

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL - FACULTÉ DE DROIT

**La force créatrice
de la volonté
dans la formation du contrat**

*Etude comparative
du Droit iranien et de certaines législations européennes*

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de Docteur en Droit
par

ALI-NAGHI KANI
Licencié en Droit

IMPRIMERIE NOUVELLE L.-A. MONNIER, NEUCHÂTEL - SUISSE

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

Le Doyen de la Faculté de droit

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel autorise l'impression de la thèse présentée par M. Ali-Naghi KANI, intitulée La force créatrice de la volonté dans la formation du contrat, en laissant à l'auteur la responsabilité des opinions exprimées.

Neuchâtel, le 23 janvier 1956.

Le Doyen de la Faculté de droit :

Maurice Erard

**La force créatrice
de la volonté
dans la formation du contrat**

A ma mère

AVANT-PROPOS

LA CODIFICATION DU DROIT PRIVÉ IRANIEN

Avant la promulgation du Code civil iranien, le pays vivait encore sous le régime du droit islamique. Le droit privé, comme c'était le cas dans la plupart des pays musulmans, se confondait avec les préceptes religieux. Le privilège de la juridiction et de l'interprétation des règles et des dispositions islamiques appartenait d'ailleurs au clergé.

L'idée d'avoir une législation moderne et systématique était déjà caressée à la fin du XIX^{me} siècle par quelques esprits progressistes. Le Roi ¹ lui-même, à la suite de son deuxième voyage en Europe (1875), était désireux de donner à son royaume une organisation judiciaire calquée sur le modèle occidental.

En 1889, il demanda au Conseil d'Etat d'entreprendre une réforme judiciaire et d'élaborer des lois pour assurer la justice. Le Conseil s'attela alors à la traduction de certaines lois appliquées dans les colonies musulmanes de France et de Grande-Bretagne, ainsi que du code napoléonien. Mais ces travaux furent abandonnés en raison de l'opposition des milieux ecclésiastiques, alors fort influents, et des courtisans hostiles à toute réforme et à tout modernisme.

En 1906, le régime parlementaire fut établi en Iran. Le clergé, qui

¹ Nasser-ed-Dine-Shah (1848-1898).

avait pris une part active dans la réforme constitutionnelle, s'empara pratiquement du pouvoir. Il fit alors insérer au Supplément à la loi constitutionnelle du 7 octobre 1907 un article suivant lequel aucune loi ne devait s'opposer aux principes du droit islamique. Toutefois, les différents gouvernements ont ingénieusement mis en échec les efforts du clergé pour empêcher la laïcisation du droit ¹. Le Code pénal et le Code de procédure civile (1911-1912) en furent le résultat.

Les grandes réformes commencèrent à vrai dire après l'avènement de Pahlavi (1925). Ce monarque progressiste et autoritaire chargea, en 1927, le Ministre de la Justice de dissoudre l'ancien corps judiciaire et d'en créer un nouveau ².

En 1928, une commission fut constituée pour élaborer le Code civil. Cette commission composée de sept membres et présidée par M. Dawar, alors Ministre de la justice, prépara dans un temps minimum le projet du premier tome du CC iranien concernant les biens, les obligations, les dispositions de dernière volonté et les successions ³. Abstraction faite de l'introduction (art. 1 à art. 11), particulièrement inspirée du droit français, le projet du premier tome du CC iranien n'était, en réalité, qu'une codification des règles et des dispositions du droit islamique (chüt). Les emprunts au droit occidental étaient minimes.

L'élaboration du CC iranien a été en effet hâtée par la suppression du régime des capitulations ⁴, ce qui impliquait nécessairement une réorganisation judiciaire et une législation civile nationale et systématique. C'est pourquoi la Chambre vota, le 8 mai 1928, deux jours avant la suppression définitive des capitulations, dans un article unique, la mise à exécution du Code civil (le projet présenté par la

¹ A. Amir-Soleymani, *La formation et les effets des contrats*, thèse, Paris 1936, p. 27.

² *Législation iranienne actuelle*, p. 173, Paris 1939.

³ Parmi les membres de la commission, M. Fatemi, éminent juriste du droit islamique, et M. Adle, juriste de droit moderne, jouèrent un très grand rôle dans la rédaction du projet. Celui-ci fut, en réalité, l'œuvre du premier en ce qui concerne le fond des dispositions, tandis que M. Adle lui donnait la forme d'un code occidental.

⁴ Le régime des capitulations avait été imposé à l'Iran par le traité de Turkaman-Tchai (1825) à la suite de la défaite de l'armée persane par l'armée russe.

dite commission). Le vote émis par la Chambre était le suivant : « Le gouvernement est autorisé à mettre à exécution à partir du 20 ordibehechte 1307 (10 mai 1928), date de la suppression définitive des capitulations, le projet du Code civil qu'il a soumis au Parlement, en attendant le résultat des délibérations de la commission parlementaire de la justice. »¹

Au point de vue juridique, le premier tome du CC iranien n'est pas à l'abri de toute critique. Cela est dû, sans doute, au rythme accéléré auquel sa réalisation était soumise. « Jamais, dans aucun pays, on n'a vu une si grande célérité pour la préparation et le vote d'un code : quelques mois pour sa préparation, un vote de quelques instants pour son adoption. Cette manière de faire fut imposée par les circonstances et loin de critiquer la Chambre, nous l'approuvons pour son vote qui adopta dans son ensemble les 955 articles du Code civil iranien et ainsi, il nous laissa sans retouche le travail juridique de la commission. »²

La promulgation du CC iranien marque toutefois un grand événement dans notre histoire politique et sociale. Dans le domaine politique, elle a eu pour conséquence la suppression du régime des capitulations, une des principales aspirations nationales ; sur le plan social, la laïcisation définitive du droit.

Le deuxième tome du CC iranien relatif aux personnes et le troisième concernant les moyens de preuve ont été élaborés, plus tard, en 1934, par une commission composée de grands juristes et de magistrats expérimentés. Les 380 articles de ces deux derniers tomes ont été votés au fur et à mesure jusqu'au 18 aban 1314 (15 novembre 1935), dans des circonstances normales³.

Les rédacteurs du deuxième et du troisième tome du CC iranien se sont largement inspirés du droit européen, particulièrement du droit suisse.

¹ Matine-Daftari, *La suppression de la capitulation en Perse*, p. 104 et suivantes.

² Amir-Soleymani, *op. cit.*, p. 26.

³ Chaiëgan, *Traité du droit civil iranien*, pp. 37 et 38.

Le CC iranien comprend donc :

1. une introduction (art. 1 à art. 11) ;
2. le premier tome régissant les biens, les obligations, les dispositions de dernière volonté et les successions (art. 11 à art. 956) ;
3. le deuxième tome relatif aux personnes (art. 956 à art. 1257) ;
4. le troisième tome concernant les moyens de preuve (art. 1257 à art. 1335).

Il importe finalement de mentionner que l'islamisme se divise en deux rites principaux : le sunnit et le chiit. C'est le droit chiit qui forme la source principale du CC iranien.

P R E M I È R E P A R T I E

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

L'ACTE JURIDIQUE

LES FAITS JURIDIQUES

Les faits juridiques sont des faits quelconques, dont la réalisation entraîne un effet juridique quelconque (création, modification ou suppression d'une situation juridique), ou bien ce sont des faits qui ont une portée juridique.

Selon R. Demogue, « le fait contraire au droit : le vol, l'usurpation produisent aussi des effets juridiques, non seulement contre le coupable, mais en sa faveur, car il crée un état de fait qui, consacré par le temps, pourra devenir état de droit (par prescription) »¹.

On distingue parmi les faits juridiques :

1. les faits POTESTATIFS qui dépendent et dérivent de la volonté humaine comme toute manifestation de volonté ;
2. les faits juridiques CASUELS, dont l'origine est indépendante de la volonté humaine ou qui dépendent du hasard, comme la naissance, la mort naturelle, la majorité et l'interdiction involontaire d'une personne.

¹ Demogue, *Traité des obligations en général*, tome I, p. 21 et suivantes.

On distingue d'autre part les faits juridiques SIMPLES des faits juridiques COMPLEXES qui exigent la réunion de plusieurs faits élémentaires. Exemple d'un fait juridique simple : la mort d'un individu. Exemple d'un fait juridique complexe : le contrat, qui se compose de plusieurs faits.

L'ACTE JURIDIQUE (*negotium*)

Comme nous venons de le dire, certains faits juridiques dérivent de la volonté humaine (les faits juridiques potestatifs). Une personne entend que sa manifestation de volonté donne naissance à une situation juridique qu'elle a déjà envisagée, ou produise l'effet juridique voulu.

L'acte juridique se définit par conséquent ainsi : Tout fait juridique potestatif ou toute manifestation de volonté destinée et apte à créer, confirmer, modifier ou éteindre un rapport de droit ou un droit subjectif.

Duguit définit ainsi l'acte juridique : « Toute manifestation de volonté conforme au droit objectif et donnant naissance à une situation du droit subjectif. »¹ Le but des actes juridiques, dit Demogue, « c'est de satisfaire des intérêts privés ou publics jugés conformes à l'intérêt général »².

Enfin, pour qu'il y ait acte juridique, il faut que la manifestation de volonté soit destinée à produire un résultat juridique déjà envisagé par son auteur (l'intention juridique). C'est là la différence qui existe entre la manifestation d'idées et de sentiments (désirs, vœux) et les actes juridiques proprement dits.

FORCE OBLIGATOIRE DES ACTES JURIDIQUES

La force obligatoire des actes juridiques résulte uniquement du droit positif³. Comme le dit T. Guhl : « Le caractère obligatoire d'un

¹ Duguit, *Droit constitutionnel*, p. 211 et suivantes, tome I.

² Demogue, *Traité des obligations*, tome I, p. 306.

³ Guhl, *Le droit fédéral des obligations*, § 12.

acte juridique et notamment d'un contrat ne repose ni sur la valeur de la parole donnée (qui votre « oui » soit « our »), ni sur un principe de droit naturel (*pacta sunt servanda*), ni même sur la nécessité de la confiance réciproque dans les relations sociales, mais sur une règle de droit positif. Preuve en est la simple comparaison que l'on peut faire entre les contrats de droit privé et les conventions internationales en ce qui concerne les conséquences respectives de leur inexécution ».

Cette force est donc basée sur les règles du droit positif imposé par le pouvoir social¹. Elle postule donc l'existence préalable d'une société organisée. L'homme primitif ne croyait qu'aux droits réels (puissances immédiates sur les personnes et sur les choses) et n'accomplissait par conséquent que les actes constitutifs ou translatifs de ces droits². Ceux-ci n'étaient d'ailleurs garantis que par la force personnelle de leurs auteurs : la raison du plus fort était toujours la meilleure ; c'est encore trop souvent le cas dans les relations internationales. La civilisation, malgré ses progrès, n'est pas encore arrivée, en effet, à se dégager de cette conception et à supprimer cette règle, héritage des âges primitifs.

Les partisans de l'*Ecole de Vienne* estiment que l'acte juridique a la même valeur que la norme juridique : le contenu de l'acte juridique a la même force obligatoire que s'il était inséré dans un article de la loi. « Entre la création du droit (*Rechtserzeugung*) par la loi et l'application du droit (*Rechtsanwendung*) par un acte juridique, il n'y a qu'une différence de degré et non de nature. »³

Enfin, l'*Ecole de Vienne* proclame que « le droit se forme « par degrés », c'est-à-dire que les sources de la création juridique comportent plusieurs degrés (*Stufen*) de moins en moins généraux, de

¹ Le droit positif est défini ainsi par C. Du Pasquier (*Introduction à la théorie générale et la philosophie du Droit*), p. 297 : « L'ensemble des règles régissant la conduite humaine et imposées avec efficacité par le pouvoir social. »

² Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome II, première partie. Rappelons la distinction qui existait en droit romain entre le pacte, ou simple convention dépourvue d'effets juridiques (*nudum pactum*), et les contrats nommés qui avaient pleine valeur juridique.

³ C. Du Pasquier, op. cit., § 20.

plus en plus individuels : au degré suprême la Constitution ; plus bas la loi, ensuite les décisions administratives et les actes juridiques »¹.

Selon Demogue, on peut parler de « loi privée » lorsqu'il s'agit d'actes juridiques, si l'on s'en réfère à l'art. 1134 du Code civil français qui dit : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »² (La convention est la loi des parties.)

Il convient toutefois de noter que les actes juridiques ont des effets subjectifs, les règles qui en découlent sont des normes individuelles et secondaires ; tandis que la loi, en tant que règle générale, produit des conséquences objectives (puissance objective).

On ne saurait nier d'une manière absolue le rôle que les éléments moraux jouent dans la réalisation des effets des actes juridiques : ceux-ci imposent non seulement des devoirs juridiques sanctionnés d'une manière externe (exécution forcée, dommages-intérêts, peine), mais aussi des devoirs moraux munis de sanction interne.

¹ C. Du Pasquier, *op. cit.*, § 20.

² R. Demogue, *La notion fondamentale du droit privé*, 3^{me} partie, chap. I.

CHAPITRE II

ACTES JURIDIQUES UNILATÉRAUX ET ACTES JURIDIQUES BILATÉRAUX ET MULTILATÉRAUX

La manifestation de volonté d'une seule personne peut parfois constituer un acte juridique ayant, bien entendu, des effets juridiques : il s'agit là d'actes juridiques unilatéraux.

Dans les actes juridiques multilatéraux, en revanche, il faut que deux personnes au moins participent à l'acte.

Les actes bilatéraux ou multilatéraux exigent de la sorte les manifestations de volonté concordantes de deux ou plusieurs personnes (contrats et décisions).

La distinction entre les actes juridiques unilatéraux d'une part et les actes juridiques bilatéraux ou multilatéraux d'autre part repose sur le nombre des participants à l'acte.

ACTES JURIDIQUES UNILATÉRAUX

Le droit islamique (chiit) et ensuite le droit iranien ont reconnu la notion et l'existence des actes juridiques unilatéraux¹; la terminolo-

¹ Abdoh, *Traité de droit civil iranien* 1329, p. 45, édition persane.

gie juridique islamique les appelle « ighaat ». Le premier tome du Code civil iranien n'en parle pas expressément, mais en donne de nombreux exemples. En revanche, la loi spéciale de tir 1308 (juillet 1929) sur le témoignage, les deuxième et troisième tomes du Code civil iranien votés au fur et à mesure du 2 bahman 1313 au 8 aban 1314 et enfin le Code de procédure civile voté le 25 chahrivar 1318 (septembre 1939) emploient le terme de « ighaat » (les actes juridiques unilatéraux) à côté de celui de « oghud » (les contrats).

Ainsi, le législateur iranien a été amené, avec le temps, à reconnaître explicitement la force créatrice des volontés unilatérales, à l'égard desquelles il avait observé, jusqu'alors, une certaine réserve.

On constate toutefois, à ce sujet, deux tendances : selon l'une, le Code civil iranien a hésité et parfois même évité de reconnaître la force obligatoire de la volonté unilatérale ; selon l'autre, en matière de divorce, par exemple, il l'a reconnu d'une manière très large comme nous le verrons tout à l'heure.

Autrefois, la force obligatoire des actes juridiques unilatéraux n'était reconnue que d'une façon exceptionnelle, tandis que dans les droits modernes elle est reconnue d'une manière plus large¹.

Les actes juridiques unilatéraux, selon le Code iranien, sont : la promesse de récompense (djoale), art. 581, le divorce (considéré du point de vue du mari), art. 1133, l'exercice de droit de « chaféh » qu'on peut appeler droit de préemption, art. 808, l'acte désignant l'exécuteur testamentaire, art. 826 al. 2 (mentionnons qu'en droit iranien les dispositions testamentaires tendant au transfert de la propriété et l'acte de fondation ont un caractère bilatéral). Ajoutons à cette énumération tous les actes juridiques ou déclarations de volonté que l'on appelle, suivant la doctrine allemande, « Gestaltungsgeschäfte » (actes formateurs) et dont le droit iranien nous donne de nombreux exemples².

¹ E. Béguelin, *Fiches juridiques suisses* N° 89.

² Les actes formateurs (« Gestaltungsgeschäfte ») sont des actes juridiques par lesquels s'exercent les droits formateurs (« Gestaltungsrechte »). Le droit formateur est la faculté d'une personne de modifier unilatéralement sa situation juridique ou de former unilatéralement un rapport de droit. Voir en ce sens von Tuhr, *op. cit.*, § 3.

LES DISPOSITIONS DE DERNIÈRE VOLONTÉ

Le Code civil suisse distingue dans les dispositions pour cause de mort :

- les dispositions de dernière volonté ;
- les pactes successoraux.

I. — Dans les dispositions de dernière volonté, on trouve : d'une part les dispositions testamentaires tendant au transfert de la propriété qui se présentent comme des actes juridiques unilatéraux (œuvre d'une volonté unique), solennels, à titre gratuit, strictement personnels et enfin révocables *ad nutum* par la personne de qui ils émanent ; d'autre part, les dispositions testamentaires conférant un pouvoir ou désignant l'exécuteur testamentaire qui exigent, selon l'art. 517 CC suisse, l'acceptation expresse ou présumée de la personne nommée ; en cas de silence, à l'expiration d'un délai de 14 jours, la personne désignée est censée avoir accepté (en revanche, le silence de l'exécuteur nommé, selon l'art. 2202 du Code civil allemand, est considéré comme un refus)¹.

II. — Les pactes successoraux (ce qu'on appelle en droit allemand *Erbvertrag*, « le contrat d'hérédité »)² sont des dispositions pour cause de mort ayant un caractère contractuel obligatoire (acte juridique bilatéral). Ils ne peuvent être révoqués par la seule volonté du disposant comme c'est le cas des dispositions de dernière volonté³.

