déclarant, du moins conformes au point de vue pratique et au moment de la déclaration (1).

A notre avis, une pareille conception, étant donné la différence des principes base de chacune des catégories d'actes mentionnés ci-dessus, représente un effort de généralisation très discutable et même dangereux, tandis que son utilité est très limitée. Du moins, si l'on ne veut pas abandonner cette conception générale (qui a été le pro-

= 1) *Il Contratto*, Milano 1954-1955, deux vol. de p. 1200, problèmes fondamentaux du contrat, traités avec la méthode comparative et casuistique, le II vol. étant un recueil de cas judiciaires italiens, français et anglo-américains, annotés et comparés. Cet ouvrage représente un développement des cours de droit privé approfondi et comparé que le professeur Gorla donna aux Universités d'Alexandrie et du Caire dans les dernières années. Il l'a médité et écrit en Egypte pendant les années 1951-1954. C'est un ouvrage de droit comparé et, en même temps, un essai d'une nouvelle méthode d'enseignement.

Outre cela, le professeur Gorla a publié, dans différentes revues, plusieurs articles et études de droit civil et commercial, de procédure civile et de droit comparé. Pour ce qui intéresse les Revues égyptiennes, on peut mentionner :

— La théorie de l'objet du contrat dans la civil law, essai de critique par la méthode comparative, *Al Qanoun Wal Yqtisad*, 1954, (publié aussi dans la *Tulane Law Review* de Nouvelle Orléans, 1954).

— Les grandes sociétés par actions dans la civilisation contemporaine, *Gazette Fiscale commerciale et industrielle*, 1951.

— Prorogation d'une société commerciale et révocation de la délibération de mise en liquidation, même Revue, 1951.

(1) Sur l'ampleur de cette conception générale voy. : DEMOGUE, *Traité des obligations*, Paris, 1923, I, n. 12 et II, p. 131 et 133; PLANIOL, *Traité élém. de droit civil*, 2^{ème} édit., II, n. 1198; VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürg. Rechts*, 1, 2, München und Leipzig, 1914, § 50; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 47, 55, 59, 71, 290-294; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1, Milano, 1952, § 35.

Voy. aussi les références chez ces auteurs.

duit de conditions historiques, d'une mentalité et d'une philosophie particulières), il faut procéder, dans cette matière, avec une précaution extrême.

Ce n'est pas le lieu ici pour discuter d'un point tellement grave de *notre* science juridique (2).

Pour ce qui concerne le sujet de cet article, il nous suffit d'observer que cette généralisation a été la source de nombreuses équivoques, à la suite de la transposition de certains principes ou caractères des actes extrapatrimoniaux (de famille, etc.), des testaments et d'autres aux actes patrimoniaux entre vifs, et vice versa (3). Surtout il est intéressant d'observer que cette transposition, comme on le verra, a eu lieu en particulier dans notre problème du rôle de la volonté du promettant, et qu'elle a engendré des équivoques et influencé la doctrine en matière.

D'ailleurs, au point de vue du droit comparé, les différences concernant le droit de chaque pays en matière de famille, de succes-

(2) Il nous suffit d'observer que la généralisation ci-dessus se fonde sur l'élément de la *volonté* (d'exercer un droit ou un pouvoir et de s'obliger), élément commun à tout acte juridique, mais ayant une importance très *variable* pour chaque catégorie d'actes. Sur cette base on a procédé à d'autres généralisations, telles que : a) la capacité; b) l'absence de vices de la volonté; c) la simulation, la réserve mentale, etc.; d) le terme et la condition et d'autres autolimitations de la volonté; e) la possibilité de modifier les effets légaux de l'acte (surtout s'il s'agit de règles supplétives ou intégratives de la volonté); f) la cause; g) l'objet, etc.

Or, les notions ci-dessus représentent des problèmes, plutôt que des éléments généraux de l'acte juridique; des problèmes, dont la solution est différente pour chaque catégorie d'actes juridiques, qui présentent des exigences et des caractères particuliers.

D'ailleurs, la cause (comme cause suffisante, juste et plausible) concerne seulement les contrats ou promesses en général et les actes de transfert entre vifs : voy. mon ouvrage, *Il contratto*, Milano, 1954-1955.

L'objet est une notion (très obscure) concernant le contrat et le transfert; voy. mon article, *L'objet du contrat*, dans la revue *El Qanoun Wal Ictisad*, 1954, p. 105 suiv.

Les éléments indiqués ci-dessus aux lettres *d* et *e* sont admis seulement dans certains actes patrimoniaux, etc.

(3) Il faut attirer l'attention sur ce «vice versa», parce que très souvent on a transposé les principes et les caractères des contrats (en tant que ceux-ci trouvaient une réglementation générale dans les codes) aux autres actes juridiques. C'est un procédé de généralisation très fréquent.

sion et, en général, des actes extrapatrimoniaux, sont tellement fortes, que la méthode comparative (qu'on devrait *nécessairement* employer lorsqu'on fait des généralisations comme celle de l'acte juridique) ne peut donner que des résultats insignifiants.

En outre, la catégorie générale de l'acte juridique, ayant l'ampleur indiquée ci-dessus, est étrangère à la common law; et, quant au droit égyptien, on sait qu'il ne connaît pas cette catégorie très générale, mais seulement celle comprenant les actes patrimoniaux entre vifs.

En effet, cette dernière catégorie présente une certaine homogénéité, étant donné que, dans toute législation, les actes patrimoniaux entre vifs, surtout le contrat et le transfert, présentent beaucoup de caractères et de principes communs. De façon que, dans ce domaine, la généralisation est plus utile et plus sûre.

Toutefois, comme on le verra, il ne faut pas oublier que, même dans ce domaine, il y a eu une transposition de certains caractères des actes de disposition aux actes d'obligation (voy. infra lettre c), et en particulier une transmission en ce qui concerne notre problème du rôle de la volonté du promettant.

b) La notion d'acte patrimonial entre vifs ou affectant le patrimoine concerne les actes dont le caractère *essentiel* ou l'effet *direct* est celui d'affecter le patrimoine de leur auteur, ou, si l'on veut, de rentrer dans le domaine traditionnel des droits d'obligation et de propriété.

En effet, dans le droit de famille aussi il y a des actes, comme le mariage et l'adoption, qui produisent des effets patrimoniaux (obligation des aliments, succession, etc.); mais ces effets ne sont pas des effets directs, ou ne représentent pas le caractère *essentiel* de l'acte, qu'on définit toujours un acte de droit de famille et non de droit patrimonial (4).

(4) A un autre point de vue il faut rectifier une opinion assez répandue : c'est-à-dire, que l'acte entre vifs au caractère patrimonial, ou à effet patrimonial dans le sens ci-dessus, est un acte où l'intérêt des parties, lui aussi, est patrimonial. Cela n'est pas toujours vrai. Parfois une personne se fait promettre par une autre personne une prestation qui n'a aucune valeur patrimoniale et qui n'est pas susceptible d'exécution forcée : et, pourtant, si ce contrat est assisté par une clause pénale,=

Les actes patrimoniaux entre vifs, dont on a donné la notion, se distinguent en actes d'obligation et actes de disposition.

Les actes d'obligation sont ceux dont le but ou fonction est de créer une obligation : les contrats (comme source d'obligation) et parfois la déclaration de volonté unilatérale (exceptionnellement dans la *civil law* ou droit continental moderne : voy., par exemple, art. 162 cod. civ. égyptien).

Les actes de disposition sont ceux dont le but ou fonction est de disposer d'un droit patrimonial. Ils se distinguent en :

— *transfert* ou aliénation au sens large, y compris l'acte de constitution d'un droit réel;

— *renonciation* ou abandon du droit, dont un exemple est donné par la remise de dette (art. 371 code civil égyptien), mais aussi par la renonciation à une servitude, à un usufruit, à la propriété, etc.;

— *modification* d'un droit préexistant, soit réel soit d'obligation. Celui qui consent à modifier son droit, dispose de son droit. La modification implique parfois des actes d'obligation, surtout lorsqu'on modifie un contrat synallagmatique.

c) A propos de la distinction entre actes d'obligation et actes de disposition, les systèmes latins (y compris le droit égyptien) présentent un certain caractère, qu'il faudra toujours se rappeler pour bien comprendre certains aspects de la théorie de l'acte juridique qui leur sont propres dans les systèmes latins. C'est que dans ces systèmes, l'acte de transfert, en principe et sauf quelques exceptions,

=par la sanction des astreintes, ou par celle de la réparation du préjudice moral (art. 222 c. civil égyptien), on est en présence d'un acte (contrat valable) ayant des effets patrimoniaux. Exemple : un boucher promet, sous une clause pénale, à une association religieuse, de ne vendre que de la viande ayant certaines qualités conformes aux préceptes religieux. (DEMOGUE, *Traité des Oblig.*, 11 n. 759).

Voy., sur cette catégorie des contrats pour des intérêts non économiques ou non patrimoniaux, mon ouvrage, *Il Contratto*, cit., vol. I, p. 163-169; 225; 233; et 252 note 21.

Donc, ce qui compte dans notre définition, ce n'est pas l'intérêt, patrimonial ou moral, des parties, mais l'effet caractéristique ou la sanction de l'acte, qui doit être un effet patrimonial ou une sanction patrimoniale. Dans la plupart des cas, toutefois, l'intérêt aussi a un caractère patrimonial.

est, pour ainsi dire, *absorbé ou incorporé dans le contrat comme acte d'obligation* (voy. art. 204 et 932 code civil égyptien; art. 1138 code civil français; art. 1376 code civil italien, etc.). Même la transcription des droits immobiliers n'est pas un acte de transfert pur, séparé, par exemple, du contrat de vente; la transcription n'est qu'une formalité, (parfois nécessaire même entre les parties), où le titre ou acte à transcrire est encore le contrat de vente, qui contient, quant à la volonté des parties, l'acte d'obligation et l'acte de disposition

Comme on le sait, le système allemand est différent : l'acte de transfert y est séparé du contrat, par exemple, du contrat de vente, qui contient les pures et simples obligations des parties (comme dans le droit romain) : voy. art. 398, 413, 873, 925, 930 code civil allemand; art. 656 suiv., 714 suiv. code civil suisse, et 164 suiv. code suisse des obligations.