¹ Art. 2202 CC allemand : « Les fonctions de l'exécuteur testamentaire commencent au moment où, nommé, il les accepte. L'acceptation, comme le refus des fonctions, a lieu par déclaration au tribunal de la succession. La déclaration ne peut être faite qu'après l'ouverture de la succession. Elle est sans effet, si elle est faite sous une condition ou sous un terme. Le tribunal de la succession peut, sur la demande d'un des participants, impartir un délai à l'exécuteur nommé pour faire sa déclaration au sujet de son acceptation. A l'expiration de ce délai, on considère qu'il a refusé ces fonctions, s'il ne les a pas auparavant acceptées. »

² Art. 1941 CC allemand, al. I : « Le défunt peut, par contrat, instituer un héritier, faire des legs et imposer des charges. » Enfin en droit allemand le testament se caractérise comme un acte juridique unilatéral.

³ Pierre Tuor, *Le Code civil suisse*, traduit de l'allemand par H. Deschenaux, p. 310 et suivantes.

En droit français, on distingue dans les dispositions à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament (art. 893 CC français).

Le testament est un acte juridique unilatéral, à titre gratuit, soumis à l'observation de formes particulières, strictement personnel et enfin révocable par le disposant. Contrairement aux Codes civils allemand et suisse qui légitiment les pactes successoraux et les contrats d'hérédité, le Code civil français défend à une personne de disposer de sa succession par contrat : « On ne peut disposer de ses biens pour le temps de son décès que par testament, c'est-à-dire par un acte essentiellement révocable jusqu'au jour même du décès »¹. C'est là une conception du droit romain qui a été suivie par le législateur français (art. 1130 al. 2 CC français). Toutefois, le Code civil français comporte deux exceptions à cette règle :

PREMIÈRE EXCEPTION. — Lorsque les dispositions pour cause de mort sont insérées dans un contrat de mariage (*institution contractuelle* ou donation de biens à venir par un contrat de mariage). Deux possibilités sont à distinguer :

a) Les dispositions peuvent être faites par un tiers au profit de l'un des futurs époux ou de tous les deux, ainsi qu'au profit des enfants qui naîtront de leur mariage (art. 1082 CC français). La loi dispose d'ailleurs que de pareilles institutions, quoique faites au profit seulement des époux, sont présumées faites également en faveur des enfants et descendants à naître de leur union (présomption légale).

b) Les dispositions peuvent être faites dans un contrat de mariage par l'un des futurs époux au profit de l'autre. Dans cette éventualité, la présomption légale susmentionnée ne s'applique plus : les dispositions ne seront point transmissibles aux enfants issus du mariage, en cas de prédécès de l'époux donataire (art. 1093 CC français). Enfin, l'institution contractuelle par contrat de mariage est obligatoire, elle lie définitivement le disposant.

¹ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome III, p. 827 et suivantes.

DEUXIÈME EXCEPTION. — L'institution contractuelle intervient *entre époux*. Ici, contrairement au cas précédent, les dispositions sont essentiellement révocables¹.

L'institution contractuelle, bien qu'elle soit considérée comme une variété de donation, est un acte juridique original et de nature exceptionnelle qui diffère à la fois de la donation entre vifs et du legs²; elle déroge à la règle « donner et retenir ne vaut » de la donation entre vifs; elle est irrévocable lorsqu'elle est consentie dans un contrat de mariage; la capacité requise est la capacité de s'obliger par contrat et non la capacité de tester³.

Il convient finalement de mentionner qu'en droit français la règle consiste dans la prohibition des institutions contractuelles ou des pactes sur succession future: les dispositions des art. 1082, 1083 et 1093 doivent donc toujours faire l'objet d'une interprétation stricte.

Les dispositions de dernière volonté, en droit iranien, diffèrent nettement de celles des droits suisse, allemand et français. Le Code civil iranien fait d'abord, à l'art. 825, une distinction entre les dispositions testamentaires portant attribution des biens « wassiat tamliki » et les dispositions testamentaires conférant un pouvoir ou désignant l'exécuteur testamentaire « wassiat ahdi », puis il définit séparément à l'art. 826, al. 1 et al. 2, ces deux institutions juridiques. En ce qui touche le testament tendant au transfert de la propriété, l'acceptation du légataire⁴ est exigée. Cette acceptation a une valeur constitutive. Le Code civil iranien énonce expressément à l'art. 827 que le transfert de la propriété des biens légués ne s'opère pas par la seule déclaration de volonté du testateur et la survenance de son décès; pour atteindre

¹ Ph. Bonnacarrère, M. Laborde-Lacoste, L. Crémieu, *Précis élémentaire de droit civil français*, tome I, p. 749 et suivantes.

² A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, tome III, p. 627 et suivantes.

³ George Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire du droit civil de Marcel Planiol*, tome III, p. 1191 et suivantes.

⁴ En droit iranien, il n'y a pas d'institution d'héritier. Le bénéficiaire d'une disposition testamentaire sera toujours traité comme un légataire, même si le disposant l'a déclaré institué pour son héritier. En droit suisse, en revanche, un héritier institué a une situation juridique assez différente de celle du légataire. (Voir la différence entre le legs et l'institution d'héritier.)

ce résultat (le transfert de la propriété), l'acceptation du légataire, après la mort du disposant, est nécessaire. Il en résulte que le légataire n'acquiert pas la propriété des biens légués par le défunt, aussi longtemps qu'il n'a pas accepté. C'est pourquoi la plupart des commentateurs islamiques et ceux du Code civil vont jusqu'à attribuer à ce genre de testament le caractère contractuel¹. Selon l'art. 827 CC ir., l'acceptation ou le refus du légataire doit avoir lieu après la mort du disposant et même pour confirmer cette exigence, l'article suivant, c'est-à-dire l'art. 829 déclare que l'acceptation du légataire avant le décès et pendant la vie du testateur n'a aucune valeur et ce dernier peut retirer et révoquer son acte jusqu'au jour même du décès. Le refus du légataire, comme son acceptation, n'est pas non plus valable pendant la vie du disposant. Le premier peut accepter, après la mort du testateur, alors même qu'il avait refusé durant la vie de ce dernier.

Etant donné ce qui précède, on peut donc dire qu'en droit iranien, le testament opérant le transfert de la propriété est un acte juridique bilatéral (éventuellement un contrat à titre gratuit, solennel, strictement personnel, mais bien entendu un contrat spécial). Toutefois le rédacteur du Code civil iranien a évité d'employer le terme de contrat « *aghde* » pour désigner ce genre de testament.

EXCEPTIONS : Il arrive que les légataires soient des personnes indéterminées ou en nombre illimité, par exemple, lorsqu'on teste dans un intérêt public : pour les malades qui souffrent de tuberculose, pour les indigents, etc. En pareil cas, conformément à l'art. 828 CC ir., l'acceptation n'est pas nécessaire. Normalement, ces dispositions devraient, par analogie à ce qui se passe en matière d'institution de la fondation en droit iranien, être acceptées par l'autorité compétente. Or le législateur iranien, respectant l'opinion de la plupart des jurisconsultes islamiques comme Chahide et Alamé, a exclu la nécessité de toute acceptation et a reconnu le caractère unilatéral et exceptionnel de ce genre de dispositions testamentaires.

¹ Mohaghegh, *Charaye* (en langue arabe). Voir également Amid, *Le testament en droit iranien* (édité en langue persane).

*LE TESTAMENT CONFÉRANT UN POUVOIR, OU DESIGNANT
L'EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE (wasstat ahdi)*

En droit iranien, les dispositions légales concernant le testament désignant l'exécuteur testamentaire présentent également certaines particularités.

Le Code civil iranien déclare à l'art. 834 qu'en matière de testament conférant un pouvoir (wassiat ahdi), l'acceptation de la personne désignée n'est pas nécessaire. Elle peut toutefois refuser, mais cela uniquement du vivant du testateur, la charge et les pouvoirs qui lui sont confiés. Faute de le faire à temps, elle est déchue de son droit, même si elle ignorait durant la vie du testateur qu'une telle charge existait et qu'une telle mission lui avait été confiée. Il en résulte que la manifestation de volonté du testateur est valable, même à l'insu de la personne désignée. On serait donc tenté de dire que le Code iranien attribue à ce genre de testament un caractère unilatéral, en excluant la participation du nommé à l'acte. Il s'agit là en effet de pouvoirs conférés par un acte juridique unilatéral (procuracion)¹, analogues à ceux qui sont prévus par le Code suisse des obligations (art. 32 et suivants, représentation volontaire), avec cette différence que de tels pouvoirs ne s'éteignent pas par la mort du représenté et que le représentant (l'exécuteur testamentaire), pour des raisons d'ordre moral et social ne peut plus donner sa démission après la mort de celui qui l'a désigné.

Les dispositions légales iraniennes en matière de testament « ahdi » ne sont pas conformes à l'équité et au principe de la liberté individuelle : la personne désignée, qui n'a pas participé à l'acte et qui même parfois l'ignorait, ne devrait pas être obligée, contre sa volonté, de supporter la charge qui en découle.

¹ Fritz Funk junior, *Commentaire du Code fédéral des obligations*, art. 33. « A l'encontre du mandat, qui est bilatéral, la procuracion est unilatérale. » Voir notamment en ce sens Theo Guhl, *op. cit.*, § 19.

*NATURE JURIDIQUE DE LA FONDATION EN DROIT IRANIEN
ETUDE COMPARATIVE*

En droit iranien, la fondation se présente comme un acte juridique bilatéral (contrat). Contrairement aux dispositions testamentaires à propos desquelles il peut y avoir certain doute, le caractère contractuel de la fondation, en droit iranien, est indiscuté. Le Code civil iranien emploie formellement, à l'art. 61, l'expression de « *aghd* » (contrat) pour désigner l'acte de fondation.

L'art. 55 CC ir. définit la fondation dans les termes suivants : « La fondation consiste à rendre inaliénable une chose en laissant aliénables ses profits. » Cette définition est empruntée à celle des juristes islamiques qui disaient : « *Tahbis-ol-asl-va-tasbil-o-samare.* »¹ C'est là cependant une définition qui n'est pas tout à fait conforme à la conception doctrinale de la fondation. C'est pourquoi l'art. 55 CC ir. devrait être complété de la façon suivante : « La fondation consiste à rendre inaliénable une chose en laissant aliénables ses profits, en faveur d'une œuvre ou d'un but déterminés. »

La fondation, selon l'art. 56 CC ir., s'opère d'une part par l'offre du fondateur et, d'autre part, par l'acceptation de la première génération des bénéficiaires ou de leurs représentants légaux, s'ils sont limités et déterminés, comme en cas de fondation perpétuelle en faveur des descendants ; ou par l'acceptation de l'autorité compétente lorsque les bénéficiaires sont en nombre illimité, par exemple en cas de fondation dans l'intérêt public ou en faveur d'une œuvre de bienfaisance².

Citons quelques exemples concernant la fondation pris dans certains codes européens :

En matière de fondation, le Code civil allemand exige, en dehors de l'acte de fondation, l'approbation de l'autorité compétente (art. 80). Mais cette autorisation est foncièrement différente de l'acceptation de l'autorité compétente prévue à l'art. 56 du Code civil iranien. En

¹ « Rendre inaliénable la chose en laissant aliénables ses fruits. »

² *Législation iranienne actuelle*. 1939, p. 174.

droit iranien, l'autorité publique participe à l'acte comme cocontractant ; sa déclaration a une valeur constitutive. En droit allemand, en revanche, la fondation est considérée comme un acte juridique unilatéral ; la seule déclaration de volonté du fondateur suffit pour constituer une fondation ; l'approbation de l'Etat intéressé n'est qu'une simple autorisation administrative destinée à faire de la fondation une personne juridique. On peut consulter en ce sens l'art. 80 CC allemand qui distingue nettement l'acte de fondation proprement dit de l'approbation de l'autorité publique : « Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung ist ausser dem Stiftungsgeschäfte die Genehmigung (des Landes) erforderlich, in dessen Gebiete die Stiftung ihren Sitz haben soll . . . » ¹

A la différence des droits suisse et allemand, la fondation directe est impossible en droit français. La raison en est qu'aux yeux du législateur français, la masse de biens affectée à un but spécial, à une œuvre sociale ou d'intérêt général ne constitue pas, par elle-même, une personne juridique. Celle-ci suppose l'existence d'un groupement de personnes physiques ². La libéralité doit donc être adressée, entre vifs ou par testament, à un établissement préexistant et pourvu de la personnalité morale. Les Codes civils allemand et suisse ainsi que le nouveau Code civil italien admettent en revanche que les biens destinés à un but déterminé peuvent avoir par eux-mêmes une personnalité juridique. Ils reconnaissent par conséquent la possibilité de la fondation directe, sans avoir besoin de recourir à une association jouissant de la capacité nécessaire à son existence. C'est ainsi que ces derniers codes rangent la fondation dans la partie consacrée aux personnes morales.

En France, comme nous venons de le voir, les biens affectés à assurer le fonctionnement perpétuel d'une œuvre d'utilité publique doivent

¹ L'art. 80 CC allemand : « Pour donner naissance à une fondation douée de capacités de jouissance des droits, est exigée, en dehors de l'acte de fondation, l'approbation de celui des Etats conférés dans le territoire duquel la fondation doit avoir son siège. » (Code civil allemand traduit et annoté, publié par le Comité de législation étrangère institué près le Ministère de la justice. Paris 1904.)

² G. Ripert, *Traité du code civil français* (traité de Planiol), tome I, p. 274 ; tome III, p. 1180.

être donnés ou légués à une personne juridique, soit à une personne juridique déjà existante, soit à une personne créée à cet effet. Quoi qu'il en soit, cette attribution peut être faite sous deux formes : la donation entre vifs qui se présente comme un acte juridique bilatéral ; le testament qui apparaît comme un acte juridique unilatéral. Il en résulte qu'en droit français la constitution de la fondation, sans être considérée comme un acte juridique original et indépendant, est une simple modalité de la donation ou du legs ; d'ailleurs le Code civil français ne contient aucun texte concernant les fondations¹.

En droit suisse, les dispositions légales en matière de fondation sont plus simples et plus claires que celles des droits français, allemand et iranien. Dans le système suisse, la fondation est considérée comme un acte juridique unilatéral : la seule déclaration de volonté du fondateur suffit pour la création d'une fondation². Celle-ci n'est pas subordonnée à une autorisation gouvernementale, mais elle est soumise, après sa naissance, à la surveillance de l'autorité publique (art. 84 CC suisse). Les fondations de famille et ecclésiastiques sont dispensées de cette surveillance.

LA FONDATION DU DROIT IRANIEN EST-ELLE UN CONTRAT RÉEL ?

La perfection de la fondation en droit iranien implique, outre les déclarations de volonté concordantes et réciproques des parties, un acte matériel, soit la remise des biens affectés (l'objet de la fondation) aux bénéficiaires ou à l'autorité compétente dans les cas où cette dernière accepte la fondation (art. 59 CC ir.). Il n'y a pas de délai déterminé pendant lequel la remise doit être faite ; le fondateur peut la faire en tout temps. Cette remise fixe le moment à partir duquel le contrat de fondation devient obligatoire et avant lequel il est révocable (du point de vue du fondateur).

Enfin la teneur de l'art. 59 CC ir. nous conduit à cette idée que le contrat de fondation donne en même temps naissance à une personne juridique sans qu'il y ait une formalité à remplir.

¹ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome III, p. 686 et suivantes.

² V. Rossel et F. H. Mentha, *Droit civil suisse*, p. 169.

*LE DIVORCE EN DROIT IRANIEN, EN TANT QU'ACTE
JURIDIQUE UNILATÉRAL (repudium)*

Une autre particularité du Code civil iranien consiste dans la nature juridique et les modalités du divorce. Celui-ci se présente d'une manière caractéristique comme un acte juridique unilatéral : il dépend, en principe, de la volonté du mari qui peut mettre fin au mariage et répudier sa femme en tout temps, sans cause déterminée et même sans lui devoir une explication. Le mari peut encore y procéder extra-judiciairement, sans qu'il soit tenu de recourir à l'intervention du juge.

Le Code civil iranien ne définit pas le divorce, mais on peut le définir selon l'esprit des art. 1133 et suivants comme suit : « Le divorce consiste dans la dissolution du mariage, du vivant des époux, suivant la volonté du mari extra-judiciairement et même sans cause. » C'est là une conception qui diffère nettement de celle qui a cours actuellement en droit européen ; elle va d'ailleurs à l'encontre du principe de l'égalité des sexes. Toutefois, dans un chapitre intitulé « De la possibilité de résiliation du mariage » (art. 1121 à 1133), le Code civil iranien accorde dans une large mesure à la femme le droit de résilier le mariage. Les causes de résiliation sont assez nombreuses. Ce sont, entre autres : la folie, l'impuissance, la cécité complète et autres infirmités graves.

Le Code iranien prévoit par ailleurs la possibilité pour la femme de contraindre judiciairement son mari à faire la déclaration de divorce et à la répudier, ceci dans les cas suivants :

1. Lorsque le mari ne satisfait pas, faute de moyens, à son obligation d'entretien vis-à-vis de sa femme.
2. Lorsque la violence et la brutalité du mari rendent insupportable la continuation de la vie commune pour la femme.
3. Lorsque les maladies contagieuses et quasi incurables du mari sont susceptibles de mettre en danger la vie ou la santé de sa femme.

On peut donc dire, en résumé, que les possibilités pour la femme de se libérer du lien conjugal sont, en réalité, plus grandes en droit iranien que dans les codes occidentaux.

En droit suisse, le divorce est prononcé par l'autorité de justice, à la requête de chacun des époux, pour une des causes établies par la loi (art. 137 et suivants du Code civil suisse) ¹.

En droit français, le divorce consiste également dans la dissolution judiciaire du mariage. C'est la rupture d'un mariage valable rendue par les tribunaux, à la demande de l'un des époux, pour une des causes limitativement énumérées et déterminées par la loi (art. 229 et suivants CC français) ². « Il ne dépend donc pas de la volonté des époux de porter atteinte aux liens du mariage. » ³

L'ORIGINE DU DIVORCE

Pour chercher l'origine du divorce, il faut remonter jusqu'à l'origine du mariage, car, comme disent V. Rossel et F. H. Mentha, « le divorce est aussi vieux que le mariage ». Les dispositions relatives au mariage et sa dissolution en droit iranien sont empruntées, presque sans modification, au droit islamique (chiït) et le caractère unilatéral du divorce (pour le mari) dans ce dernier droit était presque le même qu'en droit judaïque (la loi mosaïque).

Chez les Romains existaient deux sortes de mariages : mariage avec « manus » ⁴ et mariage sans « manus » ⁵. Chacun de ces deux cas comportait une dissolution particulière.

Le mariage sans manus est plus récent que celui avec manus. Le premier apparut à partir du VI^m siècle U. C. et a remplacé peu à peu le second. Le mariage avec manus se formait par l'acquisition de la manus par le mari sur la femme et sa dissolution consistait dans la

¹ V. Rossel et F. H. Mentha, *Manuel du droit civil suisse*, tome I, p. 233. Voir également en ce sens P. Tuor, *Le Code civil suisse*, traduit de l'allemand.

² A. Colin et H. Capitant, op. cit., tome I, p. 191 et suivantes.

³ Ph. Bonnacarrère, M. Laborde-Lacoste et Louis Crémieu, *Précis élémentaire de droit civil français*, tome I, p. 229 et suivantes.

⁴ Manus : droit très fort, comme le droit de propriété. L'acquisition de la manus se produisait par le rapt, l'usucapion (prescription acquisitive), l'achat, etc.

⁵ Mariage contractuel (union).

perte de la manus. Mais en ce qui concerne le mariage sans manus, sa dissolution pouvait avoir lieu par le consentement mutuel (*bona gratia*) ou par la seule manifestation de volonté d'un des époux¹ (*repudium*). Il convient de signaler que le divorce a subsisté à Rome même à l'époque chrétienne² (le divorce se maintient dans les lois de Justinien) ; pourtant, dès les premiers jours, le christianisme, en se basant sur sa doctrine de l'indissolubilité du mariage, se prononça résolument contre le divorce. L'Eglise chercha à l'interdire durant le moyen âge, de sorte qu'à partir du XII^me siècle l'indissolubilité du mariage a pris la valeur d'un dogme chrétien³. Plus tard, au Concile de Trente (1563), ce principe fut solennellement reconnu par l'Eglise catholique universelle⁴. Toutefois après la Réforme (XVI^me siècle), le divorce se rétablit dans les pays protestants.

La question du mariage et de sa dissolution, en droit iranien, comporte de nombreuses particularités intéressantes à étudier, mais qui ne rentrent pas dans notre étude.

¹ Voir Paul Huvelin, *Cours élémentaire du droit romain*, livre II, chap. III.

Voir R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome I, titre III, chap. IV.

² Voir R. Savatier, *Cours de droit civil*, tome I, p. 146 et suivantes.

³ L. Jossierand, op. cit., tome I, p. 467 et suivantes.

⁴ R. Savatier, op. cit., tome I, p. 147. Voir également *Grande Encyclopédie*.

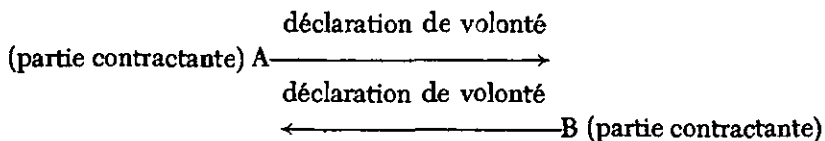
CHAPITRE III

PLURALITÉ DE VOLONTÉS

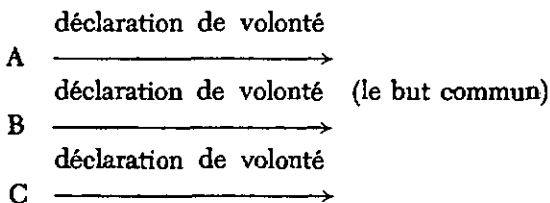
ACTES JURIDIQUES BILATÉRAUX ET MULTILATÉRAUX

On distingue parmi les actes bilatéraux ou multilatéraux : les contrats et les décisions.

Le contrat exige, au moins, deux déclarations de volonté concordantes et réciproques : la déclaration de volonté d'une partie doit être adressée à l'autre et vice versa.



La décision en revanche implique deux ou plusieurs déclarations de volonté concordantes, qui tendent vers un but commun sans qu'elles soient dans un rapport d'échange et de réciprocité.



On peut aussi dire que le contrat comporte deux intérêts opposés (les intérêts des parties), tandis que la décision suppose un intérêt commun.

D'autre part, en cas de contrat, l'accord de toutes les manifestations de volonté est nécessaire, tandis qu'en cas de décision, l'accord de la majorité est, en principe, suffisant et, comme le dit von Tuhr, « la volonté de la majorité est déterminante, même pour les intéressés absents ou restés en minorité »¹. On peut consulter à ce sujet l'art. 72 du Code de commerce iranien² et l'art. 28 du Code de commerce français en matière de sociétés par actions, l'art. 703 Code fédéral des obligations et l'art. 67, al. 2 du Code civil suisse.

Dans le domaine du droit public, on peut aussi parler des actes juridiques bilatéraux ou multilatéraux en ce qui concerne le mode de formation de la loi dans les Etats parlementaires qui exigent l'approbation d'une ou de deux chambres, suivant que le système parlementaire est le monocamérisme ou le bicaméralisme, et la promulgation du pouvoir exécutif. Dans ce cas, il y a concours de volonté, sans qu'il y ait contrat³.

Duguit fait, dans les actes bilatéraux ou multilatéraux, la distinction suivante :

1. Le contrat, au sens propre, qui résulte des déclarations de volonté concordantes et réciproques de deux ou plusieurs personnes qui ont des intérêts opposés, ou du moins des intérêts non concordants.
2. L'acte collectif « Gesamtakt » qui est, au fond, la réunion de déclarations unilatérales de volonté, sans qu'il y ait, en réalité, un acte unilatéral. On le rencontre aussi là où plusieurs personnes manifestent leur volonté, en vue d'obtenir un effet commun. Selon Duguit, « il y a identité et concomitance de

¹ Andreas von Tuhr, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, traduit de l'allemand par M. de Torrenté et Emile Thilo, premier volume, § 20.

² Art. 72 du Code de commerce iranien : « Les décisions de l'assemblée générale sont prises à la majorité des voix (moitié des voix plus un). »

³ Voir Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{me} éd., p. 136 et suivantes.

vouloir, elles veulent en même temps une même chose, déterminée par le même but ».

3. L'union « *Vereinbarung* ». C'est le cas lorsque deux ou plusieurs personnes manifestent leur volonté, afin de se soumettre à des règles permanentes.

Selon Duguit, « tout contrat est une convention, mais il y a beaucoup de conventions qui ne sont pas des contrats. Ce sont des conventions que certains auteurs allemands appellent des « *Vereinbarungen* » et que je propose d'appeler des *UNIONS*. Deux ou plusieurs personnes entrent en relation et s'accordent sur un point déterminé ; mais à la suite de cet accord, on ne voit point apparaître une situation juridique subjective, un rapport particulier, individuel et momentané de créancier à débiteur ; on aperçoit, au contraire, la naissance d'une règle permanente ou bien d'une situation juridique objective. Le mariage est un exemple net d'un pareil acte ; voir dans le mariage un contrat est incontestablement une erreur ; sans doute c'est une convention, mais une convention qui est la condition de la naissance d'une situation légale objective, la situation légale de gens mariés, le statut de gens mariés »¹.

ACTES JURIDIQUES ENTRE VIFS (negotia inter vivos)

ACTES JURIDIQUES POUR CAUSE DE MORT (negotia mortis causa)

L'acte est dit entre vifs lorsqu'il déploie généralement ses effets pendant la vie de son auteur, mais il y a aussi des actes entre vifs qui peuvent exercer leurs effets après la mort de leurs auteurs, aussi bien que durant la vie de ces derniers, par exemple le contrat de vente.

Les effets de l'acte pour cause de mort dépendent en revanche de la mort de son auteur². Citons comme exemples les dispositions de dernière volonté et les pactes successoraux.

¹ Voir L. Duguit, *Traité du droit constitutionnel*, 2^me éd., 1921, tome I, § 33 et 34, 35 et 36.

² Voir A. von Tuhr, *op. cit.*, premier volume, p. 129 et suivantes.

ACTES DE DISPOSITION ET ACTES GÉNÉRATEURS D'OBLIGATION

Si l'on tient compte de la portée des actes juridiques, on les divise en deux groupes : les actes de disposition et les actes générateurs d'obligation. On peut parler d'acte de disposition lorsque l'acte a pour effet le transfert d'un droit ou son extinction¹. Par exemple : le transfert de la propriété, la cession de créance², la donation manuelle et la remise de dette³, etc.

La définition faite par Guhl à ce sujet est la suivante : « Il y a disposition lorsqu'une personne cède ou grève en faveur d'autrui un des droits constituant l'actif de son patrimoine, ou qu'elle renonce à ce droit. »

Il en résulte que l'acte de disposition entraîne la diminution de l'actif du patrimoine, tandis que l'acte générateur de l'obligation, sans toucher directement à l'actif du patrimoine, en augmente le passif en le chargeant d'une dette, par exemple : la promesse de donner.

L'acte générateur d'obligation n'a pas pour effet la constitution d'un rapport juridique entre le créancier et un certain objet faisant partie du patrimoine du débiteur, mais il engendre un simple rapport d'obligation entre le créancier et le débiteur, dont dérive un droit personnel « *hoghug deyni* ». C'est la raison pour laquelle l'acte générateur d'obligation ne saurait priver le débiteur de son pouvoir de disposer d'un objet compris dans son patrimoine, même s'il l'a déjà promis.

L'acte de disposition et l'acte générateur d'obligation entraînent tous deux une diminution de la fortune, car l'acte générateur d'obligation aboutit généralement à un acte de disposition qui n'est que l'exécution du premier.

L'influence directe des actes de disposition sur l'actif du patrimoine permet facilement de les concevoir, car le disposant voit clairement la diminution de ses biens.

En revanche, les effets des actes générateurs d'obligation ne sont

¹ Voir T. Guhl, *op. cit.*, p. 76.

² Art. 724 CC ir.

³ Art. 289 CC ir.

pas immédiatement concevables et apparents, parce qu'ils ne touchent pas directement les biens de celui qui s'engage. C'est pourquoi certaines législations européennes prévoient des mesures et des formes spéciales destinées à protéger celui qui s'oblige, par exemple l'art. 177, al. 3, du Code civil suisse. Le droit iranien n'en tient toutefois pas compte.

On distingue aussi, parmi les actes juridiques, les actes d'attribution ou attributifs : « Ce sont les actes par lesquels une personne procure à une autre un avantage patrimonial. » L'avantage procuré peut avoir pour conséquence l'augmentation de la fortune ou la non-diminution de celle-ci (les dépenses évitées). L'acte d'attribution se fait par acte de disposition ou par acte générateur d'obligation.

ACTES EXIGEANT RÉCEPTION

Bien que l'émission donne à la déclaration de volonté son existence juridique, sa perfection dépend, dans la règle, du fait qu'elle est portée à la connaissance d'autrui. La plupart des déclarations de volonté du droit privé sont soumises à la réception : elles déploient leurs effets au moment où elles parviennent à leurs destinataires. Ces déclarations de volonté sont désignées dans la doctrine juridique allemande par l'expression de « empfangsbedürftig » (exigeant réception)¹. Elles ont pour but non seulement d'exprimer une volonté et d'en faire une valeur juridique, mais encore de la porter à la connaissance d'autrui. Exemples : l'offre, la dénonciation, la révocation et enfin toutes les déclarations « formatrices ». Il est juste, en effet, que les déclarations de volonté qui influent sur la sphère juridique d'autrui lui soient adressées par un moyen quelconque de transmission. Le système de la réception n'intéresse pratiquement que les déclarations entre absents.

L'émission de la déclaration de volonté, son expédition, sa réception, sa perception et enfin la différence qui existe entre ces quatre phénomènes juridiques seront étudiées plus loin, dans la partie consacrée à la « détermination du moment de la conclusion du contrat ».

¹ Von Tuhr, *op. cit.*, § 22.

ACTES JURIDIQUES INCONDITIONNELS

En droit, certains actes ne peuvent pas être soumis à une condition, en raison de leur nature spéciale, par exemple : le mariage (art. 1068 CC ir.), la déclaration de divorce (art. 1135 CC ir.) et la répudiation de la succession (art. 249 de la loi iranienne du 2 tir 1319) (juillet 1940). En pareil cas, le Code iranien déclare nuls les actes grevés d'une condition. Les actes inconditionnels en droit suisse sont par exemple : la répudiation de la succession et le mariage ; on peut encore consulter en ce sens l'art. 2202 CC allemand, etc.

ACTES JURIDIQUES STRICTEMENT PERSONNELS

Ce sont les actes qui ne peuvent être accomplis que par la personne directement intéressée : la représentation soit légale, soit conventionnelle est exclue. Exemple : les dispositions de dernière volonté en droit iranien, en droit suisse¹ et en droit allemand². A la différence du Code iranien, le Code civil suisse n'admet pas la représentation en matière de mariage³. Le Code iranien prévoit en effet expressément aux art. 1063 et 1071 l'admissibilité de la représentation, soit légale, soit conventionnelle, en matière de mariage.

¹ Voir P. Tuor, op. cit., p. 310 et suivantes. Voir également E. Curti-Forrer, *Commentaire du Code civil suisse*, traduit de l'allemand, p. 369 et suivantes.

² Art. 2064 CC allemand : « Celui qui laisse la succession ne peut faire un testament que personnellement. » Art. 2274 CC allemand : « Le disposant ne peut conclure qu'en personne un contrat d'hérité. »

³ V. Rossel et F. Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, tome I, p. 215 et suivantes.

CHAPITRE IV

ÉLÉMENTS ESSENTIELS DES ACTES JURIDIQUES, PARTICULIÈREMENT DES CONTRATS

La manifestation de volonté est l'élément constitutif des actes juridiques et nous en parlerons d'une manière détaillée lorsque nous aborderons la question du contrat.

Conformément à la conception de la plupart des juristes du XVII^{me} siècle, on distingue dans les actes juridiques trois genres d'éléments :

I. *ESSENTIALIA NEGOTII*, les points essentiels ou les éléments qui sont de l'essence même de l'acte juridique, sur lesquels doivent porter les manifestations de volonté. Autrement dit : « Les éléments indispensables à l'existence même de l'acte. » Exemple : la chose et le prix dans la vente tels qu'ils sont indiqués à l'art. 339 CC ir. : « Le contrat de vente devient parfait par l'offre et l'acceptation, dès que le vendeur et l'acheteur conviennent de la chose à vendre et du prix » ; le montant de la prime en matière de contrat d'assurance ; l'objet, le loyer et le terme dans le bail (art. 468 et 472 CC ir.). Ce sont donc là « les éléments sans lesquels la notion de l'acte n'existe pas ». Ils varient d'après la nature et le type du contrat ; ils ne sont pas les mêmes pour tous les contrats.

2. *NATURALIA NEGOTII*. Les éléments qui sont de la nature même de l'acte : ils y sont renfermés et sous-entendus. Exemple : les effets que la loi ou les usages attachent à l'acte en l'absence d'une volonté expresse (dispositions supplétives), entre autres : l'intérêt moratoire pour cause d'exécution tardive en cas de dette d'argent ou dommages-intérêts en cas de faute du débiteur¹ ou l'obligation de garantie dans un contrat de vente. L'article 220 CC ir. pose le principe suivant : « Les contrats obligent les parties contractantes, non seulement à ce qui y est formellement consenti, mais encore à tous les effets qui en découlent d'après la coutume ou la loi. » Il en résulte que les effets attachés au contrat par la loi ou par la coutume ont la même valeur que s'ils étaient exprimés dans l'acte.

3. *ACCIDENTALIA NEGOTII*. Les éléments qui peuvent déroger au droit positif (le droit dispositif, *jus dispositivum* par opposition au droit impératif *jus cogens* qui est inviolable). Exemple : l'aggravation ou l'atténuation de la responsabilité du débiteur². Ce sont les cas où la loi prévoit certaines dispositions et admet elle-même, en même temps, la possibilité d'y déroger par les termes suivants : « Sauf conventions contraires » ou « les conventions contraires sont admises ». Citons comme exemple les art. 280, 281, 358, al. 2, 382, etc. du Code civil iranien.

¹ Mentionnons que dans les actions contractuelles, la faute du débiteur est présumée, c'est-à-dire que le seul fait qu'il n'a pas exécuté son obligation est considéré comme une faute. Par conséquent, c'est le débiteur qui doit prouver l'absence de toute faute de sa part. Voir en ce sens art. 97 CO.

² A. von Tuhr, op. cit., tome I, p. 133.

DEUXIÈME PARTIE

LE CONTRAT, DÉFINITION ET ESPÈCES

CHAPITRE PREMIER

LA DÉFINITION DU CONTRAT

Ainsi que nous l'avons établi dans le chapitre précédent de cette étude, le contrat apparaît parmi les actes juridiques comme le plus important. Il est, au surplus, un acte juridique bilatéral ou multilatéral en ce sens que le concours de deux ou de plusieurs déclarations concordantes et réciproques de volonté est nécessaire pour qu'il puisse se former (*duorum pluriumve, in idem placitum consensus*).

Le contrat peut être défini, en conséquence, comme la rencontre des manifestations concordantes et réciproques de volonté de deux ou plusieurs sujets de droit qui poursuivent l'obtention d'un résultat juridique, soit la création, soit la modification, soit l'extinction d'un rapport de droit ou d'un droit subjectif.

De cette définition du contrat, on peut écarter l'expression de « modification » et se contenter des deux autres, puisque chaque « modification » comporte une « extinction » et une « création ».