Cette fusion ou confusion qu'on trouve dans les systèmes latins, entre acte d'obligation et acte de transfert ou de disposition, a produit des confusions regrettables dans la théorie générale de l'acte juridique. Cette fusion ou confusion a été la source de la théorie de l'objet du contrat comme élément nécessaire (et *logiquement* nécessaire) du contrat : voy. notre article cité ci-dessus à la note 2. Elle a constitué aussi une des équivoques d'où est née la conception de l'obligation comme produit d'un pouvoir ou d'une énergie créatrice de la volonté du débiteur (voy. infra n. 4), et d'autres équivoques.

Le fait qu'une même déclaration de volonté (par exemple, celle du vendeur) ou, pour mieux dire, un acte complexe produit deux effets ou contient deux actes, d'obligation et de disposition, n'aurait pas dû autoriser la fusion ou confusion complète de ces deux actes. A l'occasion, c'est-à-dire lorsque certains problèmes l'exigeaient, on aurait dû distinguer, dans le contrat de vente ou d'autres contrats translatifs, l'effet ou aspect de l'obligation et l'effet ou aspect de la disposition : une distinction à faire, si non comme distinction entre deux actes matériellement séparés, quand même comme distinction logique entre deux aspects différents *d'un acte complexe*.

D'ailleurs, cette distinction est à la base de la publicité (transcription, etc.). Pour la publicité, ce qui intéresse c'est seulement l'acte de disposition, contenu dans le contrat de vente ou d'autres contrats; les différentes conditions ou stipulations de ce contrat base

de la disposition peuvent intéresser en ce qu'elles représentent une suspension ou une résolution de l'effet translatif, mais non au point de vue de conditions ou stipulations concernant les rapports d'obligation entre les contractants.

No. 2 — *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique :
la doctrine classique : le pouvoir ou l'énergie créatrice
de la volonté.*

Comme on le sait, la théorie générale courante et classique conçoit le rôle de la volonté dans l'acte juridique comme celui d'un pouvoir ou d'une *énergie créatrice* de la volonté. C'est la volonté qui crée l'effet juridique, au moins d'une façon médiate, c'est-à-dire à travers la loi. On reconnaît, dans la doctrine la plus accréditée, qu'en définitive c'est la loi qui représente la source primaire de l'effet juridique; mais on ajoute qu'à la base de cette opération de la loi, il y a la volonté du déclarant comme source créatrice dans la réalité de fait ou psychologique. *La volonté crée un effet que la loi reconnaît et réalise «en hommage au respect dû à la volonté de celui qui veut s'obliger»*. Ce qui présuppose aussi la volonté d'un effet favorable au déclarant, un effet que la loi, pour réaliser ou protéger la volonté ou *l'intérêt* du déclarant, réalise dans l'ordre juridique. L'intérêt, au point de vue subjectif, n'est qu'une appréciation, de la part du sujet déclarant, de ce qui lui convient : la loi, reconnaissant l'acte juridique qui contient cette appréciation, la réaliserait dans l'intérêt du sujet lui-même, qui, justement pour réaliser cet intérêt personnel, demanderait l'intervention de la loi ou du Droit comme force ou sanction juridique.

Cette conception du rôle de la volonté se rattache à la notion générale ou généralisante de l'acte juridique comme «déclaration de volonté tendant à produire un effet ou à réaliser un but que la loi reconnaît et protège» (5).

(5) Voy. ci-dessus n. 1 lettre a. Pour les références voy. DEMOGUE, *Traité des oblig.*, cit., I, n. 13; BETTI, *Negoziò giuridico*, cit., chap. I.

On définit l'acte juridique aussi comme «une expression de volonté par laquelle une personne détermine elle-même sa situation juridique» (CROME) : voy. DEMOGUE, *op. et loc. cit.*

D'autres définitions éclaircissent la notion de l'autonomie privée et mettent en relief cette autodétermination de la situation juridique du

A son tour, cette définition de l'acte juridique se rattache à celle du droit subjectif. Comme on le sait, le droit subjectif a été défini, d'après quelques auteurs, «un pouvoir de la volonté» d'après d'autres auteurs, «un intérêt protégé» (par la loi). Une troisième conception synthétique et assez courante contient ces deux éléments, pouvoir de la volonté et intérêt, et définit le droit subjectif comme «*un pouvoir de la volonté pour la réalisation d'un intérêt protégé par le droit*».

Dans cet ordre d'idées, l'acte juridique, défini comme ci-dessus, se présente comme *l'exercice du droit subjectif* : un acte qui exerce le pouvoir de la volonté (contenu dans le droit subjectif) pour la réalisation d'un intérêt du déclarant (6).

Cette conception est assez ancienne : on la rencontre déjà chez Grotius, et peut-être est-elle un produit des écoles de droit naturel et des courants idéologiques et politiques qui ont inspiré ces écoles. Ou bien elle est encore plus ancienne, si l'on peut la faire remonter à certaines conceptions morales ou religieuses (voy. n. 4 lettre a).

Dans son ouvrage *The Jurisprudence of Holland*, traduction, Oxford, 1926, Livre III, Chap. I n. 12, 21 et 25, Grotius, pour expliquer le contrat comme source d'obligation, dit : la raison de cette valeur du contrat consiste en la liberté qu'a l'homme de disposer de ses

=déclarant et, en même temps, qu'il ne s'agit pas de l'autodétermination au sens formel ou dont le contenu n'a pas d'importance, mais d'une autodétermination ou autoréglementation d'intérêts du déclarant; on ajoute que ces intérêts doivent avoir une certaine importance sociale (BETTI, *op. et loc. citt.*, et p. 50; voy. aussi DEMOGUE, *op. et loc. citt.* et p. 31-32 avec d'autres références).

On veut dire par cela que la loi réalise ou protège cette volonté (parfois en l'intégrant) non simplement parce que l'individu veut, mais parce qu'il veut régler ses intérêts (dignes de protection selon l'esprit d'un système juridique donné).

Comme on le verra (ci-dessous note spéciale à la fin du n. 4) même cette définition ne se soustrait pas aux critiques faites ci-dessous aux n. 3 et 4 quant à son application à l'acte d'obligation ou promesse.

(6) BETTI, *op. et loc. citt.*, spécialement p. 71, observe qu'il ne s'agit pas toujours de l'exercice d'un droit subjectif ou d'un pouvoir juridique.

Cette observation aurait dû conduire à nier que le rôle de la volonté dans la promesse est celui d'un *pouvoir* du déclarant d'autodéterminer sa situation juridique, c'est-à-dire d'un *pouvoir de créer* (même d'une façon médiate, à travers la loi) l'effet juridique.

actes; et, comme le pouvoir de l'homme sur sa propriété l'habilité (*enables*) à l'aliéner, de même un homme a le *pouvoir* d'aliéner à autrui, qui accepte, une part ou plutôt une conséquence de sa liberté (7). D'où il s'ensuit que toute limitation posée par la loi à l'efficacité juridique de l'acte (cause, forme, etc.) constituerait une limitation à ce pouvoir de la volonté du déclarant.

Cette conception est devenue de domaine commun, chez les auteurs de *common law* aussi : c'est l'idée de l'autoengagement. Elle inspire aussi ce qu'on appelle le principe de *l'autonomie de la volonté* et de la liberté contractuelle.

Il n'est pas nécessaire de faire des citations.

Dans le seul but de nous rafraîchir la mémoire rappelons :

— DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit. I n. 15, qui, à propos de l'obligation contractuelle, parle d'une énergie créatrice de la volonté du débiteur, libre en nature, mais à laquelle la loi poserait des limitations.

Et Demogue d'ajouter que la loi doit reconnaître aussi les buts non économiques ou moraux du débiteur et l'obligation contractée pour ces buts : «l'homme, dit-il, ne vit pas seulement de pain, il faut se préoccuper de ses besoins plus élevés» (*op. cit.*, II, n. 770). Un système juridique qui ne reconnaît pas le pouvoir de l'homme de s'obliger pour ces buts moraux est inacceptable dans une civilisation développée (DEMOGUE, *op. cit.*, II, n. 759).

— FULLER, professeur de philosophie du droit à Harvard, dans son article *Consideration and Form*, *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41, p. 806-808; écrit : «Among the basic conceptions of contract law the most pervasive and indispensable is the principle of private autonomy. This principle simply means that the law views private individuals as possessing power to effect, within certain limits, changes in their legal relations. The man who conveys property to another, is exercising this power, so is the man who enters a contract, etc.» et dans une note : «The problem generally discussed in this country (les Etats Unis) under the heading «freedom of contract» is the problem of the limits of private autonomy». Voy. autres auteurs cités par Fuller, *op. et loc. cit.*

(7) Voy. aussi GROTIUS, *De jure belli et pacis*, II, chap. XI n. 1 (3, 4), III et IV en relation au n. XIV du même chapitre.

— SUPÉRVIELLE, dans la *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1952, p. 570-571 : «D'accord avec la doctrine et la tradition classiques, l'obligation contractuelle reçoit la sanction du droit en hommage au respect dû à la libre volonté de celui qui veut s'obliger... Je pense, donc j'existe, a dit Descartes. Je veux, donc je m'oblige, a dit Saleilles.»

On ne manque pas de citer Kant et Kelsen : voy. la série d'articles publiés dans les Archives de Philosophie du droit, 1940, n. 1-4 et ici un article de Kelsen (8).

No. 3 — *Critique de la doctrine ci-dessus, à l'égard du contrat ou promesse comme acte d'obligation ou comme déclaration de volonté du promettant.*

Nous croyons que cette doctrine, en ce qui concerne l'acte d'obligation, n'est pas exacte.

(8) Pour cette idée d'un pouvoir de la volonté de s'obliger (auto-engagement, autonomie de la volonté comme pouvoir de créer l'obligation ou autodéterminer la situation juridique du déclarant) voy. aussi :

— PLANIOL, *Traité élém.*, cit., I, n. 289 et 380; II, n. 16, 17 et 18, qui pose, comme Grotius, l'analogie avec l'aliénation d'un droit subjectif; et *op. cit.*, II, n. 303 (où la cause est conçue comme limitation à ce pouvoir) et n. 1195.

— PLANIOL, *Traité Pratique*, Paris, 1952, VI, n. 14 p. 20.

— DEMOGUE, *op. cit.*, I, n. 12 et 14 p. 29 avec d'autres références.