Le contrat est un moyen fréquent par lequel, dans la vie sociale, des individus ayant capacité civile peuvent établir entre eux des rapports de droit ou constituer des droits et des obligations. Le contrat se présente ainsi comme la source principale des droits et des obligations juridiques et individuels.

Avant d'aborder la définition du contrat en droit iranien, il est

nécessaire de donner quelques explications sur la terminologie juridique du Code civil iranien et, d'autre part, certaines précisions sur les différentes conceptions contractuelles antérieures à la promulgation du code en question.

Le Code civil iranien emploie le terme de « aghd » pour le contrat, terme directement emprunté à la terminologie du droit islamique. C'est un mot arabe qui a deux sens distincts : l'un, primitif et littéraire (sens étymologique), signifie le nœud ; l'autre, technique et juridique, désigne le contrat proprement dit. On rencontre d'autre part le terme de « moamaleh » qui désigne plutôt les contrats et les transactions économiques et commerciales.

Ajoutons encore le terme de « gharardad » qui figure à l'art. 10 du Code civil iranien et qui peut être traduit par « convention ».

Il convient de signaler que le code en question ne fait aucune distinction entre « aghd », « moamaleh » et « gharardad » et qu'il les considère et les emploie comme synonymes. Dans le langage juridique courant, cependant, on entend par « aghd » les contrats *nommés*, c'est-à-dire ceux qui sont réglementés par le législateur sous une dénomination particulière, par « moamaleh » les conventions et les transactions économiques et par « gharardad » les conventions et les contrats *innomés*.

Si l'on compare, au point de vue de la conception juridique iranienne et de l'usage courant, les deux termes de « aghd » et « moamaleh », on constate que le sens du premier terme ainsi que son champ d'application est beaucoup plus étendu que celui du second. Ainsi, tout « moamaleh » est *ipso facto* un « aghd » mais, inversement, tout « aghd » n'est pas forcément un « moamaleh ». Par exemple : le mariage est toujours un « aghd » et ne peut jamais être considéré comme un « moamaleh », car tout « moamaleh » comporte un certain but économique, tandis que le mariage, dans son essence, en est généralement dépourvu.

Le Code suisse des obligations, comme le Code iranien, ne fait aucune distinction entre le contrat et la convention et les emploie indifféremment ¹.

¹ V. Rossel, *op. cit.*, p. 29.

Contrairement à ces deux codes, le Code civil français paraît avoir fait une distinction entre le contrat et la convention ainsi qu'en témoigne l'art. 1014 CC français qui dit : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. » On constate ainsi que le Code français donne à la convention une portée beaucoup plus large qu'au contrat. Selon le même article, le contrat est une convention spécifiée et particulière ayant pour objet de « donner, faire ou ne pas faire quelque chose ». L'inspirateur de cette définition semble être le jurisconsulte français Pothier, si nous nous en référons au texte suivant : « Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention.

» Une convention ou un pacte est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, ou pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier : *Duorum vel plurium in idem placitum consensus*. L'espèce de convention, dit-il, qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu'on appelle contrat. »¹

Citons encore un certain nombre d'auteurs récents qui partagent ce point de vue. C'est ainsi que René Demogue dit : « Les conventions qui ont pour but de créer une obligation portent plus spécialement le nom de contrat. »² Pour G. Ripert, « le contrat est une espèce particulière de conventions dont le caractère propre est d'être productif d'obligations. Il n'est cependant pas faux d'employer ces deux expressions comme synonymes »³. Dans l'introduction, nous avons examiné la notion du contrat et de la convention selon M. Duguit ; aussi nous ne nous répéterons pas.

Le contrat consiste donc dans l'accord de déclarations réciproques de volonté de deux ou plusieurs personnes en vue de créer ou de transmettre une obligation ou un rapport d'obligation, tandis que la

¹ Pothier, *Traité des obligations*, tome I, 1^{re} partie, chap. I, p. 7. Ed. Debure, Paris, Rousseau-Montaud, Orléans, 1788.

² R. Demogue, *op. cit.*, tome I, 2^{me} partie, chap. I. Paris 1923.

³ G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, tome II, 1^{re} partie, chap. I. 1943.

convention a pour objet plus particulièrement la modification ou l'extinction d'un droit ou d'un rapport de droit.

En réalité, la distinction entre le contrat et la convention, ainsi que la distinction entre les trois expressions de « aghd », « moamaleh » et « gharardad » employées par le Code civil iranien ne présente aucune importance pratique, et même le Code civil français emploie, à plusieurs reprises, ces deux termes de « contrat » et de « convention » l'un pour l'autre. Voir les art. 1108, 1110, 1113, 1114, 1127, etc. du CC français.

Après avoir donné quelques brèves explications sur la terminologie du CC ir. dans le domaine contractuel et sur la différence théorique et pratique des deux expressions de « contrat » et de « convention », nous estimons qu'il est nécessaire d'examiner la conception islamique du contrat et la définition de celui-ci, tout en sachant que le droit islamique (chiit) fut la base principale du premier tome du Code civil iranien.

LA CONCEPTION PRIMITIVE DU CONTRAT EN DROIT ISLAMIQUE (CHIIT). L'ÉPOQUE DU CONSENSUALISME

La conception primitive du contrat, en droit islamique, était purement consensualiste ; elle se basait au début de l'Islam et pendant un siècle (l'époque du consensualisme) sur l'adage fondamental : « Les contrats dépendent des volontés », et, en outre, sur ces deux versets du Coran : « Il n'y a pas d'acte sans volonté » et « Les actes suivent la volonté », deux versets qui rentrent dans le double domaine théologique et juridique. A cette époque-là, la force créatrice de la volonté était largement reconnue ; celle-ci pouvait se manifester sous n'importe quelle forme, soit oralement, soit par écrit, soit par geste, soit par des actes concluants.

LA CONCEPTION FORMALISTE DU CONTRAT, L'ÉPOQUE DU FORMALISME

A partir du deuxième siècle de l'ère musulmane, surtout à l'époque des Abassides, le consensualisme fit place à un formalisme plutôt verbal, essentiellement étranger à l'esprit de l'Islam et curieusement ressemblant à celui du droit romain. Ce formalisme verbal s'est main-

tenu dans la tradition du droit iranien jusqu'à l'adoption du Code civil. Les deux différentes conceptions islamiques du contrat seront examinées plus attentivement dans la partie consacrée à la volonté et à sa manifestation.

En ce qui concerne la définition du contrat, il est difficile de trouver une définition générale dans les ouvrages islamiques. La raison en est que la plupart des juristes et des auteurs islamiques (les formalistes) ne reconnaissaient que les contrats nommés, c'est-à-dire ceux qui sont prévus et réglementés par le législateur. Ils se bornaient en conséquence à définir les contrats traditionnels, par exemple la vente, le bail, etc.

Selon ces auteurs « formalistes », les opérations juridiques, qui ne rentraient pas dans un type de contrat cité par le législateur islamique, ne pouvaient déployer aucune conséquence juridique. Mais les besoins économiques de plus en plus pressants exigèrent la recherche d'une solution qui permit de se dégager de l'illogisme résultant d'une mauvaise interprétation de l'idée du législateur islamique par les juristes formalistes. Finalement, les formalistes trouvèrent une solution ou plus exactement un subterfuge subtil aboutissant au même résultat que si les contrats innomés étaient admis. Nous le verrons plus loin à propos des contrats innomés.

Il convient de rappeler ici que certains auteurs islamiques (chiites) reconnaissaient la validité et le caractère obligatoire des contrats innomés en se basant sur l'adage fondamental : « Les contrats dépendent des volontés », qui jouissait d'une faible considération auprès des auteurs formalistes, et en se fondant sur cet autre verset du Coran qui dit : « Exécutez vos contrats. »¹ Selon ces auteurs, qui soutenaient la conception primitive du contrat en droit islamique et qui formaient le groupe non formaliste, le terme de « contrat » employé dans ce verset est pris dans son sens le plus large, sans aucune restriction.

D'ailleurs, le contrat « aghd » se range parmi les « institutions

¹ Certains auteurs déclarent qu'il s'agit là (c'est-à-dire du terme « aghd » employé dans le dit verset) de toute obligation résultant soit d'une, soit de plusieurs déclarations de volonté, plutôt que d'un contrat proprement dit.

affirmées » du droit islamique et non pas parmi les « institutions créées ». Il doit par conséquent rester comme un « sujet d'usage » et être interprété suivant son sens le plus usuel et non pas d'après le sens technique donné par les jurisconsultes. Il est nécessaire ici de mentionner que les institutions du droit islamique se divisent en deux groupes à savoir :

a) les « institutions créées » (madjoulat tassissi) qui sont les institutions radicalement fondées par le législateur islamique. Ces institutions doivent rester toujours comme « sujet légal » (mozu-chari), c'est-à-dire qu'elles doivent être interprétées suivant leur sens technique indiqué et envisagé par le législateur.

b) les « institutions affirmées » (madjoulat imzaï), c'est-à-dire les institutions qui existaient avant la législation islamique et qui ont été affirmées par le législateur islamique. Ces institutions doivent rester comme « sujet d'usage », c'est-à-dire qu'elles doivent être interprétées d'après le sens que l'usage leur donnait, ou bien suivant le sens qu'elles avaient dans la coutume.

Nous savons qu'à la veille de l'apparition de l'Islam et même ensuite, le terme de « aghd », c'est-à-dire « contrat », abstraction faite de son sens étymologique, dans l'usage courant, désignait tout accord de volonté destiné à obtenir un résultat juridique.

C'est ainsi que, plus tard, le Code civil iranien, se basant sur cette conception, déclare à l'art. 224 que « les termes des contrats sont interprétés dans le sens que leur donne la coutume ».

Ayant brièvement étudié la conception islamique du contrat, nous allons examiner maintenant la définition du contrat dans le droit iranien moderne.

Tout d'abord, il faut mentionner le fait que, malgré l'influence considérable du formalisme et des juristes formalistes au temps de la rédaction du Code civil, le législateur iranien, en soutenant l'opinion des auteurs non formalistes, s'est basé sur la conception primitive du contrat en droit islamique, c'est-à-dire qu'il a pris en considération, avant tout, l'adage fondamental : « Les contrats dé-

pendent des volontés », puis le principe de la liberté de la volonté au point de vue de la forme ainsi qu'au point de vue du contenu.

L'art. 183 CC ir. définit le contrat dans les termes suivants : « Le contrat consiste en ce qu'une ou plusieurs personnes s'obligent à quelque chose envers une ou plusieurs autres qui l'acceptent. » Dans cette définition, l'expression de « quelque chose » mérite notre attention. Cette expression qui présente « l'objet du contrat » a une portée très étendue, elle peut embrasser toute obligation soit matérielle, soit personnelle. Elle est d'ailleurs analogue à celle qui figure à l'art. 20 du Code suisse des obligations : « une chose »¹. Le Code iranien précise les mots « quelque chose », à l'art. 214 dans la section relative à l'objet de la convention, de la manière suivante : « L'objet du contrat doit être une chose ou un acte que chacune des parties contractantes s'oblige à donner ou à faire. »

Le Code suisse des obligations ainsi que le Code civil allemand ne donnent pas une définition générale du contrat et renvoient pour cela à la doctrine. On en trouve une en revanche dans d'autres codes civils tels que, par exemple, le Code civil français.

¹ L'art. 20, al. 2 Code suisse des obligations : « Le contrat est nul s'il a pour objet *une chose* impossible, illicite, ou contraire aux mœurs. »

CHAPITRE II

ESPÈCES DE CONTRATS

CLASSIFICATION DOCTRINALE DU CONTRAT

CONTRATS UNILATÉRAUX ET CONTRATS BILATÉRAUX

Les contrats se divisent, suivant leurs effets juridiques, ou pour mieux dire selon le nombre des obligations qui en découlent, en deux groupes : les contrats unilatéraux (*contractus unilaterales*) et les contrats bilatéraux (*contractus bilaterales*).

LES CONTRATS UNILATÉRAUX dans lesquels l'une des parties contractantes s'oblige envers l'autre qui acquiert un droit sans être obligée de fournir à la première une prestation quelconque¹. Ainsi, dans les contrats unilatéraux, il y a toujours un sujet actif et un sujet passif. Exemples : le cautionnement (art. 684 et suivants du Code civil iranien) et le contrat de fondation (art. 57 et suivants du même Code) dans lequel l'autorité compétente n'assume aucune charge (tout en rap-

¹ A. von Tuhr, op. cit., § 20.

pelant qu'en droit iranien, la fondation est considérée comme un contrat).

LES CONTRATS BILATÉRAUX imposent des obligations à la charge des deux parties¹. Les parties contractantes s'y obligent l'une envers l'autre d'une façon réciproque et chacune d'elles devient à la fois créancière et débitrice de l'autre. Parmi les contrats bilatéraux, on distingue d'une part les contrats bilatéraux parfaits (*contractus bilaterales aequales*) ou essentiellement bilatéraux (synallagmatiques) dans lesquels les prestations des parties sont dans un rapport d'échange et d'équivalence, par exemple : le contrat de vente (art. 338 et suivants CC ir.), le contrat de bail (art. 465 et suivants du même code) ; d'autre part, les contrats bilatéraux imparfaits (*contractus bilaterales inaequales*) « qui entraînent bien des obligations pour les deux parties mais qui n'ont pas pour but un échange de prestations ». Autrement dit, dans un contrat bilatéral imparfait, c'est l'obligation d'une seule partie qui forme le but essentiel du contrat. Citons comme exemple : le prêt à usage ou de consommation, le mandat gratuit, le dépôt et le gage. Dans le prêt à usage ou de consommation, dans le dépôt, dit von Tuhr, « la restitution de la chose n'est pas une contre-prestation, mais une conséquence juridique de la remise de la chose ». Dans le mandat gratuit², par exemple, le contrat est unilatéral au moment de sa conclusion ; il n'impose qu'une seule obligation à la charge du mandataire, mais plus tard, il peut devenir un contrat bilatéral en donnant naissance à une autre obligation à la charge du mandant à cause des dépenses faites par le mandataire à l'occasion de l'exécution régulière de son obligation.

En réalité, l'obligation du mandant dépend d'un fait qui pourrait ne pas se produire, c'est-à-dire les dépenses faites par le mandataire dans l'intérêt du mandant, pour remplir sa mission. Le mandant doit rembourser les dépenses qu'il s'est épargnées et qui normalement lui incombait.

¹ Voir les art. 1102 et 1103 Code civil français.

² Art. 659 CC ir.

L'obligation du mandant trouve-t-elle sa cause dans un « enrichissement illégitime » ? Nous ne le croyons pas, car l'obligation du mandant reste, sans doute, une obligation de nature contractuelle. Il en est de même lorsque le dépositaire, l'emprunteur ou le créancier gagiste ont dû assumer des dépenses pour l'entretien et la sécurité de la chose.

Le Code civil iranien ainsi que le Code suisse des obligations ne donnent pas la définition des contrats unilatéraux ou bilatéraux. Ils en chargent la doctrine. Le Code civil français les définit, en revanche, aux articles 1102 et 1103 de la façon suivante :

Art. 1102 CC français : « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. »

L'art. 1103 CC français : « Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement. »

Comme on le voit, le Code civil français ne fait aucune allusion à la distinction entre les contrats essentiellement bilatéraux et les contrats bilatéraux imparfaits.

La distinction entre les contrats bilatéraux, d'une part, et les contrats unilatéraux et les contrats bilatéraux imparfaits, d'autre part, présente une très grande importance en ce qui concerne l'exception *non adimpleti contractus* et l'exception tirée de l'insolvabilité (art. 320 et suivants du Code civil allemand, art. 82 et 83 du Code suisse des obligations, art. 377 et 380 du Code civil iranien).

Enfin, il faut nettement distinguer le sens des expressions « bilatéral » et « unilatéral », employées dans le domaine des contrats, du sens qu'ont celles-ci dans le domaine des actes juridiques. L'acte juridique est unilatéral ou bilatéral selon qu'il met en œuvre la déclaration de volonté d'une ou plusieurs personnes, tandis que le contrat est unilatéral ou bilatéral selon qu'il impose des obligations à la charge d'une seule partie contractante ou à toutes les deux.

Il ne faut pas confondre l'acte juridique unilatéral avec le contrat unilatéral qui est toujours et nécessairement un acte juridique bilatéral, c'est-à-dire l'œuvre de deux ou plusieurs déclarations de volonté

émanant de deux ou plusieurs personnes ayant des intérêts opposés. Le contrat, soit bilatéral, soit unilatéral, est un acte juridique bilatéral.

Enfin, un contrat de nature unilatérale peut se transformer en un contrat bilatéral. Exemple : la donation avec charges stipulées au profit du donateur ou d'un tiers (donation rémunératoire).

CONTRATS A TITRE GRATUIT, CONTRATS A TITRE ONÉREUX

Dans les contrats à titre gratuit (contrat de bienfaisance), une partie obtient des avantages sans assumer aucune charge¹. Exemple : la donation (art. 795 et suivants du Code civil iranien, art. 516 et suivants du Code civil allemand, art. 894 du Code civil français, art. 239 et suivants du Code suisse des obligations). La définition donnée à l'art. 795 CC ir. est la suivante : « La donation est un contrat par lequel une personne cède GRATUITEMENT à autrui tout ou partie de ses biens. » L'art. 516 CC allemand définit ainsi la donation : « Tout acte de disposition par lequel une personne enrichit une autre au moyen d'un élément de son patrimoine est une donation, quand les deux parties sont d'accord sur ce point que la disposition est effectuée à TITRE GRATUIT. »²

D'autres exemples typiques de contrat à titre gratuit apparaissent dans le contrat de fondation du droit iranien (art. 55 et suivants CC ir.) qui est un contrat essentiellement gratuit, le prêt à usage (art. 635 et suivants CC ir.) et le contrat de dépôt (art. 607 et suivants du même code).

Le contrat de dépôt, en droit iranien, est toujours à titre gratuit,

¹ Voir art. 1105 CC français.

² *Le Code civil allemand traduit par le comité de Législation étrangère*, Paris 1929.

tandis qu'en droit suisse, ce contrat est à titre gratuit dans le cas où il y a doute, c'est-à-dire lorsqu'une rémunération n'a pas été expressément stipulée. Toutefois, l'art. 472, al. 2 *in fine* du Code suisse des obligations précise bien que même à défaut d'une rémunération expressément stipulée, le contrat n'est cependant pas considéré comme gratuit lorsque, eu égard aux circonstances, le dépositaire devait s'attendre à être rémunéré.

Le Code civil français fait une distinction entre le « dépôt proprement dit » et le « séquestre ». Selon l'art. 1917 CC français, « le dépôt proprement dit » est un contrat essentiellement gratuit, tandis que le séquestre, soit conventionnel, soit judiciaire, « peut n'être pas gratuit », art. 1957 CC français.

Ainsi, dans les contrats à titre gratuit, l'attribution doit être gratuite, c'est-à-dire consister en l'absence de toute contre-prestation, comme c'est le cas dans les contrats unilatéraux. Or, la cause de l'obligation ou des engagements du débiteur est la *causa donandi*, la volonté de procurer à autrui un avantage gratuit ou de lui rendre service à titre gracieux. Il s'agit là d'un sentiment de libéralité. C'est ainsi que nous pouvons distinguer les actes à titre gratuit de l'enrichissement sans cause.

A. Colin et H. Capitant distinguent les contrats à titre gratuit « par lesquels une partie, inspirée par une pensée de bienfaisance envers l'autre contractant, diminue son patrimoine pour enrichir celui-ci (donation) », des contrats désintéressés « dans lesquels un des contractants, mû par le désir de rendre service à l'autre, ne s'appauvrit pas à son profit, mais ne reçoit rien en échange de la prestation qu'il fournit ou s'engage à fournir (le prêt à usage, le prêt d'argent sans intérêt, le dépôt, etc.) »¹. Il apparaît qu'aux yeux des dits auteurs une « non augmentation du patrimoine » ne constitue pas un appauvrissement.

LES CONTRATS A TITRE ONÉREUX

Dans les contrats à titre onéreux, la partie contractante qui obtient un avantage quelconque est obligée de fournir à l'autre partie un

¹ A. Colin, H. Capitant, *op. cit.*, tome II, livre II, titre I, 1^{re} partie.

équivalent ; tel est le cas des contrats bilatéraux parfaits. Exemples : contrat de vente, contrat de bail, contrat de travail, etc.

Dans les contrats à titre onéreux, la cause de l'obligation de chacune des parties contractantes consiste dans l'engagement pris par l'autre (*causa credendi*), c'est-à-dire la volonté de s'obliger pour recevoir une contre-prestation ou bien le désir d'être crédité.

La distinction entre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux joue un rôle en matière d'erreur sur la personne du contractant (*error in persona*), en matière de responsabilité contractuelle et en matière de garantie.

L'*error in persona* ne constitue pas généralement une erreur essentielle lorsqu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux. Tandis que, dans le contrat à titre gratuit, qui est en principe conclu en considération de la personne, l'*error in persona* constitue une erreur essentielle et vicie, par conséquent, le contrat. C'est ainsi que l'art. 201 du CC ir. déclare que « l'erreur sur la personne du contractant n'entache pas la validité du contrat, sauf les cas où la considération de cette personne a été la cause principale de la convention ».

En ce qui concerne la faute contractuelle, les législateurs sont moins rigoureux lorsqu'il s'agit des contrats à titre gratuit. Exemple : art. 99, al. 2 du Code suisse des obligations.

Enfin, il existe des contrats qui peuvent être tantôt à titre gratuit, tantôt à titre onéreux, par exemple : le contrat de prêt, art. 648 et suivants du CC ir., art. 312 et suivants du Code suisse des obligations, etc.

LES CONTRATS PRINCIPAUX ET LES CONTRATS ACCESSOIRES

Un contrat est dit principal lorsqu'il a une existence juridique tout à fait indépendante, comme la vente, le bail, etc.

Le contrat dont l'existence dépend de celle d'une autre obligation est dit accessoire ; les contrats accessoires « n'existent qu'en fonction d'un autre contrat ». Exemples : le contrat de cautionnement, le contrat de gage.

Ainsi, l'existence et la validité du contrat accessoire dépendent de celles du contrat principal ; la nullité du contrat principal entraîne celle du contrat accessoire. Le contrat accessoire sera annulé lorsque le contrat principal était annulable et que le débiteur principal a fait usage de son droit de le faire annuler, mais en cas d'inaction du débiteur principal, le débiteur du contrat accessoire reste obligé. Le débiteur du contrat accessoire est libéré lorsque le contrat principal était soumis à une condition suspensive et que cette condition vient à défaillir.

Enfin, l'extinction de l'obligation principale entraîne également celle de l'obligation accessoire (l'accessoire suit le principal).

Le contrat accessoire est, parfois, conclu entre les parties au contrat principal, par exemple : le contrat de gage (art. 771 et suivants du CC ir.) qui est une institution de garantie réelle. Suivant l'art. 771 CC ir., le gage est un contrat par lequel le débiteur lui-même fournit à son créancier une garantie réelle pour le paiement de sa dette. Il convient ici de mentionner que le Code civil iranien est muet en ce qui concerne le gage donné par un tiers pour garantir la dette du débiteur. Toutefois, une telle opération juridique doit être considérée comme valable, étant donné le principe de la liberté contractuelle admis par le CC ir.

Le contrat accessoire est parfois conclu entre le créancier du contrat principal et une tierce personne, par exemple : le cautionnement (art. 684 et suivants CC ir.) qui est une institution de sûretés personnelles. Le caractère accessoire du cautionnement résulte

clairement de l'art. 691 CC ir. qui est ainsi conçu : « Le cautionnement d'une dette dont la cause n'existe pas encore est nul. » Etant donné que, dans le Code civil iranien, le cautionnement comporte certaines particularités, il convient de l'étudier brièvement.

Pour le cautionnement, contrairement au Code suisse des obligations (art. 492 et suivants), au Code civil allemand (art. 765 et suivants) et au Code civil français (art. 2011 et suivants) qui sont fondés sur le principe de l'adjonction, le Code civil iranien est basé sur le principe de transmission. Prenons la définition du cautionnement figurant à l'art. 684 CC ir. : « Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'oblige à payer le bien (la prestation) qui est dû par une autre personne. » Il en résulte que, en droit civil iranien, le cautionnement consiste dans la transmission de l'obligation du débiteur à la caution, tandis qu'en droit suisse, la caution garantit l'exécution de l'obligation du débiteur. C'est la définition du cautionnement prévue à l'art. 492, al. 1 du Code suisse des obligations qui se conforme au principe de l'adjonction : « Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur. »

En droit allemand, ainsi qu'en droit français, la caution s'engage de même à payer si le débiteur n'exécute pas son obligation. Le Code civil iranien, tout en refusant le principe d'adjonction à l'art. 699, déclare nul tout contrat de cautionnement soumis à une condition suspensive (si le débiteur ne paie pas). Voici le texte qui est conçu dans les termes suivants : « La condition suspensive dans le contrat de cautionnement tel que : Je me rends caution si le débiteur ne paie pas, est prohibée. Mais l'engagement de payer peut être soumis à une autre condition suspensive. »

Le principe de transmission adopté par le Code civil iranien se manifeste encore clairement à l'art. 698 qui est ainsi conçu : « Une fois le cautionnement valablement conclu, le débiteur est libéré de son obligation et la caution devient obligée. » On pourrait, par conséquent, dire que le cautionnement en droit iranien se rapproche beaucoup d'une institution juridique du droit suisse qui s'appelle « la reprise de dette privative ou libératoire (reprise de dette externe) » (art. 176 Code suisse des obligations).

Le principe de transmission adopté par le CC ir. est emprunté au droit islamique (chiit). Il convient cependant de mentionner que les deux sectes chiit et sunit avaient des conceptions tout à fait différentes du cautionnement, de sorte que les juristes sunits, contrairement aux auteurs chiits, soutenaient le principe de l'adjonction. Nous n'allons pas entrer dans l'argumentation présentée par les juristes des deux sectes du droit islamique et qui devrait faire l'objet d'une étude séparée.

Il faut cependant signaler qu'après la promulgation du Code civil, une certaine tendance se marque, dans la législation iranienne, vers le principe de l'adjonction ; ainsi, le Code iranien de commerce, voté cinq ans après le Code civil, a reconnu la validité du cautionnement conditionnel lorsque les parties en ont ainsi convenu. A défaut d'une convention ou d'une clause expresse, le principe de transmission est présumé (art. 402 Code iranien de commerce). Ainsi, le Code iranien de commerce n'exclut pas le principe de transmission qui est la règle, mais il admet, exceptionnellement, le principe d'adjonction lorsqu'il est conventionnellement adopté.

Cependant, le Code civil iranien nous conduit à un subterfuge figurant à l'art. 723, par lequel on peut appliquer le principe d'adjonction sans être menacé par la nullité du contrat prévue à l'art. 699. Voici la solution proposée à l'art. 723 CC ir. : « Une personne peut, suivant une clause accessoire stipulée dans un contrat obligatoire (contrat fictif) autre que le cautionnement, s'obliger de payer ce qui est dû par un tiers si ce dernier n'exécute pas son obligation (garantir le paiement de la dette contractée par une tierce personne). » Ce contrat obligatoire, prévu à l'art. 723 CC ir., n'est en réalité que le cautionnement conditionnel prohibé par l'art. 699 et frappé de nullité. C'est pourquoi le contenu de l'art. 723 nous paraît extrêmement choquant, car le législateur iranien, tout en dérogeant au principe du consensualisme sur lequel il s'est d'ailleurs basé, légitime un « acte détourné » par lequel les parties contractantes peuvent arriver à un résultat défendu.

Le principe de transmission, en matière de cautionnement, nous paraît peu pratique ; il devrait être remplacé par celui de l'adjonction, plus accessible au public.

CONTRATS CONSENSUELS ET CONTRATS RÉELS

Suivant la conception romaine, certains contrats, pour être valables et sanctionnés, devaient être accompagnés d'une certaine *res*. Ces contrats, appelés « contrats réels », étaient, avant le VII^{me} siècle U. C., le *mutuum* et la fiducie. « Dans le *mutuum*, la *res* consistait dans le transfert de la propriété d'OBJETS DE GENRE (qui se pésent, se comptent ou se mesurent)¹ ; tandis que la *res* accompagnée de la fiducie consistait dans le transfert de propriété de CORPS CERTAINS.² »

Dans le droit de Justinien, la fiducie cède la place à trois autres contrats, soit le gage, le commodat et le dépôt, qui ont une fonction juridique analogue à celle de la fiducie, avec cette différence que la *res* n'est plus un transfert de la propriété, mais qu'elle consiste dans « un transfert de la possession ou même de la simple détention »³, tandis que le *mutuum* subsiste encore dans ledit droit⁴.

En droit moderne, le régime du contrat consensuel est la règle, tandis que, dans les anciens droits, particulièrement en droit romain, il était toujours exceptionnel.

Il convient de signaler que le principe du consensualisme, en droit islamique, était beaucoup plus poussé qu'en droit romain, à tel point que depuis l'époque de la révélation et pendant un siècle, l'esprit du consensualisme domina d'une façon absolue. Ainsi, à l'époque où, en droit romain, la règle *Ex nudo pacto actio non nascitur* était encore en force, la conception du contrat, en droit islamique, se basait sur l'adage connu : « Les contrats dépendent des volontés. »

Le Code civil iranien, comme tout code moderne, se fonde sur le

¹ Contrairement au commodat ou prêt à usage dont l'objet consiste dans un corps certain et dans lequel l'emprunteur est tenu de restituer la chose même qu'il a empruntée, le *mutuum* ou prêt de consommation, qui a pour objet une chose fongible, impose à l'emprunteur seulement l'obligation de restituer, à l'échéance une chose pareille, un remplaçant de même nature, de même qualité et de même quantité.

² Voir R. Monier op. cit., tome II, p. 109 et suivantes.

³ Voir P. Huvelin op. cit., tome II, chapitre II, par. 2.

⁴ Voir P. F. Girard op. cit., p. 506 et suivantes.

principe du consensualisme, selon lequel le contrat se forme par l'accord des volontés des contractants. Toutefois, le Code iranien exige, à titre exceptionnel, outre les manifestations de volonté concordantes et réciproques des parties, certains actes matériels pour la formation ou la perfection de certains contrats.

Suivant l'art. 798 CC ir., la remise de l'objet de la donation au donataire est une condition *sine qua non* de la formation du contrat. Voici le texte légal : « La donation ne se forme que par l'acceptation du donataire et son entrée en possession de l'objet de la donation. »

En matière de gage, l'art. 772 CC ir. statue ce qui suit : pour que le contrat soit valable, il faut que l'objet du gage soit remis au créancier gagiste ou à un tiers sur la personne duquel les parties se sont déclarées d'accord. (Voir à ce sujet l'art. 884, al. 3 Code civil suisse, en matière de gage mobilier.)

Ainsi, dans ces contrats, la remise de l'objet du contrat au donataire ou au créancier gagiste est considérée comme une condition de la validité de l'acte.

Dans le dépôt, contrairement à la donation et au gage dans lesquels le Code prescrit la remise de la chose donnée ou mise en gage, la remise de l'objet déposé n'est pas expressément exigée. Ceci est cependant une règle imposée par la force des choses, par la nature économique du contrat de dépôt ; pour mieux dire, il est de l'essence même de cette opération juridique que son objet soit remis. D'ailleurs, la définition du contrat de dépôt donnée à l'art. 607 CC ir. confirme cette thèse ; voici le texte légal : « Le dépôt est un contrat par lequel une personne dépose tout ou partie de ses biens chez une autre personne, afin que celle-ci les garde gratuitement. » C'est la traduction littérale de cet article qui, au point de vue de la technique juridique, est critiquable. Il devrait être modifié comme suit : « Le dépôt est un contrat en vertu duquel une personne dépose tout ou partie de ses biens chez une autre personne qui s'oblige à les garder gratuitement. »

Ainsi l'obligation du dépositaire prend naissance au moment où il reçoit l'objet déposé.

En matière de contrat de transport, suivant l'art. 516 CC ir.,

les obligations et la responsabilité du voiturier prennent naissance à partir du moment où la marchandise lui a été remise¹.

Dans le contrat de fondation du droit iranien, la remise de l'objet de la fondation aux bénéficiaires ou à l'autorité compétente est la condition de la perfection du contrat ; elle rend obligatoire la fondation qui avait, jusque-là, une existence précaire (le contrat de fondation est révocable par le fondateur, tant qu'il n'a pas remis l'objet de la fondation aux bénéficiaires ou à l'autorité compétente).

De tout ce qui vient d'être dit, on pourrait définir les contrats réels et les contrats consensuels de la façon suivante : le contrat est dit réel, lorsqu'il exige, outre les manifestations de volonté concordantes et réciproques des parties (éléments psychologiques), un acte matériel, à savoir la remise d'une chose corporelle (éléments matériels).

Tandis que le contrat consensuel est parfait par le simple accord des manifestations de volonté des parties.

On entend, parfois, par contrat réel, le contrat qui donne naissance à un droit réel (le nantissement, par exemple), en opposition au contrat générateur d'obligation².

¹ Selon l'art. 516 CC ir., les dispositions relatives au contrat de dépôt sont également applicables au contrat de transport, tandis que l'art. 440, al. 2 du Code suisse des obligations déclare : « Les règles du mandat sont applicables au contrat de transport, sauf les dérogations résultant du présent titre. » La disposition de l'art. 440 du CO nous paraît, au point de vue juridique, beaucoup plus logique que celle de l'art. 516 CC ir.

² E. Béguelin, *Fiches juridiques suisses* N° 89.

CONTRATS FORMELS ET CONTRATS NON FORMELS

Lorsque la validité du contrat ou son efficacité dépend de l'observation d'une forme déterminée, il s'agit d'un contrat formel. Il est non formel lorsqu'il n'est soumis à aucune forme particulière.

Le Code civil iranien pose le principe de la liberté de la forme : la volonté peut être manifestée sous n'importe quelle forme. C'est là une conséquence du principe du consensualisme (la liberté de la volonté au point de vue du contenu comme au point de vue de la forme). Cette liberté, en droit iranien, est beaucoup plus étendue que dans les droits suisse, français et allemand. On ne trouve jamais, dans le Code civil iranien, un acte juridique, particulièrement un contrat, qui soit soumis à l'observation d'une forme déterminée. Le Code civil n'exige aucune forme de validité. Ce n'est là que la forte réaction du législateur iranien à l'égard des idées formalistes qui dominaient dans le monde juridique iranien avant la promulgation du Code civil. Le rédacteur du CC ir. tâchait de dégager la notion du contrat du formalisme verbal rigoureux de la tradition islamique. On pourrait, à première vue, croire que la liberté de forme est admise d'une façon absolue par le Code civil iranien. Mais plus tard, le législateur iranien, constatant que la liberté absolue de la forme était peu pratique, devint un peu formaliste. Dans toute une série de lois, il introduisit timidement en droit iranien le formalisme qui en avait été chassé. Après la promulgation du CC ir. de 1928 et jusqu'à la loi de mars 1930 suivant laquelle l'observation de la forme authentique est obligatoire pour certains actes, la liberté de forme était admise d'une façon absolue. L'esprit du consensualisme dominait entièrement le droit iranien.

Le formalisme a été introduit en droit iranien par les lois qui régissent l'enregistrement et les registres officiels. Les lois et règlements régissant la matière sont :

- a) La loi du 15 mehr 1308 sur l'enregistrement.
- b) La loi du 21 bahman 1308 sur l'enregistrement.