Même la conception de Betti, cit. ci-dessus n. 2 note 6, contient cette idée d'un pouvoir (potestà) de la volonté de s'engager ou d'autodéterminer la situation juridique, bien que la loi en soit la source primaire et qu'elle pose, selon Betti, la limitation ou justification de la fonction économique sociale de l'acte et d'une volonté déclarée ayant une valeur objective séparée du sujet déclarant. Voy. BETTI, *op. cit.* p. 52 et 56, où l'on parle d'une «compétence» ou pouvoir de la volonté d'édicter un précepte, un commandement, une «statuition» ou disposition, ou de «créer» des rapports juridiques, bien que ce précepte soit transformé ou traduit par la loi en précepte juridique avec des modifications, des limitations, des intégrations que la loi considère convenables. D'ailleurs, cette idée de l'acte juridique comme précepte ou commandement est assez répandue dans la doctrine italienne.

Comme on le verra (*infra* note spéciale à la fin du n. 4), même cette conception de Betti n'échappe pas aux critiques dont ci-dessous aux n. 3 et 4.

Il suffit de réfléchir que, si le promettant veut s'obliger et qu'il veut que cette volonté, ce but, se réalise, il n'a qu'à maintenir sa promesse.

Il n'a pas besoin de l'intervention du Droit, de sa sanction, pour produire l'effet qu'il veut, *s'il le veut encore*, lorsque le moment de l'exécution de la promesse arrive.

Le Droit n'a pas à intervenir pour réaliser cette volonté, ce but ou cet intérêt du promettant, de rendre efficace sa promesse; et pourtant, cette intervention du Droit, pour réaliser un intérêt du déclarant, est à la base de la notion de l'acte juridique mentionnée ci-dessus n. 2.

A l'égard de l'acte d'obligation, comme déclaration de volonté du promettant, le Droit n'intervient point pour réaliser la volonté ou l'intérêt (appréciation subjective) du promettant. Au contraire, il intervient lorsque celui-ci a *changé sa volonté, son appréciation d'intérêt*, c'est-à-dire lorsque le débiteur ne veut plus maintenir sa promesse, outre, dans certains cas où il ne peut la maintenir (9). En faisant cela, le Droit, loin de réaliser la volonté ou l'intérêt subjectif du promettant, *va contre* cette volonté ou cet intérêt.

Et alors on ne peut dire que le promettant exerce un pouvoir, une énergie créatrice de sa volonté, un pouvoir de créer un effet que la loi, en intervenant, lui reconnaît et réalise.

Ce qui reste à expliquer ce n'est pas comment le promettant peut s'obliger, mais comment il ne peut plus changer sa volonté et se *soustraire à ce qu'il a voulu dans le passé*.

(9) Si l'on considère la promesse d'une prestation fongible ou l'obligation de réparer les dommages-intérêts pour une prestation infongible, devenue impossible (dans ce dernier cas il s'agit, plus ou moins, d'une espèce de garantie d'un résultat : voy. art. 1147 c. civ. français, 215 c. civ. égypt.; 1218 c. civ. ital., etc. et mon article sur l'Objet du contrat cité ci-dessus n. 1 note 2) alors l'impossibilité de maintenir la promesse est toujours subjective: insolvabilité, difficulté d'exécuter, etc. Dans ce dernier cas, même si le promettant (se trouvant dans cette impossibilité ou difficulté subjective) veut maintenir sa promesse, il s'agit d'une velléité, plutôt que d'une volonté effective de maintenir la promesse, parce que, avec un certain effort, le promettant pourrait toujours la maintenir. En tout cas, au point de vue objectif, l'intérêt du promettant serait de ne pas exécuter l'obligation ou d'en alléger le poids, d'en renvoyer l'exécution, etc.

Cette explication ne peut consister qu'en la position du bénéficiaire de la promesse, celui qui est devenu le créancier. C'est sa confiance en la promesse, avec parfois d'autres raisons justificatives (10), qui détermine la loi à intervenir, par une sanction directe ou indirecte pour le maintien de la promesse, même contre la volonté ou l'intérêt changés du débiteur.

Et, si le concours de la volonté du bénéficiaire de la promesse est nécessaire (acceptation), c'est cette volonté qui tend à créer l'effet juridique et à demander la reconnaissance et la protection du Droit. C'est son intérêt (appréciation subjective), sa volonté que la loi réalise.

D'ailleurs, s'il s'agissait vraiment d'un pouvoir de la volonté du promettant, de l'exercice de son droit, la déclaration unilatérale du seul promettant devrait suffire pour créer l'effet juridique. Au contraire, la loi admet cette déclaration unilatérale comme source d'obligation seulement dans certains cas exceptionnels, où une confiance particulière et d'autres raisons pratiques conseillent aux législateurs cette solution (à part le cas de l'acte formel unilatéral en *common law* qui a d'autres explications historiques). (11).

Les auteurs les plus avisés ont bien compris que le point mort auquel aboutit la théorie mentionnée ci-dessus au n. 2, c'est d'expliquer comment la volonté du promettant, qui aurait ce prétendu pouvoir, ne peut plus changer, comment il ne peut se soustraire à ce qu'il a voulu dans le passé (voy. Kelsen et d'autres auteurs cités au n. 2).

Pour sortir de cette impasse, ils ont eu recours à l'idée de la confiance du créancier, idée qui détruit la théorie d'un pouvoir ou énergie créatrice de la volonté du promettant. — Ou, encore, ils ont eu recours à l'idée, quelque peu analogue, d'une volonté supérieure, qui se formerait dans le contrat par la *fusion* de la volonté des deux parties; une volonté supérieure qui constituerait la loi des parties (art. 1134 code civil français, 147 code civil égyptien; 1372 code civil italien, etc.), et qui empêcherait le débiteur de changer sa volonté et de se soustraire à la parole donnée.

(10) Voy. sur ces raisons justificatives (cause suffisante, juste, plausible) mon ouvrage *Il Contratto*, cit., Vol. I, § 10 à 17, 21 et 26 suiv.

(11) Voy. mon ouvrage *Il Contratto*, cit., vol. I § 12 et 17.

Le pouvoir et le rôle de créer l'effet juridique, qu'on assigne à la volonté du promettant, deviendrait, par cela, un pouvoir ou un co-pouvoir de co-crée, avec la volonté de l'autre partie, cet effet. Mais, à part les critiques qu'on peut adresser à cette idée d'une volonté commune résultant de la fusion de deux volontés (12), l'argument ne peut dissimuler cette réalité, que le promettant, s'il veut maintenir sa promesse, n'a qu'à l'exécuter et qu'il n'a pas besoin de l'intervention du Droit pour cela. En effet, il veut que le contrat soit la loi des parties (c'est-à-dire il veut l'intervention de la loi pour l'assister) en tant que créancier lui-aussi dans les contrats *synallagmatiques* (voy. supra note n. 12).

(12) Une étude approfondie de cette idée d'une volonté commune révélerait, même en matière d'interprétation, qu'il s'agit très souvent d'une fiction, d'une expression figurée, d'une métaphore pour exprimer l'opération de composer le conflit d'intérêts entre les contractants, opération que la loi confère au juge (voy. pour une allusion mon ouvrage *Il Contratto*, cit., vol. I, p. 221 suiv.).

En outre, cette idée ou métaphore d'une volonté commune supérieure concerne spécialement les contrats synallagmatiques, les contrats à titre onéreux et ceux où l'on impose quelque condition à l'autre partie. C'est seulement dans ces contrats qu'il y a un véritable «accord» (qui est à la racine de la métaphore d'une volonté commune résultant de la fusion de deux volontés) : un accord ou consentement en ce sens que, chaque partie consentant ou concédant quelque chose à l'autre, les deux se mettent d'accord, composent leurs intérêts et forment cet accord qui se présente comme volonté commune.

Mais dans les contrats à titre purement gratuit il n'y a pas d'accord ou de volonté commune dans le sens qui donne lieu à la métaphore d'une fusion de volontés. Il y a, et pas toujours, une acceptation du bénéficiaire de la promesse, une acceptation qui est simplement une manifestation de confiance (*reliance* en anglais) en la promesse ou d'expectative qu'elle sera maintenue. — Voy. sur tout cela mon ouvrage *Il Contratto*, vol. I § 17 et 35 *sub a.*

De façon que l'argument de la prétendue volonté commune ou fusion de volonté, que le promettant concourrait à former, ne peut être appliqué aux contrats purement gratuits.

Un réexamen approfondi de la doctrine courante sur le contrat montrerait que plusieurs de ses notions *générales* représentent une généralisation (excessive) de certains traits caractéristiques du contrat d'échange ou à titre onéreux, le contrat plus commun, le contrat par excellence ! Voy. sur ce point mon ouvrage *Il Contratto*, vol. I, p. 43, 56 note 27, 102, 157 - 158, 225, 323 - 326, 350, etc. C'est une des thèses ou *leit motifs* qui inspirent mon ouvrage *Il Contratto*.

En outre, cet argument d'une volonté commune ou fusion de volontés ne peut être appliqué aux contrats purement gratuits (voy. supra note 12); et aux cas où la loi admet l'acte unilatéral comme source d'obligation (voy. supra, et *l'act under seal* dans la *common law*), et où, par définition, il n'y a pas d'accord.

Si tout ce que nous avons dit est exact, s'il est vrai que l'intérêt que la loi réalise dans l'obligation est celui du bénéficiaire de la promesse, il s'ensuit que toute limitation légale à l'efficacité de l'acte d'obligation, toute condition requise par la loi (forme, cause, *consideration de la common law* etc.) constituent une limitation non au prétendu pouvoir de la volonté du promettant, mais au pouvoir, à l'intérêt, à l'expectative du bénéficiaire de la promesse, c'est-à-dire à celui qui veut devenir créancier ou partie active dans le rapport d'obligation. Toutes ces limitations ou conditions entament la confiance (en anglais: *reliance*; en italien: *affidamento*) que cette autre partie a fait en la promesse.

Le problème juridique du contrat, comme acte d'obligation, n'est pas celui de réaliser le prétendu pouvoir de la volonté du promettant, mais de donner ou non, et dans quelle mesure, une action au bénéficiaire de la promesse.

En d'autres termes, c'est le problème de composer le conflit d'intérêts entre le promettant, dont l'intérêt est devenu celui de se soustraire à la promesse ou d'en alléger le poids (la responsabilité), et l'intérêt ou la confiance du bénéficiaire de cette promesse. (13).

Les limitations ou conditions pour l'efficacité juridique de l'acte d'obligation (forme, cause, etc.) sont posées par la loi dans l'intérêt et pour la protection du promettant, et aussi, autrefois et encore aujourd'hui, pour une certaine exigence de certitude des rapports juridiques et pour alléger la tâche du juge.