Celles-ci ont été complétées et remplacées plus tard par les lois et les dispositions suivantes :

- a) La loi du 2 khordad 1310 (mai 1931) relative à l'enregistrement des sociétés et son règlement d'application.
- b) La loi du 26 esfand 1310 (mars 1932) relative à l'enregistrement des actes et des biens immobiliers et son règlement d'application.
- c) Le règlement relatif à l'exécution des actes authentiques du mois de tir 1316 (juillet 1937).

L'enregistrement, en droit iranien, s'opère auprès d'un notaire et sur les registres officiels. Les actes enregistrés sont considérés comme des actes authentiques, ayant force exécutoire immédiate, sans obligation de s'adresser au tribunal.

Suivant l'art. 46 de la loi de mars 1932, « l'enregistrement est facultatif, sauf dans les cas suivants :

» 1. Les contrats et les conventions relatifs aux biens immobiliers inscrits sur les registres fonciers, qu'il s'agisse de l'immeuble lui-même ou de sa jouissance.

» 2. Les conventions ayant pour objet un droit déjà enregistré. »

L'art. 47 de la même loi ajoute que l'enregistrement peut être obligatoire lorsque cette mesure est considérée comme opportune par le ministère de la justice, dans les cas suivants :

1. les conventions et les contrats portant sur un droit réel immobilier ou sur la jouissance d'un immeuble non inscrit dans les registres fonciers ;

2. la transaction, la donation et la société.

Comme cela découle de l'art. 46 de la loi de mars 1932, l'enregistrement est en principe facultatif, sauf dans des cas très limités. Pourtant, les avantages rattachés aux actes enregistrés par les art. 92 et 93 de la dite loi (reconnaissance de la force exécutoire immédiate) ont eu pour conséquence le développement considérable de l'enregistrement, même pour les actes dont l'enregistrement n'est pas obligatoire, de sorte que les parties contractantes conviennent souvent d'enregistrer des actes qui ne sont soumis à aucune forme, pour en assurer l'exécution immédiate et éviter, en cas de litige, de recourir aux tribunaux (forme conventionnelle).

Outre les lois spéciales relatives à l'enregistrement, la loi du 7 ordi-behecht 1316 (28 avril 1937) sur l'assurance déroge également au principe de la liberté de forme admis par le CC ir. Elle exige à l'art. 2 la forme écrite pour le contrat d'assurance¹, contrairement au droit suisse selon lequel le contrat d'assurance est théoriquement un contrat non formel².

Enfin, la loi du 2 tir 1319 (juillet 1940) qui peut être considérée comme le complément du Code civil iranien contient certaines dérogations à l'esprit purement consensualiste de celui-ci.

Le chapitre VI du titre V de la loi en question est consacré aux différentes formes du testament. L'article 276 de cette loi a la teneur suivante : « Le testament, soit qu'il désigne l'exécuteur testamentaire, soit qu'il tende à transférer la propriété, peut être établi de façon authentique, olographe (écrit qualifié) ou secrète (écrit simple et consigné). » Les modalités de ces trois formes sont données aux art. 277, 278 et 279 ; le testateur peut librement choisir entre ces formes, à l'exception du testateur illettré qui ne peut procéder qu'au moyen de la forme authentique (art. 280 de la loi de mars 1932).

En ce qui concerne le testament authentique, les dispositions légales en matière d'actes authentiques sont applicables. Mais en ce qui touche le testament olographe, la forme écrite qualifiée doit être observée ; le testament doit être entièrement écrit, signé et daté de la main du testateur (la légalisation de la signature, la confirmation des témoins et le dépôt auprès du bureau de l'enregistrement ne sont pas exigés).

Le testament secret peut être dressé en la forme écrite simple dont le texte peut être écrit de la main du testateur aussi bien que de la main d'autrui, mais en tout cas, il doit être signé de la main du testateur ; en outre, il doit être consigné, ainsi que cela est exigé pour la consignation des actes, par la loi du 26 esfand 1310 (mars 1932), au bureau de l'enregistrement de la circonscription où le testateur est domicilié. Le concours de témoins ou la légalisation de la signature ne sont pas exigés.

¹ Zangeneh, *Traité de droit commercial*, Téhéran, 2^{me} éd., p. 281.

² W. Koenig, *Droit d'assurance*, p. 39.

Enfin, la loi en question parle, à l'art. 283, du testament oral. Celui-ci n'est en principe admis que dans les circonstances extraordinaires, ainsi en cas de guerre, d'épidémie, de danger de mort imminent, de communications interceptées, lorsque le disposant se trouve empêché de tester dans une des trois formes sus-indiquées. En pareil cas, le testateur déclare ses dernières volontés en présence de deux témoins ou d'un officier ayant n'importe quel grade, lorsque le disposant est militaire. Suivant l'art. 290, le testament oral ne peut plus être invoqué en justice lorsqu'un mois s'est écoulé depuis que le testateur a retrouvé la liberté d'employer l'une des formes prévues aux art. 277, 278 et 279 de la présente loi. On constate une grande ressemblance entre les dispositions légales en matière de testament oral figurant aux art. 283 et suivants de la loi en question et celles figurant aux art. 506 et suivants du CC suisse, avec cette différence que le législateur iranien s'y montre moins rigoureux que le législateur suisse.

De tout ce que nous avons étudié en matière de forme et de contrats formels (le testament y compris, en tant qu'il est considéré comme un acte juridique bilatéral en droit iranien), nous arrivons à cette constatation que les restrictions apportées par les lois spéciales au principe de la liberté absolue de la forme, admis par le CC ir., sont encore très timides. Le législateur iranien a même évité de déclarer nuls les contrats ou les actes dont la forme prescrite par la loi n'a pas été observée. Il les considère comme irrecevables par les administrations publiques et les tribunaux. L'art. 48 de la loi de mars 1932 sur l'enregistrement est conçu dans les termes suivants : « Les actes dont l'enregistrement, selon les articles susindiqués, est obligatoire, ne peuvent pas être REÇUS par les tribunaux et les administrations publiques, tant que cette formalité n'a pas été observée. »

Il en résulte que l'inobservation de la forme prescrite par la loi n'entraîne pas, aux yeux du législateur iranien, la nullité de l'acte. Celui-ci n'est pas radicalement nul ou non venu, mais il a plutôt une existence paralysée, dont la force exécutoire fait défaut, comme les obligations imparfaites. L'art. 291 de la loi de juillet 1940 confirme encore notre thèse : « Tout testament dont la forme exigée dans le présent chapitre n'a pas été observée est irrecevable, à moins que les héritiers légaux ou les autres personnes ayant intérêt à la succession

n'aient confirmé son efficacité. » Si l'inobservation de la forme entraînait la nullité du testament, l'affirmation des héritiers légaux ne pourrait pas le faire renaître, comme c'est pourtant le cas.

De toutes ces constatations, nous pouvons conclure qu'en droit iranien, les formes prescrites ne sont pas des formes de validité, mais plutôt des formes d'efficacité (formes de procédure).

Pour terminer, ajoutons qu'en droit iranien, la liberté de la volonté, au point de vue de la forme, est beaucoup plus large qu'au point de vue du contenu.

CONTRATS NOMMÉS ET CONTRATS INNOMÉS

Un contrat est dit nommé lorsqu'il fait l'objet d'une dénomination déterminée dans la loi, ou bien lorsqu'il a, dans le Code, sa place et ses règles dérivant de sa fonction économique spéciale, par exemple : le contrat de vente, le contrat de bail, etc.

Le contrat est dit innomé lorsqu'il n'a pas été réglementé par la loi d'une façon particulière, ou bien lorsqu'il se trouve en dehors des catégories de contrats prévus par le législateur.

Cette distinction présentait une très grande importance avant la promulgation du Code civil iranien, car les jurisconsultes musulmans ne reconnaissaient que les contrats nommés, c'est-à-dire ceux qui étaient réglementés par le législateur islamique, sous une dénomination particulière. Les opérations juridiques ou, pour mieux dire, les déclarations de volonté qui ne rentraient pas dans un type déterminé de contrats nommés (les moules légaux) ne produisaient aucun effet juridique.

Le développement croissant des relations économiques et commerciales dans l'empire islamique exigeait une autre solution. Par nécessité, les juristes trouvèrent enfin un subterfuge pour rendre obligatoires les contrats innomés. Selon eux, les déclarations de volonté des parties devaient être passées dans les moules des contrats cités par le législateur pour qu'elles pussent produire des effets juridiques valables et sanctionnés : pour qu'un contrat innomé fût sanctionné, il devait prendre la forme d'une clause accessoire stipulée dans un contrat nommé et obligatoire. Celui-ci n'avait, en réalité, qu'une existence tout à fait fictive ; nous pourrions l'appeler « contrat auxiliaire ». Ce « contrat auxiliaire », fréquemment invoqué à l'époque du formalisme, consistait en un contrat de transaction. Nous verrons plus loin comment l'art. 10 du CC ir., en reconnaissant les contrats innomés, mit fin à cette combinaison ingénieuse, inventée par les juristes formalistes.

La distinction entre les contrats nommés et les contrats innomés avait également une très grande importance en droit romain. Selon les interprètes du droit romain, les contrats synallagmatiques, qui avaient leurs règles propres découlant de leurs fonctions économiques spéciales, constituaient le cadre des contrats nommés ou traditionnels. Ces contrats étaient la fiducie, le dépôt, le commodat, la vente, le louage, la société et le mandat ; ils étaient reconnus et sanctionnés dès le début de l'époque classique. Les conventions synallagmatiques qui ne rentraient pas dans les cadres des contrats nommés n'étaient d'ailleurs pas sanctionnées.

On pourrait dire que l'action en exécution du contrat innomé apparaît seulement dans le droit de Justinien. Auparavant, les juristes romains appliquaient aux contrats innomés les règles relatives à l'enrichissement sans cause. Dans un contrat innomé, la partie qui accomplissait une prestation pouvait réclamer la restitution de celle-ci, mais non pas la contre-prestation. Elle pouvait, pour répéter ce qu'elle avait déjà livré à l'autre, invoquer la *conditio ob rem dati*. C'est là une action en restitution de ce qu'une personne a déjà fourni à une autre, en vue d'obtenir en échange un équivalent lorsque cet équivalent n'a pas été remis. Elle pouvait aussi tenter la *condictio causa data causa non secuta*, c'est-à-dire l'action en réclamation d'une

chose remise en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée. Ainsi pendant très longtemps les juristes romains ne reconnaissaient pas l'action en exécution pour les contrats innomés ; l'action en exécution était réservée aux contrats nommés ¹.

La théorie générale des contrats innomés dégagée par les juristes byzantins a trouvé sa consécration dans le droit de Justinien. Suivant cette théorie, les contrats innomés sont des conventions synallagmatiques qui exigent, outre les conditions de validité de tous les contrats, une certaine *res*, soit l'exécution d'une prestation par l'une des parties contractantes ; ainsi, pour que le contrat innomé soit obligatoire, il fallait :

1. que le contrat soit synallagmatique ;
2. qu'une des parties ait exécuté sa prestation ².

Le Code civil iranien, comme tout code moderne, ayant adopté le principe de la liberté contractuelle, reconnaît le caractère obligatoire et la validité des contrats innomés comme il les reconnaît pour les contrats nommés. L'art. 10 CC ir. porte que : « Les conventions particulières (contrats innomés) produisent leurs effets entre les parties contractantes, lorsqu'elles ne sont pas contraires à une disposition expresse de la loi. » On pourrait encore invoquer l'art. 219 CC ir. : « Les conventions légalement conclues sont obligatoires pour les parties contractantes et leurs ayants cause, à moins qu'elles n'aient été révoquées par la volonté des parties ou par un motif légal. » ³

Le Code civil français distingue les contrats nommés et les contrats innomés puis statue que les contrats, soit nommés, soit innomés sont soumis aux règles relatives aux contrats en général. L'art. 1107,

¹ Voir Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome II, titre II de la 2^{me} partie, p. 184 et suivantes, éd. 1948, Paris.

² Voir Paul-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, titre I, chap. II, 5^{me} éd., Paris.

³ Rappelons la ressemblance qui se trouve entre cet article du CC ir. et l'art. 1134 CC français qui dit : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

al. 1 CC français porte ce qui suit : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. »

Le Code suisse des obligations, en revanche, est muet à ce sujet. Aux yeux du législateur suisse, l'affirmation du caractère obligatoire et de la validité des contrats innomés, étant donné la conception moderne du contrat basé sur le principe de la liberté contractuelle, paraissait totalement superflue.

Le seul intérêt de la distinction entre les contrats nommés et les contrats innomés se présente en matière de règles particulières applicables aux contrats nommés, en cas d'absence d'une volonté expresse des contractants.

CONTRATS COMMUTATIFS, CONTRATS ALÉATOIRES

Le contrat est commutatif lorsque « la prestation de chaque partie est censée l'équivalent certain de la prestation de l'autre ».

C'est là, en réalité, comme le disent A. Colin et H. Capitant, « une subdivision des contrats à titre onéreux »¹.

Dans les contrats commutatifs, les contractants peuvent évaluer, lors de la conclusion du contrat, le résultat économique qui en découle pour eux. Par exemple : le contrat de vente. L'art. 1104, al. 1 CC français définit le contrat commutatif dans les termes suivants : « Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. » Cette définition pourrait d'ailleurs s'appliquer à tout contrat synallagmatique.

¹ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, tome II, livre II, titre I, partie I, 3^{me} éd., Dalloz Paris.

Dans les contrats aléatoires, les contractants ne peuvent apprécier, lors de la conclusion du contrat, le gain ou la perte qui en résulte, autrement dit, les prestations des parties ne constituent pas un équivalent certain.

Le contrat aléatoire est défini par l'art. 1104, al. 2 CC français comme suit : « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain et de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire », et, d'autre part, par l'art. 1964 CC français dans les termes suivants : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. »

Un exemple typique de contrat aléatoire, en droit iranien, est le contrat d'assurance dans lequel la prestation de l'assureur dépend d'un événement futur et incertain, soit de la réalisation d'un risque.

L'art. 1^{er} de la loi iranienne du 27 avril 1937 définit le contrat d'assurance de la façon suivante : « L'assurance est un contrat par lequel une partie (l'assureur) s'oblige, moyennant une somme ou des sommes (la prime ou les primes) à indemniser l'autre partie des dommages qu'elle subit par suite de la réalisation d'un événement futur et incertain, ou à lui payer une somme déterminée. » Il en résulte que c'est le sinistre qui déclenche la prestation de l'assureur, sinistre qui, peut-être, ne se réalisera pas, tandis que le preneur d'assurance est obligé, en tout cas, au paiement de la prime.

Citons encore comme exemples : le jeu et le pari. Ils sont admis, suivant l'art. 655 CC ir., lorsqu'il s'agit de courses de chevaux, de concours de tir, et enfin, de tous les jeux propres à exercer l'emploi des armes. Sauf les cas susindiqués, le Code iranien refuse toute action pour la dette résultant d'un jeu ou d'un pari. Les dispositions légales en cette matière sont empruntées au droit islamique. Le CC ir. est muet en ce qui concerne l'action en restitution dans le cas où le perdant a payé sa dette. Suivant le Code suisse des obligations, celui qui a exécuté sa dette résultant d'un jeu ou d'un pari ne peut, en principe, répéter sa prestation, art. 514, al. 2 CO.

Le Code civil français exclut également toute répétition de la

part du perdant pour ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie, art. 1967 CC français. Selon ces deux derniers codes, le jeu et le pari ne peuvent pas, en principe, donner naissance à une créance exécutoire ; la dette qui en découle est une obligation imparfaite.

PROMESSE DE CONTRACTER OU PRÉCONTRAT

(Pactum de contrahendo)

La promesse de contracter est un contrat par lequel l'une des parties contractantes ou toutes les deux s'obligent à passer ensuite, entre elles ou avec un tiers, un autre contrat dit principal ; c'est un contrat dont l'objet consiste dans la conclusion d'une autre convention.

Le précontrat peut être tantôt unilatéral, tantôt bilatéral ; il peut avoir pour objet l'obligation de conclure le contrat principal, soit entre les parties contractantes, soit entre l'une des parties et un tiers, par exemple : A. (promettant) s'engage envers B., ou réciproquement, à passer entre eux un autre contrat. Autre exemple : A. s'oblige envers B. à conclure un autre contrat ultérieur avec une personne morale qui sera fondée. Enfin, tous les points essentiels (*essentialia negotii*) du contrat principal doivent figurer et être mentionnés dans le précontrat.

A propos du précontrat, T. Guhl dit que « ce terme n'est pas exempt de toute critique, car si une personne est tenue, en vertu d'un précontrat, d'assumer certaines obligations, le contrat principal n'est plus un vrai contrat ; et si elle n'est pas « tenue » comme il vient d'être dit, c'est le précontrat qui n'est pas un contrat véritable ». C'est là un point de vue discutable.

« La prestation promise au précontrat consistant à faire une déclaration de volonté qui donne naissance au contrat principal, nul ne peut être contraint de faire cette déclaration. C'est pourquoi une action en exécution est généralement inopérante, alors qu'une demande de dommages-intérêts pour inexécution du précontrat est possible. »¹

Contrairement au Code suisse des obligations², le Code civil iranien ne parle pas expressément de la promesse de contracter ; mais, en considération du principe de la liberté contractuelle admis par le Code en question, cette institution juridique est tout à fait admissible, d'autant plus qu'elle est, étant donné son importance considérable dans les relations d'affaires, reconnue par la jurisprudence. D'ailleurs, le contenu de l'art. 207 CC ir., en matière de violence, contient une allusion au précontrat. La teneur de cet article est la suivante : « La contrainte exercée par ordre des autorités compétentes sur une personne, afin que celle-ci conclue un contrat ou fasse une déclaration de volonté, ne constitue pas une violence. » Cet article prévoit les cas où une personne est tenue, en vertu d'une obligation préexistante, soit contractuelle, soit légale, de conclure un certain contrat, ou de faire une certaine déclaration de volonté et que cette personne s'en abstienne. Cet article est d'ailleurs une dérogation au principe disant : « Nul ne peut être contraint de faire une déclaration de volonté. »

¹ T. Guhl, op. cit., § 13.