Le promettant, s'il veut réaliser sa volonté originelle, n'a qu'à maintenir sa promesse, même si ces conditions n'ont pas été respectées; et la loi ne l'empêche pas d'exécuter cette promesse juridiquement nulle (à part le cas d'illicéité, s'il y a une action *ex-officio* ou des tiers pour faire déclarer nulle même l'exécution de la promesse).

(13) Voy. en ce sens, POLLOCK, *Principles of contract*, 13ème édit., London, 1950 p. 1 avec les références.

Au contraire, c'est justement la promettant-débiteur qui, devant les Tribunaux, invoque, le cas échéant, le défaut de ces limitations ou conditions de forme, cause, etc. Ce qui prouve, encore une fois, l'absurdité de la conception d'un pouvoir de la volonté du promettant, que la loi devrait en principe «respecter» ou réaliser, et ne pas limiter. L'absurdité, puisque c'est le titulaire lui-même de ce prétendu pouvoir qui en justice invoque à *son profit* les limitations de son pouvoir !

L'on rencontre la même équivoque à l'égard de ce qu'on appelle liberté contractuelle (*freedom of contract*), puisqu'on dit que ce problème est celui des limites à l'autonomie privée: voy. Fuller, cité ci-dessus au n. 2, et l'art. 1322 code civil italien qui parle de l'autonomie contractuelle comme *pouvoir des parties* de déterminer librement le contenu des contrats (nommés) ou de conclure les contrats (innommés) qu'elles veulent, dans certaines *limites*, établies par la loi.

En réalité, les limitations à ce *pouvoir* ou liberté contractuelle (y compris la forme, la cause suffisante et la *considération de common law*) concernent le pouvoir du *créancier* (futur), ou de chaque partie comme créancière, de créer une obligation à la charge de l'autre partie; et non le prétendu pouvoir du promettant ou *débiteur* (futur) de créer un effet (obligation) *juridique*, qu'il n'a pas besoin de créer, puisque, s'il veut donner effet à sa promesse, il n'a qu'à l'exécuter sans invoquer en justice les limitations susdites.

Les limites à la liberté contractuelle signifient simplement que le contractant, en tant que *créancier* (futur) ou partie *active* du rapport, ne peut chercher à imposer à l'autre partie une obligation sans la garantie de certaines formes ou d'une cause suffisante ou contrepartie, ou de lui imposer certaines clauses trop onéreuses, en prétendant que tout cela ait une valeur ou un effet juridique, c'est-à-dire en prétendant la reconnaissance et l'assistance du Droit comme *force*.

D'ailleurs, comme l'histoire nous l'apprend, la lutte pour la liberté contractuelle en ce sens a été menée par les classes sociales plus fortes des créanciers ou des candidats créanciers, et non par les classes des débiteurs ou des candidats débiteurs, qui, eux, ont lutté pour la limitation de cette liberté contractuelle !

No. 4 — *Les équivoques qui se trouvent à l'origine
de la théorie mentionnée au n. 2*

Pour peu que l'on réfléchisse, notre critique de la théorie mentionnée ci-dessus devient claire et de toute évidence.

Comment s'explique-t-il que des juristes, des savants, dignes du plus grand respect, ont soutenu une théorie pareille ?

En général, il faut être disposé à ne pas attaquer une erreur comme erreur absolue, 100 % : surtout lorsque l'erreur est soutenue par des gens sérieux, on doit être enclin à considérer qu'elle peut contenir une partie de vérité, et que l'erreur consiste dans la généralisation de cette vérité ou dans certaines équivoques.

Autrement, on court le risque de tomber dans l'extrême, ou erreur opposée, comme l'ont fait certains auteurs qui ont voulu attaquer d'une façon excessive cette théorie.

On peut retenir qu'en effet, à l'origine de celle-ci, il y a une partie de vérité avec des généralisations excessives ou des équivoques. Ce que l'on chercherait à montrer tout de suite :

a) A l'origine, l'attention des savants de droit naturel, Grotius, etc., a été frappée par un fait historique auquel ils assistaient : c'est-à-dire le passage d'un système juridique, où l'obligation, du moins dans le domaine des rapports économiques, dérivait souvent du *status* de la personne, dans la société ou la famille, sans sa volonté, à un système où l'obligation surgissait sur la base de la volonté de cette personne. C'est la célèbre transition ou évolution «*from status to contract*» envisagée par MAINE (*Ancient Law* Chap. V) comme loi de l'évolution du Droit.

Les savants de droit naturel, inspirés par certaines idéologies politiques et sociales, voulaient pousser ce processus historique, pour libérer l'individu du lien du *status* et ne le rendre sujet d'une obligation que s'il le voulait (c'est l'individualisme, qui aboutit à la révolution française et qui veut faire du contrat, ou de la volonté de l'individu, la source et l'explication de toute obligation).

Mais dire que dans le droit moderne l'homme, en principe, ne doit être obligé que s'il le veut est une chose (et c'est la vérité) (14) ;

(14) Toutefois, de nos jours, paraît-il, on est en présence d'un nouveau processus historique qui semble aboutir encore, bien que sous des aspects nouveaux, à un système où l'obligation dérive du *status* de la personne dans l'organisation économique de la société, plutôt que du contrat.

et autre chose est de dire que l'obligation, comme effet juridique, est le produit d'un pouvoir ou énergie créatrice de la volonté du promettant que la loi reconnaît et réalise (c'est l'équivoque). Dans la première proposition, la volonté, comme «*voulu*» (passé) et non comme «*vouloir*» (présent), est une simple condition de l'effet juridique et non l'exercice d'un pouvoir d'atteindre un but ou un intérêt et de demander la reconnaissance et l'assistance du droit pour le réaliser.

Mais les savants de droit naturel, tombant dans l'équivoque, firent le raisonnement suivant : la volonté seule de l'homme peut l'obliger, donc, l'homme a un pouvoir de s'obliger. Où le sophisme est évident.

Toutefois l'origine de la théorie d'un pouvoir de la volonté de s'autoengager est, peut-être, plus ancienne. Probablement elle remonte à certaines conceptions religieuses et morales concernant les promesses (même juridiques) envers Dieu ou envers le promettant lui-même, c'est-à-dire envers sa conscience morale. Ces conceptions impliquaient, dans un certain sens, l'idée d'un *pouvoir* de la volonté de créer un précepte, une autorité sur elle-même, un lien sur sa conduite future et, partant, un *autoengagement*. Mais, transportées dans le domaine du contrat des systèmes juridiques plus évolués, ces mêmes conceptions ne s'adaptaient plus à l'esprit de ceux-ci. Dans cet esprit, ce qui compte est la position du bénéficiaire de la promesse, le créancier, envers lequel on s'oblige et auquel la loi reconnaît, dans de différentes manières, un droit à la réparation de l'intérêt lésé par la violation de la promesse. Evidemment, cette position du créancier n'est pas celle de Dieu ou du promettant lui-même (de sa conscience) : la promesse engage non en vertu du dit *pouvoir* de s'autoengager, mais en considération de la position du créancier. Le droit canon tenait compte de cette distinction entre la promesse, ayant une valeur religieuse ou morale, et la promesse considérée comme rapport envers un créancier qui demande la réparation des dommages-intérêts. Dans le premier cas, le droit canon appliquait la loi divine et la cause était traitée devant l'autorité purement religieuse, avec une procédure spéciale et des sanctions purement religieuses (excommunication, censure, etc.). Dans l'autre cas, comme c'était une personne privée (le créancier) qui demandait la satisfaction de son intérêt privé, la cause était traitée devant les tri-

bunaux de l'Eglise, en compétition avec les tribunaux laïques ordinaires, et l'on appliquait le droit civil commun, comme devant ces tribunaux ordinaires (15).

A un autre point de vue, les théories du contrat social, assez équivoques elles-aussi, ont influencé la conception d'un pouvoir de s'autoengager, en tant qu'elles se fondaient sur l'état de nature et sur un pouvoir de l'homme (dans l'état de nature) de céder ou transférer une part de sa liberté naturelle : d'où la prétendue assimilation entre l'acte d'aliénation de la propriété et la promesse (voy. GROTIUS, cité ci-dessus au n. 2).

b) Dans l'obligation contractuelle, la volonté du promettant *créée*, (en général *en concours avec d'autres éléments*) la situation, à laquelle la loi, dans l'intérêt de l'autre partie et de l'ordre social, rattache la naissance d'un lien, responsabilité ou sanction juridique. Voilà la vérité.

Mais cela ne signifie pas que c'est la volonté du promettant, comme exercice du prétendu pouvoir susmentionné, qui crée cet effet juridique. Voilà l'équivoque.

En réalité, il ne s'agit pas, pour le promettant, d'avoir créé ce lien ou effet juridique, mais d'être tenu à l'observer pour l'avoir *voulu*, pour avoir créé cette situation de confiance à l'égard d'une autre personne. La loi rattache l'effet juridique non au «*vouloir*» présent du promettant (qui, peut-être, a changé d'avis: voy. n. 3), mais au «*voulu*» passé, et non seulement à ceci, mais aussi à une situation bien plus complexe, dont fait partie la confiance du bénéficiaire de la promesse et son acceptation comme manifestation de cette confiance (en anglais, *reliance*: voy. mon ouvrage *Il Contratto*, p. 79 et § 17, 26, 27 et 29).

c) Une autre source d'équivoque a été le fait que, dans le contrat synallagmatique (16), chaque partie assume en même temps le rôle actif et passif, de créancier et de débiteur. Ce qui a fait attribuer, à chaque partie, même en sa qualité de promettant, l'idée d'un *pouvoir*, qui lui revient en réalité seulement en tant que créancier.

(15) Voy. sur ces points mon ouvrage *Il Contratto*, I, § 4, p. 42 et 46 avec les références.

(16) On a ici un autre exemple des équivoques engendrées par l'attention excessive prêtée au contrat synallagmatique comme contrat par excellence. Voy. supra n. 3, note 12.

d) Celui qui veut s'obliger dans un contrat juridique, *au moment* où il s'oblige, il veut que son acte d'obligation, comme *moyen* vers un but (contreprestation, libéralité), soit juridiquement efficace pour réaliser ce but. Cela est vrai. Mais cela ne concerne pas notre problème, qui est celui de voir si et pourquoi la loi sanctionne ce «*voulu*» et concède une action à l'autre partie, lorsque le promettant a changé de volonté ou d'intérêt, c'est-à-dire lorsqu'il ne veut plus ce but et, par conséquent, le moyen.

e) Une autre source d'équivoque, enfin, a été la généralisation excessive de la notion d'acte juridique (voy. supra n. 1 lettre a).