² Art. 22 CO.

CHAPITRE III

CLASSIFICATION DES CONTRATS SELON LE CODE CIVIL IRANIEN

Dans un chapitre intitulé « Des diverses espèces de contrats et de conventions » (art. 184 à 191), le Code civil iranien procède à une classification des contrats qui n'est, en réalité, que la classification traditionnelle du droit islamique. Selon l'art. 184 CC ir. : « Les contrats et les conventions sont classés en : nécessaires (irrévocables ou obligatoires), non nécessaires (révocables ou facultatifs), avec droit de résolution ou résiliation, définitifs (purs et simples) et suspensifs (conditionnels). »

CONTRATS NÉCESSAIRES OU OBLIGATOIRES

(Lazem)

Le contrat « nécessaire » ou obligatoire est celui qui ne peut être, en principe, dénoué que par le consentement mutuel des parties contractantes, ou de leurs ayants cause. Ainsi, sauf dans les cas où il y a une cause déterminée par la loi ou par la convention, aucune des parties ne peut, par sa volonté unilatérale, se départir d'un « contrat nécessaire » et par conséquent mettre fin à sa force obligatoire.

Prenons la définition donnée à l'art. 185 CC ir. qui est ainsi conçu : « Le contrat obligatoire est celui dont aucune partie n'a le droit de se départir, sauf dans des cas déterminés. » Quels sont ces « cas déterminés » ? Ce sont : soit les cas prévus par la loi, soit les cas fixés par l'accord des volontés des parties.

a) La loi accorde, dans certains cas, à l'une des parties contractantes ou à toutes les deux la faculté de résiliation ou de résolution, par exemple, les cas cités à l'art. 396 CC ir.¹.

b) La faculté de résiliation ou de résolution est parfois prévue par la volonté concordante des parties, de telle sorte que l'un des contractants ou tous les deux, suivant une clause accessoire stipulée dans le contrat, se réservent la faculté de s'en départir (art. 399 CC ir.). Exemple : un contrat de bail est conclu pour une durée de deux ans ; il y est, en outre, convenu que le bailleur peut, dans un délai d'un an, résilier le contrat et mettre fin au bail. Or, lorsque dans un contrat obligatoire (nécessaire) le droit de résiliation a été stipulé, soit pour l'une des parties contractantes, soit pour toutes les deux, il est nécessaire de fixer une période déterminée durant laquelle le droit de résiliation pourra être exercé (délai pour l'exercice du droit de résiliation). A défaut, la clause qui stipule la faculté de résiliation et le contrat lui-même sont nuls. Voici l'art. 401 CC ir. qui en témoigne : « Si, dans un contrat obligatoire accompagné d'une clause accessoire stipulant le droit de résiliation, aucun délai n'est fixé pour l'exercice

¹ Faculté d'éteindre le contrat dans les cas suivants : « séance tenante », en cas de vente d'animal, en vertu d'une clause expresse du contrat, pour le retard dans le paiement du prix, pour la non-conformité de la chose vendue avec la description faite ou pour le défaut des qualités stipulées au contrat, pour cause de lésion, pour cause de vice caché, pour cause de dol, pour cause d'éviction ou de nullité partielle du contrat, pour l'inobservation des clauses contractuelles.

Selon l'art. 456 CC ir., toutes les facultés sus-indiquées peuvent exister dans tous les contrats obligatoires, sauf les facultés : « séance tenante », en cas de vente d'animal et pour retard dans le paiement du prix, qui sont propres au contrat de vente.

Il importe de signaler que, dans le Code civil iranien, le dol et la lésion, au lieu d'être classés dans la partie consacrée aux vices de volonté, sont traités en matière de vente dans la section relative aux facultés d'option.

du droit de résiliation, la clause qui stipule ce droit et le contrat lui-même sont nuls. »

Pourquoi l'absence d'un délai déterminé pour l'exercice du droit de résiliation entraîne-t-elle la nullité de la clause stipulant ce droit aussi bien que celle du contrat ? Selon le CC ir. (art. 233), les clauses accessoires qui sont en contradiction avec la nature même du contrat, ou pour mieux dire, les clauses accessoires qui ont pour conséquence la modification définitive du caractère propre du contrat sont nulles et emportent d'ailleurs la nullité du contrat. Dans un contrat obligatoire (nécessaire), la clause prévoyant le droit de résolution ou résiliation va à l'encontre de la nature même de cette espèce de contrat, soit de son caractère obligatoire, lorsqu'elle est stipulée d'une façon absolue, sans être limitée par un délai déterminé. Si, dans un contrat obligatoire chacune des parties pouvait, suivant une clause accessoire, rompre en tout temps le contrat, celui-ci ne pourrait plus être considéré comme un contrat obligatoire (nécessaire), il deviendrait un contrat facultatif ou révocable (non nécessaire). Dans un contrat obligatoire, la clause stipulant le droit de résiliation modifie définitivement la nature même du contrat, lorsque l'exercice de ce droit n'est pas limité à un temps déterminé.

La faculté de résolution ou de résiliation peut d'ailleurs être réservée à un tiers sur la personne duquel les parties se sont déclarées d'accord. Cette faculté s'éteint lorsque ce tiers meurt sans qu'il en ait fait usage dans le délai déterminé. La possibilité de résolution ou résiliation dans les cas prévus par la loi peut être écartée par le consentement mutuel des parties. Voici l'art. 448 CC ir. qui en témoigne : « On peut, dans un contrat (contrat obligatoire), renoncer à tout ou partie des droits de résolution ou résiliation prévus par la loi. »

En droit iranien, la règle consiste dans l'irrévocabilité des contrats ; les contrats sont obligatoires (nécessaires) tant qu'ils ne sont pas désignés par la loi comme étant facultatifs. Le caractère obligatoire se présume toujours dans les contrats, tandis que le caractère facultatif est l'exception. Le Code iranien est fondé ici sur le principe de « Essalat-o-Lozum » du droit islamique suivant lequel, en cas de

doute, le caractère obligatoire du contrat est présumé. Ce principe figure à l'art. 219 qui est conçu dans les termes suivants : « Les contrats et les conventions légalement formés sont obligatoires pour ceux qui les ont conclus et leurs ayants cause, à moins qu'ils n'aient été résiliés ou résolus par leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi. »

Il convient de signaler finalement que la terminologie juridique iranienne ainsi que le Code civil emploient le terme de « faskh », terme emprunté à la terminologie du droit islamique, pour la résiliation aussi bien que pour la résolution, malgré la différence qui existe entre ces deux actes juridiques en ce qui concerne leurs effets. Vu l'importance considérable de cette distinction, nous devons en donner quelques précisions.

LA RÉSOLUTION est un acte formateur négatoire qui sort effet *ex tunc* ; non seulement le rapport juridique dénoué par résolution ne donne-t-il plus naissance à de nouveaux droits et à de nouvelles obligations, mais encore ceux qui ont déjà pris naissance s'éteignent. Pour tout dire, la résolution a effet rétroactif¹. Par exemple la faculté de résolution prévue à l'art. 398 CC ir. en matière de vente. Ainsi, dans un contrat résolu, chacune des parties contractantes peut répéter ce qu'elle a déjà fourni à l'autre à titre d'exécution par la *condictio ob causam finitam*, action en restitution d'une chose remise en vertu d'une cause qui existait lors de la remise de cette chose, mais qui n'existe plus.

LA RÉSILIATION ou dénonciation qui est également un acte formateur négatoire, sort effet *ex nunc* ; le contrat résilié ne produit plus ses effets juridiques réguliers, comme en cas de résolution, mais les effets juridiques survenus avant sa résiliation restent tout à fait valables. La résiliation est donc dépourvue d'effet rétroactif.

¹ A. von Tuhr, op. cit., § 73.

CONTRATS FACULTATIFS OU NON NÉCESSAIRES

(Djaez)

Le contrat est facultatif ou non nécessaire lorsque chacune des parties contractantes peut s'en démettre unilatéralement, en tout temps et sans l'intervention de l'autre partie. C'est une espèce particulière de contrat dont l'existence est très fragile. Prenons la définition donnée à l'art. 186 du CC ir. tel qu'il est conçu : « Le contrat facultatif est celui que chacune des parties peut résilier au moment où elle le veut. » Citons comme exemples : le mandat, le prêt à usage et le dépôt gratuit du droit iranien.

On pourrait dire que la confiance réciproque des parties, la considération de la personne du cocontractant (*l'intuitus personae*) et sa qualité propre, sont à la base des contrats facultatifs du droit iranien. Ils ont le caractère propre du mandat et de certains contrats à terme incertain du droit suisse, par exemple : le dépôt conclu à terme indéterminé (art. 476, al. 2 CO) et le prêt à usage dont l'usage ou la durée n'ont pas été fixés (art. 310 CO).

Le mandat est l'exemple typique des contrats non nécessaires ou facultatifs. Chacune des parties, mandant ou mandataire, peut en tout temps se départir du contrat et par conséquent modifier sa situation juridique par sa seule déclaration de volonté : le mandant en révoquant le mandataire et celui-ci en donnant sa démission (exercice d'un droit formateur négatoire). La révocation du mandant ou la renonciation du mandataire produisent des effets *ex nunc* ; ils sont d'ailleurs des actes exigeant réception (art. 680 CC ir.).

En droit suisse ainsi qu'en droit français et allemand, le mandat se présente comme un contrat essentiellement facultatif. L'art. 402, al. 1 CO, déclare ce qui suit : « Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps. » On pourrait encore se référer à ce sujet aux art. 2003, 2004 et 2007 du Code civil français, à l'art. 671, al. 1 du Code civil allemand, à l'art. 1947 du Code international des obligations (projet franco-italien) et enfin à l'art. 1722 du Code civil italien.

Une des particularités, ou mieux, une des anomalies du Code civil

iranien consiste dans le caractère purement facultatif du prêt à usage et du dépôt gratuit. Dans ces deux contrats, chacune des parties peut réclamer ou rendre la chose prêtée ou mise en dépôt, quand elle le veut.

En droit suisse, le prêt à usage, considéré au point de vue de l'emprunteur, est un contrat facultatif, car l'emprunteur peut restituer en tout temps ce qu'il a emprunté, tandis que, considéré au point de vue du prêteur, le prêt à usage est tantôt facultatif, tantôt obligatoire. Il est facultatif, pour le prêteur aussi bien que pour l'emprunteur, lorsqu'il a été convenu pour un usage et pour une durée indéterminée (art. 310 CO)¹ ; dans le cas contraire, le prêteur ne peut réclamer la restitution de la chose prêtée qu'après l'expiration du temps conventionnellement fixé ou lorsque l'emprunteur a fait de la chose l'usage convenu, ou après le temps durant lequel cet usage aurait pu se faire (art. 309 CO).

Le Code civil iranien est muet en ce qui concerne le prêt à usage convenu pour une durée ou un usage déterminés. Les dispositions de ce Code en matière de prêt à usage sont peu précises.

Etant donné le mutisme observé par le CC ir. et considérant l'art. 638 CC ir. qui déclare : « Le prêt à usage est un contrat facultatif... » et la définition du contrat facultatif figurant à l'art. 186 du même Code, on pourrait conclure que, dans un prêt à usage le prêteur peut réclamer, en tout temps, la restitution de la chose prêtée, même lorsque le prêt a été convenu pour une durée ou pour un usage déterminé, même avant que le délai ait expiré ou qu'il en ait fait usage. C'est là la conclusion à laquelle sont arrivés les commentateurs iraniens. Ils se sont malheureusement contents de répéter ce qui avait échappé, par inadvertance, à la plume du rédacteur du CC ir. sans se rendre compte de l'illogisme qui peut en résulter.

Nous croyons que les dispositions du CC ir. en matière du prêt à usage constituent une anomalie. Le même Code, dans le chapitre consacré au prêt de consommation, dispose ce qui suit : Lorsque dans un prêt de consommation (sans intérêt) une durée a été conventionnellement fixée, le prêteur ne peut réclamer le remboursement

¹ T. Guhl, *op. cit.*, § 45.

qu'après l'expiration du terme. Bien que le prêt de consommation soit un acte d'aliénation et le prêt à usage un acte conférant l'usage gratuit d'une chose, ces deux contrats ne sont, en réalité, que deux aspects différents de la même opération économique dont le but est le transfert de l'usage ou de la jouissance d'une chose. Tous deux sont d'ailleurs des contrats de bienfaisance et conclus en considération de la personne des contractants.

La différence capitale qu'on peut cependant signaler entre ces deux actes est que le prêt à usage porte sur un corps certain dont l'emprunteur devient un simple détenteur (le prêteur restant propriétaire de la chose prêtée) et qu'il a l'obligation de rendre telle qu'il l'a reçue (dans son identité individuelle), tandis que le prêt de consommation a pour objet une chose fongible (objet de genre) dont l'emprunteur devient le propriétaire avec obligation de restituer des choses de même genre, espèce, qualité et quantité. Par conséquent, le prêteur, dans un prêt à usage, jouit d'une action en revendication qui est basée sur un droit réel ; en revanche, dans le prêt de consommation, le prêteur ne jouit que d'une action en restitution (dérivant d'un droit personnel).

Les contrats facultatifs ou « non nécessaires » s'éteignent par la mort, soit naturelle, soit civile, ou par suite de l'incapacité de l'une ou de l'autre des parties contractantes (l'incapacité survenue après la conclusion du contrat). C'est encore une autre particularité de cette espèce de contrat qui est énoncée, comme une règle générale, à l'art. 954 CC ir. D'ailleurs, à propos de chaque contrat facultatif, le Code ne manque pas de rappeler que la mort et l'incapacité sont des causes d'extinction. Prenons comme exemple l'art. 678 CC ir. relatif à l'extinction du mandat qui est ainsi conçu : « Le mandat prend fin par :

- » 1. la révocation du mandant ;
- » 2. la renonciation du mandataire ;
- » 3. la mort ou l'incapacité, soit du mandant, soit du mandataire »

et l'art. 682 du même Code qui ajoute : « L'interdiction, soit du mandant, soit du mandataire, entraîne l'extinction du mandat, à moins

que le contraire ne résulte de la nature de l'affaire. » Les dispositions légales relatives à l'extinction du mandat en droit iranien sont analogues à celles du droit suisse (art. 404 et 405 CO) et du droit français (art. 2003 CC français), avec cette différence que la faillite ou la déconfiture (terme employé par le Code civil français), considérées par ces deux derniers droits comme une des causes d'extinction du mandat, ne figurent pas parmi les causes d'extinction prévues à l'art. 678 du Code civil iranien. Puisque les contrats facultatifs sont fondés sur la confiance réciproque des parties et l'*intuitus personae*, la faillite aurait dû être rangée à l'art. 678 CC ir. parmi les autres causes d'extinction du mandat. Il convient cependant de signaler que le Code emploie à l'art. 682 le terme « mahdjouriat », terme qui s'applique, suivant la conception islamique, au cas des personnes dépourvues de la capacité de disposer (les incapables proprement dits) ainsi qu'à celui des personnes dépourvues du pouvoir de disposer (le failli ou le débiteur insolvable). C'est seulement plus tard, dans le deuxième tome du Code civil, que le terme « mahdjouriat » est pris dans son sens strict, soit l'incapacité proprement dite. On pourrait ainsi admettre que la faillite est envisagée par le législateur iranien comme une cause d'extinction.

En ce qui concerne le prêt à usage, la mort et l'incapacité de l'une ou de l'autre des parties sont également considérées par le Code civil iranien comme des causes d'extinction. Le prêt à usage finit par la mort ou l'incapacité du prêteur, aussi bien que par celles de l'emprunteur. Voilà encore un autre illogisme du droit iranien qui est nettement critiquable.

En droit suisse, le prêt à usage finit par la mort de l'emprunteur (art. 311 CO), tandis qu'en cas de mort du prêteur, le prêt subsiste jusqu'à l'expiration du terme convenu. C'est une solution tout à fait logique ; la raison en est que le contrat a été conclu en considération de la personne de l'emprunteur (le terme a été fixé dans l'intérêt de l'emprunteur). Le Code civil français qui se montre, dans ce cas, très conservateur, dispose que la mort de l'emprunteur n'est pas, en principe, une cause d'extinction, à moins que le prêt n'ait été conclu qu'en considération de la personne de l'emprunteur. Voici l'art. 1879 CC français qui régit cette matière : « Les engagements qui se forment

par le commodat passent aux héritiers de celui qui prête et aux héritiers de celui qui emprunte. Mais, si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée. »

Un autre exemple de contrats facultatifs du droit iranien est le dépôt gratuit. Selon l'art. 611 CC ir., le dépôt gratuit est un contrat facultatif ; il en résulte que chacune des parties, déposant ou dépositaire, peut réclamer ou restituer la chose mise en dépôt, ou mieux, mettre fin au contrat par sa seule déclaration de volonté. Etant donné que le terme, dans le dépôt gratuit, est stipulé dans l'intérêt du déposant, il est logiquement admissible qu'il puisse réclamer en tout temps, même avant l'expiration du terme, ce qu'il avait déposé. C'est pourquoi le Code suisse des obligations porte à l'art. 475 : « Le déposant peut réclamer en tout temps la chose déposée, avec ses accroissements, même si un terme a été fixé pour la durée du dépôt. » Mais la liberté de restituer en tout temps, même lorsqu'un terme a été convenu, accordée par le Code civil iranien au dépositaire, nous paraît nettement critiquable, car il n'y a aucune raison valable qui puisse justifier cette liberté.

En droit suisse, contrairement au droit iranien, le dépôt gratuit, considéré au point de vue du dépositaire, serait un contrat obligatoire, sauf dans les cas où un temps déterminé n'a pas été fixé conventionnellement pour la durée du dépôt. En pareil cas, en droit suisse, le dépôt serait tout à fait facultatif. Lorsque la durée de dépôt a été fixée, le dépositaire reste en revanche obligé jusqu'à l'expiration du terme. Toutefois, il peut restituer la chose déposée auparavant, lorsque, par suite de circonstances imprévues, il est empêché de la garder avec toute la sécurité requise.