Sans doute, dans certains actes juridiques, le déclarant exerce un *pouvoir* de la volonté pour atteindre un but ou pour un intérêt que la loi reconnaît et réalise. Sans doute, dans ces cas, la volonté (d'une façon médiate : voy. supra n. 2) crée l'effet juridique; et ici l'on peut parler d'un pouvoir ou d'une énergie créatrice de la volonté du déclarant. Il veut l'intervention du Droit pour produire cet effet; et, en tout cas, il a besoin de cette intervention pour le produire.

Ce sont les cas du mariage (à part les devoirs qui en dérivent), de l'adoption et, en général, des déclarations de volonté par lesquelles (avec l'aide de la loi) on crée un *status*.

C'est le cas du testament, et même des actes de disposition d'un droit patrimonial, en tant que l'on ne considère pas le devoir du disposant de ne pas contrecarrer son propre fait (voy. infra n. 8).

Ce sont, en général, les cas où la déclaration de volonté constitue l'exercice de ce qu'on appelle un *droit formataire* : par exemple, déclaration de résolution d'un contrat, d'exercice d'un droit d'option, de mise en demeure etc. (voy. supra n. 1 lettre a).

Or, la doctrine mentionnée au n. 2, par un de ces procédés de *généralisation* qu'on a déjà critiqués, a généralisé un trait caractéristique de certains actes juridiques, *assez nombreux*; et elle a étendu ce trait à l'acte d'obligation qui, au contraire, a des caractères particuliers, auxquels cette notion d'un pouvoir ou énergie créatrice de la volonté ne s'adapte pas.

L'équivoque, engendrée par l'extension du caractère de l'acte de disposition comme exercice d'un pouvoir de la volonté ou d'un droit,

a été facilitée par la fusion ou confusion, dans les systèmes latins, entre acte d'obligation et acte de disposition dans les contrats translatifs (voy. supra n. 1 lettre c).

Comme on l'a vu, l'assimilation ou parification entre acte de disposition de la propriété et acte d'obligation, est à l'origine de la doctrine critiquée (voy. supra n. 2, les citations de Grotius et Fuller). A ce propos, et en particulier à propos de l'idée de Grotius d'un pouvoir du débiteur d'aliéner sa personne ou sa liberté, l'on pourrait présumer que cette idée représente une réminiscence d'autres systèmes juridiques. En effet, dans certains systèmes primitifs, dont le droit romain primitif, l'acte d'obligation s'accomplit par une disposition que le débiteur fait de sa personne, de sa liberté, en se donnant au créancier (d'où l'assimilation avec l'aliénation de la propriété). C'était, évidemment, un pouvoir de disposer que seulement l'homme libre, jouissant de la personnalité ou capacité juridique, avait et pouvait exercer.

Mais, quoi qu'on pense de cela, aujourd'hui l'acte d'obligation ne consiste plus en cette aliénation que le débiteur fait de sa personne.

Tous ces facteurs de l'idée d'un pouvoir d'autoengagement, mentionnés ci-dessus aux lettres *a*, *b*, *c*, *d*, *e*, ont contribué à la formation de cette idée; mais ils l'ont fait d'une façon tellement compliquée et embrouillée, qu'il est très difficile d'établir comment et dans quelle mesure chacun de ces facteurs y a contribué.

Note spéciale. Aux critiques adressées ci-dessus (n. 3 et 4) à la théorie d'un pouvoir de la volonté de s'autoengager, ne se soustrait pas la conception de Betti dont au n. 2 note 5. En effet, il s'agit de voir pourquoi cette autoréglementation d'intérêts doit engager le promettant (ou, comme le dit Betti, doit être *impegnativa* ou exiger d'être observée, ou se détacher de la volonté et même s'y opposer: Betti, *op. cit.* p. 40-42, 46, 48, 51, 53, 58-59, 152, 158-159 *passim*). En d'autres termes, pourquoi le promettant ne peut changer l'appréciation de ses intérêts qu'il a faite au moment de la promesse et les régler d'une autre façon. — Comme nous l'avons vu, ce «pourquoi» ne peut consister en un pouvoir de la volonté de créer, bien que médiatement à travers la loi, des rapports juridiques (*contra Betti, op. cit.*, p. 45).

Si ce «pourquoi» consiste en la confiance du bénéficiaire de la promesse (idée à laquelle Betti semble faire allusion, lorsqu'il dit que l'acte juridique *légitime* le bénéficiaire ou les tiers, ou indique

une ligne de conduite, ou lorsqu'il parle de la bonne foi dans les contrats: *op. cit.*, p. 158-159 et p. 41 et 53), alors comme nous l'avons vu, il faut reconnaître que cette idée détruit celle d'un pouvoir du promettant de créer des rapports juridiques. Pareillement celle-ci est détruite par l'idée assez vague que la promesse, ayant une valeur juridique, a déjà sur le terrain social la valeur d'engager le promettant (*un valore socialmente impegnativo*: *op. cit.*, p. 41, 152 et 158): ou que cette valeur juridique est *justifiée* par la fonction économique-sociale du contrat (voy. sur ce point mon ouvrage *Il Contratto*, cit., 1, § 19).

La même chose on peut dire quant à l'idée d'une autoresponsabilité du déclarant, laquelle accompagnerait la liberté de sa volonté privée (*Betti, op. cit.*, p. 46 et 160); car dans cet ordre d'idées, le rapport juridique ne serait pas créé par un *pouvoir* ou «*potestà*» de la volonté, mais par ce fait que le promettant est responsable pour avoir voulu ou promis quelque chose. D'ailleurs, cette idée de responsabilité est trop vague, sauf s'il s'agit de la responsabilité pour avoir déterminé une *certaine* confiance ou expectative dans le bénéficiaire de la promesse.

D'autre part, *Betti* (*op. cit.*, p. 304) ne nous explique pas pourquoi la promesse unilatérale (non acceptée) n'oblige pas en principe, si ce pourquoi n'est pas la confiance manifestée par l'acceptation comme accord au sens propre (voy. ci-dessus n. 3 note 12 et mon ouvrage *Il Contratto*, § 17 et 35 *sub a*).

Il ne faut pas oublier que *Betti* aussi, en tant qu'il parle d'une protection ou réalisation (par la loi) de la volonté ou intérêt du contractant (*op. cit.* p. 44-47, 49-50, 152, 159 et *passim*), tombe dans l'équivoque entre la position active et la position passive du contractant dans les contrats synallagmatiques (voy. aussi *op. cit.*, p. 40-41 avec citation de *Domat*, et p. 46). Il tombe aussi dans l'équivoque ou confusion entre l'acte d'obligation et acte de disposition ou d'exercice d'un droit formataire (*op. cit.*, p. 71 et 290-294); voy. ci-dessus n. 4 lettre *e*.

D'ailleurs, *Betti*, comme d'autres auteurs (voy. *Demogue, Traité des oblig.*, cit. I, p. 31, 33-34, 56, 59 et II, p. 129-130), adopte cette conception de l'acte juridique comme «précepte» qui lie le déclarant

(*precepto impegnativo*) indifféremment pour la promesse et les autres actes juridiques (voy. pour l'ampleur de cette catégorie, ci-dessus n. 1 lettre *a*, note 1).

Mais le problème ne se pose pas de la même façon pour la promesse et pour les autres actes juridiques. Il peut se faire que dans ces derniers, même lorsqu'il s'agit d'un véritable pouvoir de créer l'effet juridique (actes de disposition, exercice d'un droit formataire, acte de constitution d'un *status* familial, etc. voy. ci-dessus n. 4 lettre *e*), l'acte doit rester ferme, sans possibilité de le révoquer, du moins unilatéralement. Mais cela (à part le cas que cet acte soit aussi un acte d'obligation, par ex. exercice d'un droit d'option ou qu'il implique des obligations) dépend du fait que l'acte crée une espèce de *status* juridico-social du bien, du droit, ou de la personne. Il n'y a pas dans ces autres actes ce caractère, qui est propre à la promesse, de créer une confiance ou expectative que *quelque chose sera fait* par le déclarant, caractère qui pose le problème de satisfaire cette expectative, le problème du contrat et de la promesse. Au contraire, par les autres actes mentionnés ci-dessus, on ne crée pas cette expectative que quelque chose sera fait; on fait ce quelque chose, on le réalise immédiatement, à vrai dire *par le pouvoir de la volonté de créer* l'effet juridique (à travers la loi ou par son aide). C'est, dans un certain sens, l'application du principe *factum infectum fieri nequit*: ce qui a été fait ne peut plus être détruit (à part les raisons spéciales qui justifient le caractère définitif de la constitution d'un *status personnel*).

D'ailleurs, l'acte d'exercice d'un droit formataire n'est pas toujours irrévocable (par ex., la mise en demeure).

Nous avons consacré cette note particulière à la pensée de Betti, parce que celle-ci constitue l'effort le plus considérable pour harmoniser la théorie d'un pouvoir de la volonté avec les problèmes du caractère obligatoire de la promesse ou acte d'obligation. Cet effort, croyons-nous, bien qu'admirable, ne pouvait aboutir qu'à un résultat négatif.

No. 5 — *Conséquences de la doctrine mentionnée au No. 2.*

Nous avons fait une critique assez longue et approfondie de cette doctrine, parce que son équivoque-base a eu des influences remarquables dans des problèmes importants du droit des contrats.

a) En effet, si l'on admet l'idée d'un pouvoir ou énergie créatrice de la volonté du promettant, la tendance fatale en est la proclamation du principe du pur ou nu consentement (*pactum nudum*) comme base du contrat. La simple volonté sérieuse de s'obliger, au maximum avec l'acceptation (adhésion) du bénéficiaire, devrait suffire pour créer l'obligation juridique. Toute condition de forme, cause, (considération dans la *common law*) etc., apparaît alors comme une offense à cette liberté, à ce pouvoir naturel de l'homme de s'obliger, comme une limitation à ce pouvoir ou une condition de justification de son exercice (17).

En effet, ceci a été l'argument idéologique le plus formidable qui a inspiré la doctrine du consentement pur, du *solus consensus obligat* : c'est la volonté de l'homme libre, qui crée, et qui doit avoir le pouvoir de créer, l'obligation comme lien juridique. Le droit doit se borner à reconnaître, à réaliser cette volonté, dans les limites de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Par cela, un rideau fumigène venait à s'étendre sur les problèmes fondamentaux du contrat, et les notions inhérentes de: cause, forme, autonomie de la volonté, liberté contractuelle, valeur du consentement pur, etc. (contre la théorie du *solus consensus obligat*, voy. mon ouvrage. *Il contratto*, cit., I § 7 suiv.).

D'autre part, cette position du problème dans les termes équivoques d'un pouvoir ou liberté de l'homme de s'obliger, et dans cette inspiration idéologique, devait fatalement, dans une revision critique du problème, provoquer des réactions tendant à l'extrême idéologique opposé, surtout en relation à certains aspects de la civilisation contemporaine. Voy., en France, le courant qui remonte à Duguit et qui, pratiquement, nie la notion d'acte juridique ayant à sa base la volonté privée; et la théorie de la fonction économique-sociale du contrat comme base de la reconnaissance juridique du contrat (voy. sur ce point mon ouvrage *Il Contratto*, I, § 19).

(17) Cette idée de la cause suffisante comme limitation d'un pouvoir ou comme justification de son exercice repose sur un malentendu à propos de la fonction de la cause. Celle-ci, même lorsqu'il s'agit de l'exercice d'un pouvoir, tel que le pouvoir de disposition, fonctionne comme moyen de protection du promettant ou disposant, et non comme limitation ou justification de l'exercice d'un pouvoir (voy. mon ouvrage, *Il Contratto*, cit., I, § 1, 10 à 17, 21, 23 et 26 suiv.).

Si l'on avait reconnu que dans le contrat, comme acte d'obligation, il ne s'agit pas d'un pouvoir de la volonté de l'individu, mais d'une composition d'intérêts (par la loi) entre la responsabilité du promettant pour avoir *voulu* (voy. supra n. 3 note 13 et n. 4 lettre *b*) et la confiance ainsi déterminée dans le bénéficiaire de la promesse qui, lui, *veut*; si l'on avait reconnu cela, peut-être aurait-on évité d'arriver à ces réactions extrêmes.

b) L'idée d'un pouvoir ou énergie créatrice de la volonté (de s'autoengager), comme source de l'obligation contractuelle, a influencé aussi la doctrine des vices du consentement et surtout de l'erreur. D'après cette idée un vice de la volonté rend l'acte nul ou, du moins, annulable *par le seul fait que la volonté, source en elle-même de l'obligation en base à ce pouvoir, est viciée*, même lorsque le vice n'implique aucun préjudice pour le contractant. Et cela contre la tradition du droit romain et commun qui concevaient le remède contre l'erreur seulement au point de vue d'une rescision pour lésion (18).

Il a fallu longtemps avant d'arriver, dans les codes plus récents, à sentir l'injustice de cette conception de l'erreur et à la mitiger par un remède (voy. art. 1432 c. civ. ital. et 124 c. civ. égypt.).

c) Peut-être la conception dualistique, qui oppose la volonté et la déclaration, avec les problèmes inhérents, est-elle due à cette idée d'un pouvoir de la volonté individuelle de créer l'obligation, idée impliquant celle d'une «volonté *interne* qui seule a une valeur termes indiqués ci-dessus au n. 3 note 13.

Probablement on aurait évité cette conception dualistique, avec toutes les équivoques et les difficultés inhérentes, si l'on n'avait pas adopté ce dogme du pouvoir de la volonté individuelle de s'auto-engager et que l'on avait conçu le problème du contrat dans les termes indiqués ci-dessus au n. 3 note 5.

D'ailleurs, le dualisme et le problème volonté-déclaration ne se présentent pas de la même façon pour tous les actes juridiques (le contrat, le testament, les actes de famille ou de constitution d'un

(18) Voy. sur ce point mon ouvrage *Il Contratto*, cit., I, § 3 lettre *b* note 5 et § 4 note 9 avec les références.

(19) Voy. pour une allusion PLANIOL, *Traité élém.*, cit., I, n. 277 avec citation de Saleille.

status, d'exercice d'un droit formataire, etc.). En tout cas, cette conception dualistique et celle des vices de la volonté, dont ci-dessus à la lettre *b*, ont produit des règles qui sont peut-être adéquates ou fonctionnelles pour certains actes juridiques (comme le testament et parfois la donation), mais qui ne le sont pas pour les contrats en général.

d) Naturellement, même la doctrine de l'interprétation du contrat a été influencée par cette théorie du pouvoir de la volonté individuelle de s'autoengager (20). Mais les produits et les sous-produits de la théorie critiquée ne s'arrêtent pas ici.

No. 6 — *L'intention de s'engager juridiquement
ou avec certains effets juridiques.*

La négation d'un pouvoir de la volonté du promettant, de créer l'effet juridique (énergie créatrice!), n'implique pas que l'intention du promettant de s'engager *juridiquement* n'ait aucune importance. Au contraire, pour que d'une promesse dérive l'effet juridique de l'obligation (juridique), il faut que le promettant ait entendu s'obliger sur le plan juridique et non simplement sur le plan des rapports sociaux, moraux, de courtoisie, d'amitié, etc.

Cela résulte du fait que, si non le *vouloir* présent, le *voulu* passé est un élément constitutif de la situation complexe à laquelle la loi rattache l'effet juridique de l'obligation (voy. supra n. 4 lettre *b*).

Si le promettant a voulu promettre ou s'obliger, mais qu'il n'a pas voulu s'obliger juridiquement, on ne peut le tenir lié sur le plan juridique contre sa volonté.

Mais il faut bien s'entendre sur ce point, qui a donné lieu, surtout dans la *civil law* (droit continental), à des discussions interminables (21) et qui demande quelques éclaircissements.

(20) Voy. pour une allusion mon ouvrage *Il Contratto*, cit., I, p. 1 43 et 75.

(21) La question se présente dans la *civil law* ainsi que dans la *common law*. Dans la *common law*, évidemment, la question peut se présenter seulement pour l'opération d'échange au sens large (*bargain*: comprenant aussi des prestations n'ayant aucune valeur patrimoniale ou ne rentrant pas dans le domaine des opérations patrimoniales typiquement juridiques), et cela parce que la *common law* ne reconnaît pas la promesse non formelle sans une contrepartie (*consideration*), bien que minime : voy. =

Dans le domaine des affaires ou opérations *typiquement* juridiques, c'est-à-dire celles qui, d'après les mœurs et l'esprit d'une société donnée, sont considérées comme normalement juridiques (contrats nommés et contrats analogues), l'intention de s'engager juridiquement semble disparaître, absorbée dans ce caractère typique de l'affaire. Il paraît que le simple fait de conclure une vente, un louage, etc., oblige juridiquement, sans avoir égard à l'intention des parties, comme s'il s'agissait, par cette conclusion, de mettre simplement en mouvement un mécanisme juridique, tel que la cérémonie des systèmes juridiques primitifs (cette idée de la mise en mouvement d'un mécanisme juridique est implicite dans la théorie de Duguit, mentionnée ci-dessus au n. 5 lettre *a*, qui implique naturellement la négation de la nécessité de l'intention juridique).

Maïs il s'agit là d'une simple apparence. Cette apparence est déterminée par le fait que dans le 99,99 % des cas, l'intention de s'engager juridiquement est présente dans ces opérations typiquement juridiques, *puisque l'homme qui vit et opère dans une société donnée fait partie de l'expérience de celle-ci*. On peut dire la même chose quant aux formes contractuelles en usage (la *stipulatio*, du droit romain, l'*act under seal*, de la *common law*, etc.).

Si cet homme ne connaît pas la valeur typiquement juridique (dans une société donnée) de ces opérations, s'il vit dans les nuages, s'il est complètement étranger aux mœurs et à l'esprit de cette société, ou s'il veut, contre ces mœurs et cet esprit, se réserver de ne pas s'engager juridiquement, alors une question de responsabilité

=mon ouvrage, *Il Contratto*, I, § 26 suiv. Certains auteurs soutiennent que l'intention de s'engager *juridiquement* n'est pas nécessaire: voy. BETTI, *Teoria generale del Negozio giuridico*, cit., 1950, p. 80 suiv. et plusieurs autres auteurs cités par Betti; WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, New York, 1936, vol. I § 21. D'autres soutiennent, au contraire, que cette intention est nécessaire: voy. les auteurs cités dans la vaste bibliographie donnée par Betti, *op. et loc. cit.*; CHESHIRE and FIFOOT, *The Law of Contracts*, London, 1952, p. 87 suiv.; ANSON, *Principles of the English Law of Contract*, 19e éd., Oxford, p. 48 suiv.; POLLOCK, *Principles of Contract*, 13 éd., London, p. 3; SIMPSON, *Handbook of the law of contracts*, St. Paul, 1954, p. 19 suiv. (c'est l'opinion la plus répandue dans les pays de *common law*). Toutefois, chez les auteurs de *civil law* cette question se complique avec celle de «l'intention juridique» et de «l'intention empirique» (voy. ci-dessous n. 7). Pour la jurisprudence: voy. ci-dessous n. 9.

surgit pour la protection de l'autre partie. Cette réserve doit être expresse ou très claire, de façon que l'autre partie puisse s'en rendre compte avant de contracter, si elle veut, sur la base des simples rapports sociaux ou moraux. C'est un principe, celui de la protection de la confiance du cocontractant, qu'on trouve appliqué dans d'autres domaines du droit des contrats.

Mais cette réserve est admise (voy. tous les auteurs cités ci-dessus, note 21, et la jurisprudence ci-dessous au n. 9).

Or, si elle est admise, cela suffit pour montrer que l'intention de s'engager *juridiquement* est un élément important même dans ces opérations typiquement juridiques, et que le caractère typiquement juridique de ces opérations crée seulement une espèce de présomption légale de l'existence de cette intention : une présomption qu'on doit combattre dans certaines manières (réserve expresse ou très claire).

Tout cela quant aux opérations typiquement juridiques. Mais en présence d'une opération qui n'a pas ce caractère typique ou d'une promesse non formelle à titre purement gratuit (*à part les contrats réels*), l'intention de s'engager juridiquement montre toute son importance. Dans ces opérations ou promesses, la présomption ci-dessus n'opère pas. Le juge doit rechercher dans les circonstances du cas concret ou dans la cause plausible l'existence de cette intention : voy. pour la doctrine et la jurisprudence de *civil law* et *common law* mon ouvrage *Il Contratto*, cit., vol. I, § 1 et 31 et vol. II, première partie, chap. V et deuxième partie, chap. III; voy. aussi ci-dessous n. 9.

Il peut se faire qu'un système juridique donné (surtout les systèmes moins évolués), pour éviter cette recherche délicate, admette seulement certains contrats typiques et les contrats formels: voy. le droit romain.

Des questions analogues peuvent se présenter à propos de la distinction entre une offre et une simple proposition : voy. pour les références Pothier, Saleilles, Demogue, etc., mon ouvrage *Il Contratto*, I, § 1, p. 10.

Pour conclure : à un point de vue pratique, le problème de l'existence de l'intention de s'engager juridiquement devient toujours plus important et plus difficile, au fur et à mesure qu'on passe des contrats

typiques aux contrats non typiques, y compris les promesses non formelles à titre purement gratuit. Le point extrême est représenté par ces rapports qui, dans les mœurs, sont considérés comme rapports moraux, sociaux ou de simple courtoisie, et qui, toutefois, peuvent donner lieu à un contrat (au sens juridique), si cette intention résulte clairement, par exemple, d'une clause pénale, etc.

Mais il s'agit là, comme nous l'avons dit, d'un point de vue pratique, qui n'exclut jamais l'importance de l'intention de s'engager juridiquement comme élément base de l'acte d'obligation. Ce qu'on peut dire, à ce point de vue, c'est que dans les contrats typiques (opérations typiquement juridiques) le défendeur a la charge de prouver qu'il n'avait pas cette intention et que cela était bien connu par l'autre partie; tandis que dans les autres opérations et dans les contrats non formels (et non réels), à titre purement gratuit, c'est le demandeur qui doit prouver l'existence de l'intention du promettant de s'engager juridiquement.

Si cela est vrai, on peut douter que la plupart des discussions interminables sur l'importance de l'intention de s'engager juridiquement ont été déterminées par une erreur de perspective, c'est-à-dire d'avoir considéré surtout les cas les plus communs, les contrats d'échange de valeurs patrimoniales (les contrats par excellence!), d'avoir pris une présomption d'existence de l'intention juridique pour manque d'importance de cette intention, et d'avoir généralisé cette apparence ou impression fallacieuse à tous les autres contrats et actes juridiques n'ayant pas ce caractère. C'est cette même tendance de la théorie générale de l'acte juridique que nous avons critiquée ci-dessus au n. 3 note 12 et n. 4 note 16.

No. 7 — *Suite: La question de « l'intention juridique »
et de « l'intention empirique ».*

Une autre question très débattue, qui se rattache au problème ci-dessus, est celle de savoir si l'intention des parties doit envisager les effets de l'acte, tels qu'ils sont établis ou prévus par le Droit (effets juridiques ainsi déterminés); ou bien s'il suffit que les parties aient génériquement ou pratiquement l'intention de s'engager, sans envisager ces effets qui seraient établis par le Droit comme effets dépendant de l'acte, *objectivement* considéré, plutôt que de la vo-

lonté des parties. On parle, dans ce dernier cas, d'une «*intention empirique ou pratique*», par opposition à une «*intention juridique*» (22).

Or, cette question, elle aussi, a été déterminée par la même équivoque, qu'on a mentionnée ci-dessus. Entre autres, elle mêle deux problèmes qui présentent des aspects différents, à savoir :

a) la détermination, par la loi, de la sanction juridique ou des sanctions juridiques pour l'inexécution d'une promesse (exécution forcée en forme spécifique, réparation des dommages-intérêts, vente forcée des biens du débiteur, astreintes, etc.);

b) la détermination, par la loi, de certains effets *normaux* de tel acte, comme la garantie pour éviction, pour les vices cachés, une certaine mesure de la responsabilité, lieu et date du paiement, intérêts pour le retard, etc.

Ce sont ces effets de droit *substantiel* qu'on appelle *naturalia negotii* ou éléments naturels de l'opération; des éléments que la loi prévoit pour *intégrer*, d'après l'expérience et la raison, la volonté des parties.

Examinons séparément les deux questions.

a) Sans doute la condition que le déclarant doit avoir l'intention juridique (de s'engager juridiquement) ne signifie pas qu'il doit entendre se soumettre à une sanction juridique déterminée dans ses caractères et détails, ou qu'il doit spécialement l'envisager. Et cela pour des raisons pratiques de toute évidence : autrement beaucoup de promesses seraient nulles pour manque de cette intention ou prévision spécifique !

Par «*intention juridique*», on veut dire simplement que le promettant doit entendre s'engager sur le plan juridique, se soumettre à la possibilité d'une contrainte, d'être appelé devant un Tribunal (sanction au sens générique), et non sur le plan social, moral, etc. C'est une distinction que même le profane, l'homme de la rue, le *common man* entend et pratique sans tant de subtilités.

(22) Pour ces discussions, elles aussi interminables, voy. les références chez BETTI, *Negoziio giuridico*, cit. p. 80; et VON TUHR, *Allgemeine Teil des deut. bürg. Rechts*, cit., § 50.

Comme s'exprimait très simplement Pothier dans son *Traité des obligations*, n. 3, citant Grotius, il doit s'agir de «ces promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement». Et tous, aussi simplement, entendaient ce qu'il voulait dire par cette allusion à l'idée d'un «droit».

Comme on l'a vu, la volonté du promettant peut exclure la sanction juridique, soit expressément (dans les opérations typiquement juridiques), soit implicitement (dans les opérations n'ayant pas ce caractère et surtout dans les contrats non formels et non réels à titre gratuit). C'est ce que Pothier, *op. et loc. cit.*, dit très clairement.

C'est une autre question que celle de voir si les parties, outre à exclure la sanction juridique, peuvent aussi modifier cette sanction (statuer l'exécution en forme spécifique, ou l'astreinte judiciaire, ou la vente forcée des biens, etc., dans un système qui ne prévoit pas ces sanctions), ou la limiter à certains de ses aspects.

Il y a là, alors, un problème d'ordre public, parce que, du moins dans les systèmes juridiques modernes, la détermination des sanctions et la procédure inhérente constituent un monopole de la loi, sauf pour certains cas, comme la clause pénale, les formes de vente d'une chose donnée en gage, etc. (voy. mon ouvrage *Il Contratto*, I, § 21 lettre *b*).

Voilà, donc, peut-être une source d'équivoque : le fait qu'en principe les parties ne peuvent modifier le type ou les types de sanction de l'obligation adoptés par la loi, a fait croire que l'existence ou la non existence de la sanction juridique (c'est-à-dire le caractère juridique ou non juridique d'une promesse) ne dépend pas de l'intention des parties et que celle-ci n'est pas importante (voy. pour cette équivoque assez probable, BETTI, *Negoziio giuridico*, cit., p. 87 suiv., et ici d'autres auteurs).

b) Quant aux *naturalia negotii*, le problème est différent. Il s'agit des effets de droit *substantiel* que, dans le *silence des parties*, la loi rattache à certains contrats typiques ou d'autres analogues, pour *intégrer*, d'après l'expérience et la raison, la volonté des parties, c'est-à-dire pour donner à ces contrats les effets que les contractants, faisant partie de cette expérience, auraient probablement voulu, s'ils avaient prévu la question.

Etant donnée cette notion, il est clair :

1°) que, par la définition elle-même des *naturalia negotii*, on ne demande pas que les parties doivent envisager spécifiquement ces effets; et il est clair, par conséquent, qu'il suffit de ce qu'on appelle «*intention empirique ou pratique*», c'est-à-dire l'intention d'accomplir telle affaire ou opération à un point de vue pratique, avec toutes les conséquences qu'en pratique et normalement l'expérience et la raison lui rattachent;

2°) que la détermination, par la loi, des *naturalia negotii* est possible seulement dans les contrats typiques, nommés, ou d'autres analogues, où le fait qu'ils sont d'usage fréquent ainsi que l'expérience permettent d'intégrer la volonté des parties. Mais, pour les contrats non typiques, l'intégration doit être faite par une opération assez délicate et difficile *d'interprétation* dans chaque cas concret (comme pour la recherche de l'intention de s'engager juridiquement)

C'est pour cette difficulté que certains systèmes juridiques n'admettaient que le contrat formel et certains contrats typiques (voy. le Droit romain, où il faut aussi tenir compte du système de procédure: actions typiques);

3°) enfin, que les parties peuvent exclure et *modifier* ces *naturalia negotii*, par leur volonté expresse ou implicite. Cette possibilité est limitée seulement lorsque le résultat serait trop onéreux pour l'une des parties (par exemple clause d'exclusion de la responsabilité pour faute lourde ou dol), ou lorsque le résultat en est la création d'un acte ou rapport non admis par la loi.

No. 8 — *L'intention d'agir sur le plan juridique
dans les actes de disposition.*

Nous avons parlé, jusqu'ici, de l'intention d'agir sur le plan juridique à l'égard de la promesse ou acte d'obligation.

Quant à l'acte de disposition, le problème se présente sous des aspects différents.

Comme l'acte de disposition est par définition l'exercice d'un droit ou pouvoir juridique qu'on a ou qu'on croit avoir, l'intention d'agir sur le plan juridique est, pour ainsi dire, inhérente à cet acte

(23). Il n'y a pas de place pour une intention de disposer sur le plan moral ou social, sans produire l'effet juridique, c'est-à-dire... sans disposer, pour une intention de rendre l'acquéreur propriétaire... moral! Si l'on ne veut pas exercer le pouvoir juridique, on ne veut rien: ce sera une apparence de volonté (les cas de simulation ou de réserve mentale qui, d'ailleurs, se présentent aussi pour les contrats, sont différents de ceux où l'on a l'intention de *faire quelque chose* mais de ne pas la faire sur le plan juridique: dans la simulation ou la réserve mentale *on ne veut faire rien*).

D'autre part, il n'y aurait même pas la possibilité d'envisager, comme effet de la disposition, un *rapport* simplement moral ou social, entre les parties, parce que l'effet de l'acte de disposition se conclut ou se concentre dans un seul instant (voy. infra pour l'apparence d'un *rapport* découlant de l'acte de disposition, dont l'effet ne se concentrerait pas dans un seul instant).

Il s'agira seulement de voir quelle a été la nature ou l'objet de la disposition, quel droit ou bien on a entendu concéder, dans quelle mesure, etc. En d'autres termes, il s'agira de voir si le disposant a entendu transférer ou délivrer la chose, à titre de propriété, de gage, d'usufruit, de concession précaire de jouissance (concession qui, elle aussi, est un acte de disposition, bien que très limitée); s'il a entendu renoncer à sa créance pour toujours, ou simplement différer son «droit d'action», etc. En d'autres termes, il s'agira d'une qualification de l'acte de disposition. Et cela sera fait par voie d'interprétation (s'il ne s'agit pas d'un acte formel ou solennel) ayant égard pour cette qualification à l'intention empirique ou pratique du disposant, sans demander qu'il ait une connaissance technique de ce qui est un gage, un usufruit, etc.

Enfin, le fait que l'intention d'agir sur le plan juridique est inhérente à l'acte de disposition, n'exclut pas la nécessité de l'interprétation (si l'acte n'est pas solennel), non seulement pour qualifier,

(23) Naturellement, cette idée d'avoir et d'exercer un droit ou un pouvoir juridique, n'implique pas nécessairement une connaissance technique de la nature du droit, de son contenu et des effets de l'acte de disposition. Il s'agit d'une connaissance générique ou pratique analogue à celle concernant l'acte d'obligation (voy. supra n. 7 lettre a), bien que différente de celle-ci, parce que dans l'acte de disposition il n'y a pas de place pour une intention d'agir sur le plan moral, social, etc.

comme on l'a vu, l'acte, mais même pour savoir si une expression ou une conduite ambiguë signifie volonté de disposer de quelque façon, ou bien une autre chose (voy. les questions sur la volonté de remettre une dette, art. 1283 suiv., code civil français, 1237 suiv. code civil italien, etc.; ou sur la volonté de transférer ou simplement de déposer une chose, etc.).

Cette observation, que l'intention d'agir sur le plan juridique est inhérente à l'acte de disposition et qu'il n'y a pas de place pour un «rapport moral ou social» de disposition, paraît assez claire.

Toutefois, cette question peut s'obscurcir pour deux raisons:

a) D'abord, très souvent l'on rattache à un acte de disposition des obligations, des devoirs, des responsabilités ou garanties qui, en réalité, font partie de l'accord ou convention base de l'acte de disposition (et qui, dans les systèmes latins, se mêlent avec cet acte: voy. supra n. 1 lettre c). Par exemple: si le transférant ne peut répéter la chose de l'acquéreur, s'il est assujéti à une action *personnelle* de restitution lorsqu'il est rentré en possession de cette chose, s'il est responsable pour avoir transféré une chose autrui ou pour avoir accompli un transfert nul, etc., tout cela, tous ces rapports, représentent un contenu ou une conséquence non de l'acte de disposition, mais de l'accord ou convention base (cause) de la disposition.

Si l'on oublie cette distinction, et on l'oublie souvent, on crée l'apparence qu'il soit possible de faire un acte de disposition avec l'intention de donner lieu seulement à des rapports moraux, sociaux, etc.

b) S'il n'y a pas la livraison de la chose ou un acte solennel de disposition, on peut douter que celui qui dit simplement «cette chose est à vous», ait entendu *s'obliger* à la délivrer, plutôt qu'en *disposer* (doute presque insoluble!); et qu'il se soit réservé, peut-être, de donner ou ne pas donner la chose selon sa conscience.

Dans cette situation on peut envisager effectivement la possibilité que celui qui dit «cette chose est à vous» ait eu l'intention de contracter un lien sur le plan des rapports moraux, sociaux, d'amitié, d'amour, etc., c'est-à-dire, sans intention juridique. De même, pour la remise de dette non formelle ou non accompagnée par la restitution du document incorporant la créance,

Dans certains systèmes juridiques — par exemple la *common law*, on considère cette remise comme un pacte ou promesse de ne pas agir contre le débiteur: une promesse ou situation qui peut être entendue par le créancier comme obligation morale, sociale, d'amitié, etc.

No. 9 — *Note de jurisprudence sur les problèmes
envisagés ci-dessus au n. 6.*

Ce côté jurisprudentiel de la question, n'est que trop rarement examiné et trop peu approfondi dans la *civil law*. On a préféré traiter ces problèmes d'une façon doctrinaire et abstraite.

Cette jurisprudence se trouve recueillie, commentée et comparée dans mon ouvrage *Il Contratto*, vol. II, première partie, chap. IV et V, et deuxième partie, chap. III. Ici nous rappelons les cas suivants:

— *Maire de Caen cr. Evraud*, Cour d'Orléans, 23 avril 1842, DALLOZ, *Jurisp. Gén., Obligations*, n. 45: souscription publique (bienfaisance), considérée par la jurisprudence française comme une promesse à titre *gratuit* ayant un caractère spécial ou comme un contrat *innommé* (voy. dans mon ouvrage *Il Contratto*, vol. II, la note au cas Bailly *cr. Ville de Nancy*, Cour de Nancy, 17 mars 1920, DALLOZ, *Rec. pér.*, 1920, II, 65). La Cour d'Orléans a retenu que la promesse était nulle pour manque, dans le cas concret, de l'intention de s'engager *juridiquement*.

— *Coureau cr. Blandin*, Cour de Bordeaux, 31 mai 1848, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1848, II, 180; *De Loys cr. Dufay*, Cour de Colmar, 31 déc. 1850, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1853, II, 164; *Urbanowsky cr. Valdmann*, Cassation française, Ch. Req., 13 décembre 1875, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1876, I, 417; *R. cr. D.*, Cour de Douai, 6 août 1856, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1856, II, 295. Dans tous ces cas il s'agissait d'une promesse d'accomplir une obligation naturelle (promesse qui sort du domaine des contrats typiques: d'échange ou onéreux). Les arrêts ont exclu la validité juridique de ces promesses parce que dans le cas concret l'intention de s'engager juridiquement faisait défaut. Dans le dernier cas (reconnaissance de paternité naturelle) on a même demandé

l'expression d'une intention *formelle* de convertir une dette naturelle en obligation civile (voy. aussi mon ouvrage *Il Contratto*, vol. I, § 11 note 22).

— *Perino cr. Rabezzana*, Trib. de Turin (Italie), 12 novembre 1947, *Foro Padano*, 1948, 200 (accord pour une promenade en moto-fourgon avec des amis): X cr. Y, Cour de Rouen, 17 novembre 1932, *Revue Trim. de Droit civil*, 1933, 875 (accord pour une promenade en motocyclette entre deux amis *avec des prestations réciproques*). Ces arrêts nient l'obligation au sens juridique pour manque, dans le cas concret, de l'intention de s'engager juridiquement. Mais, lorsque le promettant a un intérêt dans le transport, on admet cette obligation et cette intention (sous des aspects parfois différents dans la jurisprudence française et dans celle italienne: voy. les arrêts rapportés, commentés et comparés dans mon ouvrage *Il Contratto*, vol. II, chap. IV).

— *Fellmann cr. Mathebs*, Cour de Colmar, 8 mai 1845, *Sirey*, 1847, II, 117: promesse de commodat (contrat *non* réel, défini dans l'arrêt même comme contrat innommé). La Cour a dû rechercher dans la cause plausible et les circonstances du cas concret l'intention de s'engager juridiquement.

— *Mulas cr. Tedde Serra*, Cassation italienne, 14 juillet 1952, *Giurisprudenza italiana*, 1953, I, I, 195. Un marchand tient deux bœufs en vente sur un marché public; devant s'absenter, il prie un ami de lui garder les bœufs pendant son absence. L'autre les reçoit en garde (dépôt, contrat *réel*, typique). Les bœufs sont volés. L'ami objecte qu'il n'avait pas l'intention de s'engager juridiquement, mais seulement à titre d'amitié, etc. Cette exception est rejetée. En effet, il s'agissait d'une opération typiquement juridique, en tant que contrat *réel* de dépôt, basée sur la confiance (livraison de la chose): la question aurait été différente pour une simple promesse de dépôt, contrat *non* réel: voy. mon ouvrage *Il Contratto*, vol. I, § 14 lettres *d* et *e*).

— *Balfour v. Balfour*, King's Bench, (1919) 2 K.B. 571. C'est un cas anglais. Les juges ont retenu que dans l'abstrait une convention entre deux époux, par laquelle le mari s'oblige à fournir à la femme les aliments pour une certaine période et dans une certaine mesure *fixe*, et la femme s'oblige à accepter ces sommes à forfait, peut être

un contrat (bargain) juridiquement sanctionné. Mais que dans le cas concret cet effet manquait, parce que des circonstances il résultait que les parties n'avaient pas eu l'intention de s'engager juridiquement.

— *Rose and Frank v. Crompton*, 1923, K.B. 261 (Court of Appeal de Londres). C'est un cas célèbre. Il s'agissait d'un contrat écrit d'agence pour la vente en exclusive avec des obligations réciproques entre les parties, une firme anglaise et une autre américaine : donc, un *business agreement* ayant *normalement* ou *typiquement* des effets juridiques. Mais le document de l'accord disait : « This arrangement is not entered into nor is this memo written as a formal or legal agreement and shall not be subject to legal jurisdiction in the law courts either of the United States or England ».

Le Lord Justice Atkins s'est ainsi exprimé : « To create a contract there must be a common intention of the parties to enter into legal obligations, mutually communicated expressly or impliedly. Such an intention ordinarily will be inferred when parties enter into an agreement which in other respects conforms to the rules of law as to the formation of contracts. It may be negatived impliedly by the nature of the agreed promise or promises, as in the case of offer and acceptance of hospitality, or of some agreements made in the course of family life between members of a family as in *Balfour v. Balfour*. If the intention may be negatived impliedly it may be negatived expressly. In this document, construed as a whole, I find myself driven to the conclusion that the clause in question expresses in clear terms the mutual intention of the parties not to enter into legal obligations in respect to the matters upon which they are recording their agreement. I have never seen such a clause before, but I see nothing necessarily absurd in business men seeking to regulate their business relations by mutual promises which fall short of legal obligations, and rest on obligations of either honour or self-interest, or perhaps both. » (24).

La House of Lords, dans le même cas, a retenu que cette clause était valable, sauf pour les ordres de marchandise déjà donnés et acceptés.

(24) Comparez ce passage de Lord Atkins avec ce que dit Pothier sur la même question, dans son *Traité des obligations*, n. 3.

Sur ce cas, voy. FULLER, *Consideration and Form*, *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41, p. 811 note 6, qui cite d'autres cas américains, où l'on n'a pas reconnu la validité de cette clause ou réserve expresse, lorsque l'autre contractant avait raison de faire confiance (*reliance*) sur la promesse et son exécution, nonobstant la réserve.

Et cela, peut-être, parce que les grandes entreprises, (les contractants les plus forts) cherchaient à imposer comme clause de style cette clause de *gentlemen's agreement* à leurs agents de vente.