Selon le Code civil iranien, on peut, dans un contrat facultatif, le mandat par exemple, écarter la possibilité de le révoquer ou de le répudier en tout temps (le caractère facultatif) et le rendre, par conséquent, obligatoire, pourvu que le mandat ou son irrévocabilité soient insérés dans une clause accessoire stipulée dans un contrat obligatoire (contrat fictif). Voici l'art. 679 CC ir. qui en témoigne : « Le mandant peut révoquer le mandataire quand il le veut, à moins que

le mandat ou l'irrévocabilité du mandat n'aient été convenus comme clause accessoire dans un contrat obligatoire. » C'est là un article très discutable ; il est notamment en contradiction avec le principe de la liberté contractuelle largement admis par le Code. Il est possible que la dernière partie de l'article en question, « à moins que le mandat ou l'irrévocabilité du mandat n'aient été convenus *comme une clause accessoire dans un contrat obligatoire* », soit un reflet inconscient du formalisme qui régnait jusqu'à la veille de la promulgation du Code civil iranien et que le rédacteur du dit Code en ait été parfois influencé, sans s'en rendre compte, ceci notamment dans le tome premier ¹.

En tenant compte du principe du consensualisme admis par le Code civil iranien, nous pourrions donc supposer que le rédacteur iranien visait plutôt à rédiger — et c'était bien là son idée — l'art. 679 dans des termes qui auraient pu être les suivants : « Le mandant peut révoquer le mandataire quand il le veut, à moins que l'irrévocabilité du mandat ait été convenue par leur consentement mutuel. »

La réelle intention du législateur iranien, dissimulée dans les termes employés à l'art. 679 CC ir., étant ainsi dévoilée, nous allons rechercher l'origine de l'article précité. Pour élucider cette question, il convient de rappeler ce qui suit : selon l'art. 233 CC ir., les clauses accessoires qui sont en contradiction avec la nature même du contrat, ou pour mieux dire, les clauses accessoires qui ont pour conséquence la modification définitive du caractère propre d'un contrat, sont nulles et emportent la nullité du contrat. Ainsi, dans un contrat de mandat, étant donné la nature purement facultative de celui-ci, une clause accessoire écartant le droit de révoquer ou de répudier devrait être sanctionnée par la nullité prévue à l'art. 233 CC ir. C'est peut-être la raison pour laquelle le Code iranien exige à l'art. 679 que l'irrévocabilité du mandat, pour être valable, prenne la forme d'une clause accessoire convenue dans un contrat obligatoire

¹ A l'époque du formalisme, pour rendre obligatoire un contrat facultatif, on lui donnait la forme d'une clause accessoire, stipulée dans un contrat obligatoire, que nous avons surnommé le « contrat auxiliaire » ; celui-ci n'avait qu'une existence fictive et s'employait seulement pour déguiser le contrat réellement voulu, par exemple le mandat stipulé dans un bail à loyer.

(contrat fictif). Il s'agit là d'un subterfuge légal proposé par le CC ir. lui-même. Il est choquant qu'un code prévoie et légitime un acte détourné qui permette d'arriver facilement à un résultat prohibé. En effet, selon l'art. 679 CC ir., la renonciation anticipée au droit de révoquer ou de répudier le mandat est parfaitement possible, à condition que la formalité ou plutôt la « tricherie légale » proposée par le CC ir. soit observée.

En droit suisse, « la possibilité de révoquer ou de répudier en tout temps le mandat est de droit impératif »¹, les parties ne peuvent y renoncer d'avance (convention prohibée). Quoique le Code suisse des obligations n'en parle pas d'une façon explicite en matière de mandat, on peut déduire des art. 19² et 34 CO et 27 du Code civil suisse qu'en droit suisse toute renonciation anticipée au droit de révoquer ou de répudier le mandat est inopérante³, c'est-à-dire nulle.

Puisque le mandat et sa continuation reposent essentiellement sur la confiance mutuelle des parties et que cette confiance peut en tout temps cesser d'exister, le mandat doit toujours conserver son caractère facultatif. Ainsi, nous croyons que l'art. 679 CC ir. qui prévoit la possibilité d'une renonciation anticipée au droit de révoquer ou de répudier le mandat constitue un paradoxe et devrait être entièrement supprimé.

Rappelons pour terminer qu'en droit iranien, le caractère facultatif dans les contrats est l'exception. Tout contrat est censé être obligatoire, tant qu'il n'a pas été expressément reconnu comme facultatif par la loi.

Le Code civil iranien parle à l'art. 187 des contrats qui, considérés du point de vue de l'une des parties, sont obligatoires et qui, considérés du point de vue de l'autre, sont facultatifs. L'art. 187 CC ir. prévoit que : « Un contrat peut être nécessaire (obligatoire) pour l'une des parties et non nécessaire (facultatif) pour l'autre. » Citons comme exemple le contrat de gage qui est obligatoire par rapport au débiteur et facultatif par rapport au créancier gageiste.

¹ Oscar Daepfen, *Code fédéral des obligations*, art. 404.

² Becker, *Obligationenrecht*, ad. art. 404, N° 8.

³ T. Guhl, *op. cit.*, § 49.

Celui-ci peut en tout temps restituer l'objet mis en gage, même si la dette principale n'a pas encore été payée ; en revanche, le débiteur n'a pas le droit de réclamer la restitution aussi longtemps que le créancier n'a pas été désintéressé (art. 787 CC ir.).

CONTRATS AVEC DROIT DE RÉSILIATION OU DE RÉSOLUTION

L'art. 188 CC ir. donne de cette sorte de contrat la définition suivante : « Le contrat avec droit de résiliation ou de résolution est celui dans lequel existe la faculté de s'en départir pour l'une des parties ou pour toutes les deux ou pour un tiers. » La faculté de résiliation ou de résolution prévue dans cet article peut être accordée par la loi ou convenue par l'accord des volontés des parties. Ces contrats ne sont, en réalité, que des contrats obligatoires dans lesquels la faculté de résiliation ou de résolution a été insérée par la volonté des parties ou prévue par la loi. Nous en avons déjà parlé, et ils font d'ailleurs l'objet de l'art. 185 CC ir. C'est pourquoi l'art. 188 CC ir. nous paraît nettement superflu.

TROISIÈME PARTIE

FORMATION DU CONTRAT

CHAPITRE PREMIER

FORMATION DU CONTRAT

LES ÉLÉMENTS INTRINSÈQUES OU CONDITIONS DE FOND DE LA VALIDITÉ DES CONTRATS

En droit iranien, la formation et l'existence juridique du contrat dépend de la réunion de certaines conditions dites « les conditions essentielles de la formation et de la validité des contrats ».

Ces conditions sont énumérées à l'art. 190 CC ir. dans un chapitre intitulé : « Des conditions essentielles pour la validité des conventions » de la façon suivante : « Pour la validité de toute convention, les conditions suivantes sont essentielles :

- » 1. la volonté des parties et leur consentement ;
- » 2. la capacité des parties ;
- » 3. un objet déterminé qui forme la matière de la convention ;
- » 4. un motif licite. »

Ainsi, en droit iranien, le contrat est parfait dès que ces quatre conditions sont remplies. Le contenu de l'art. 190 CC ir. comme la plupart des dispositions de ce Code est emprunté, sans aucune modification, au droit islamique. Les conditions citées à l'article en question sont exactement celles qui sont prévues par le droit islamique pour la formation et la validité du contrat.

Signalons, d'ailleurs, la ressemblance qui existe aussi entre l'art. 190 CC ir. et l'art. 1108 CC français qui déclare : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

- » le consentement de la partie qui s'oblige ;
- » sa capacité de contracter ;
- » un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
- » une cause licite dans l'obligation. »

Toutefois, nous pouvons distinguer certaines différences entre ces deux articles, en ce qui concerne la construction juridique et la conception doctrinale du contrat.

A. — Le législateur iranien, en adoptant les opinions des juristes islamiques, fait une distinction entre la volonté des parties et leur consentement. Il emploie à l'art. 190, ch. 1, sur les conditions d'existence et de validité des contrats, l'expression de « ghasd » qui signifie la « volonté de s'obliger » et celle de « rezaïat » qui peut se traduire par le « consentement ». L'expression « rezaïat » (le consentement) vise uniquement les circonstances dans lesquelles la volonté des parties se forme. Selon la conception iranienne, il y a consentement lorsque la volonté se forme dans des conditions normales (absence de contrainte) ; ainsi, chez celui qui a contracté sous l'empire d'une crainte fondée, le « consentement » fait défaut alors que la volonté serait présente¹. L'art. 346 du CC ir. confirme ce qui vient d'être dit : « Le contrat implique le consentement des parties ; l'acte conclu à la suite d'une violence² est annulable. » Voir égale-

¹ La lésion du droit suisse serait, selon la conception juridique iranienne, un cas typique où le consentement ferait défaut, alors que la volonté serait présente.

² L'art. 202 du Code civil iranien définit la violence de la façon suivante : « La violence se traduit par tous les actes susceptibles d'impressionner une personne raisonnable et de la menacer dans sa personne, ses biens ou son bonheur, d'une façon insupportable. Pour apprécier les actes de violence, on tient compte de l'âge, de la personnalité, du caractère et du sexe des personnes. » L'art 204 ajoute : « La menace à l'égard du contractant constitue également un acte de violence lorsqu'elle porte sur la personne ou l'honneur de ses proches, tels son conjoint, ses ascendants ou ses descendants. On tient compte du sentiment public pour décider si le degré de parenté est assez proche pour rendre la menace efficace. »

ment en ce sens l'art. 1070 du même Code, en matière de contrat de mariage. L'absence de volonté a pour conséquence la nullité de l'acte ; tandis que le défaut du consentement entraîne l'annulabilité du contrat ; autrement dit, c'est une cause de « non-efficacité »¹ (adame-nofuz) de celui-ci.

Le Code civil français ne fait pas une telle distinction à son article 1108. Celui-ci ne parle pas de la volonté des parties, il exige seulement le consentement de la personne qui s'oblige. Ce consentement pourrait s'interpréter tout à la fois par « volonté de s'obliger » et par les conditions dans lesquelles se forme cette volonté. D'ailleurs, tout en sachant que le contrat est un acte juridique bilatéral ou multilatéral, on se demande pourquoi l'art. 1108 CC français exige seulement « le consentement de la partie qui s'oblige » ; de plus, au point 2 des conditions d'existence et de validité, cet article exige également la capacité de contracter pour celui qui s'oblige. En revanche, selon l'art. 190 CC ir., la volonté et le consentement des deux parties, ainsi que leur capacité de contracter, sont absolument nécessaires pour l'existence juridique et la validité du contrat. C'est ainsi que l'art. 1108 CC français n'est pas exempt de toute critique. L'art. 20 du Code international des obligations (projet franco-italien) en exigeant le consentement et la capacité des parties, se montre beaucoup plus conforme à la conception juridique et doctrinale du contrat que l'art. 1108 CC français. L'art. 20 du Code international des obligations déclare : « Les conditions requises pour l'existence du contrat sont :

- » 1. la capacité légale des parties ;
- » 2. le consentement des parties ;
- » 3. un objet qui puisse être matière d'un contrat ;
- » 4. une cause licite. »

B. — L'art. 1108 CC français, ainsi que l'art. 1325 CC italien et l'art. 20 du Code international des obligations énumèrent, parmi les conditions d'existence et de validité des contrats une cause licite.

¹ Terme employé par le Code civil iranien.

Celle-ci ne figure pas à l'art. 190 CC ir., car, suivant la conception iranienne, la cause dans une obligation contractuelle fait partie intégrante de la volonté de s'obliger et elle ne s'en sépare pas. En revanche, l'art. 190 CC ir. exige, comme condition de validité et d'existence, « un motif licite » qui se distingue nettement de la cause.

En droit suisse, on ne trouve pas un article semblable à l'art. 190 CC ir. ou à l'art. 1108 CC français ou à l'art. 1325 CC italien (quoique l'élément de capacité ne figure pas dans cet article) qui contient toutes les conditions de formation et de validité du contrat ; mais, considérant les art. 12 et suivants CC suisse, l'art. 1^{er} CO et les art. 19 et 20 du même Code, on pourrait conclure qu'en droit suisse, trois conditions sont essentielles pour qu'un contrat puisse se former. Ces conditions sont :

1. les déclarations de volonté concordantes et réciproques des parties ;
2. la capacité des parties ;
3. un objet (dans les limites prévues à l'art. 19 et 20 CO) ¹.

Contrairement au Code civil français, le Code suisse des obligations n'exige pas expressément, pour la validité du contrat, l'existence d'une cause ². Toutefois, « comme toute attribution (*Zuwendung*), le contrat générateur d'obligations doit avoir une cause juridique. Celui qui promet une prestation s'engage dans l'intention de recevoir une contre-prestation ou de procurer à l'autre partie un avantage gratuit. En général, la cause de la dette est exprimée dans le contrat : une somme d'argent est promise à titre de remboursement d'un prêt, de prix d'achat, de donation, de cautionnement, etc. » ³. Si toutefois l'art. 17 CO, à l'exemple de l'art. 1132 CC français, admet la reconnaissance de dette abstraite, cela ne signifie pas que la dette puisse être sans cause. Une reconnaissance de dette abstraite a tou-

¹ E. Béguelin, *Fiches juridiques suisses* N° 114.

² Martin, *op. cit.*, p. 30.

³ Von Tuhr, *op. cit.*, § 32.

jours une cause, mais celle-ci n'est pas exprimée dans l'acte. « Le créancier qui fait valoir une reconnaissance de dette abstraite peut ouvrir actions sans indiquer la cause de sa créance. Mais il n'obtiendra pas paiement si le débiteur réussit à établir que son obligation est sans cause. En effet, la créance abstraite ne doit que faciliter au créancier la poursuite de son droit, et non lui procurer une prestation qui ne lui est pas due. »¹ Dans un contrat abstrait, les contractants « n'ont pas voulu créer une obligation sans cause. Ils ont simplement décidé de ne pas mentionner la cause dans l'écrit qui est destiné à prouver l'engagement »².

Certains auteurs français comme Savatier, Josserand, Colin et Capitant font une distinction entre les conditions d'existence et de formation du contrat, d'une part, et les conditions de validité de celui-ci d'autre part. Ainsi, en droit iranien, les conditions *sine qua non* de l'existence du contrat sont :

la volonté des parties ;

un objet déterminé.

Ce sont les éléments essentiels à la construction du contrat, en l'absence desquelles la notion du contrat n'existe pas, tandis que le consentement (celui-ci, suivant la conception iranienne, visant uniquement le cas d'une volonté non viciée), la capacité des parties³ et l'existence d'un motif licite, se présentent comme les conditions de validité du contrat. Les conditions d'existence et de validité étant souvent difficiles à distinguer, il vaut mieux les laisser se confondre et les considérer dans leur ensemble, comme les conditions d'existence et de validité du contrat.

¹ Von Tuhr, op. cit., § 32.

² Ripert, op. cit., t. II, N° 309. Voir également en ce sens P. Esmein, op. cit., p. 338, § 3, N° 266.

³ L'incapacité des parties entraîne tantôt la nullité de l'acte, tantôt l'annulabilité de celui-ci, selon qu'elle est absolue ou partielle. Tandis que le défaut du consentement, selon la conception iranienne, emporte en principe l'annulabilité de l'acte.

LES ÉLÉMENTS EXTRINSÈQUES

Outre les conditions requises pour la formation et la validité du contrat (éléments intrinsèques, conditions de fond) dont nous venons de parler, l'observation d'une certaine forme ou l'accomplissement d'un certain acte matériel est parfois nécessaire pour la validité ou la perfection du contrat (voir supra pp. 47 et 49).

Les éléments matériels et formalistes faisaient l'objet d'une grande considération dans les droits classiques. Pour les peuples primitifs, dit P. Huvelin, « le formalisme est une loi générale : ils n'aperçoivent de chaque affaire que le côté matériel, extérieur et concret »¹.

Selon le formalisme du droit romain, un simple accord de volonté ou bien une convention nue (*nudum pactum*) ne pouvait pas donner naissance à une obligation exécutoire sans être revêtue d'une certaine solennité, ou sans être accompagnée d'une certaine *res*. En dépit de l'atténuation progressive du formalisme et de sa décadence continue durant tout le développement du droit romain, le principe de *ex nudo pacto actio non nascitur* était toujours en force.

En revanche, suivant le principe du consensualisme *solus consensus obligat*, actuellement dominant, le contrat est parfait par le simple accord des volontés des parties². Le droit moderne, cependant, n'a pas pu se dégager complètement du formalisme ; celui-ci, répudié au fur et à mesure grâce à l'influence du droit canonique, s'est de nouveau, mais d'une façon exceptionnelle introduit dans le

¹ P. Huvelin, *op. cit.*, tome II, titre 1^{er}, chap. II.

² C'est à partir du XIII^{me} siècle que le principe du consensualisme commence à s'introduire dans le droit. On trouve déjà à cette époque, chez Beaumanoir (1247-1296), l'un des premiers introduceurs du consensualisme, la formule « toutes convenances sont à tenir ». Plus tard, Loysel écrit dans ses « *Institutes coutumières* », publiées en 1607 : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain. »

droit moderne. C'est ce qu'on appelle la « renaissance du formalisme ». Peut-on dire que le formalisme est une gêne dans le droit ? La question est discutable ; il est vrai que le formalisme comporte certains avantages, mais les inconvénients qui en découlent peuvent constituer, en droit, de véritables entraves¹. C'est ainsi que les législations modernes posent en principe la liberté de la forme : la volonté peut se manifester sous n'importe quelle forme ; c'est à titre exceptionnel que le droit moderne exige l'observation d'une forme particulière pour la validité ou l'efficacité d'un contrat. L'art. 11, al. 1 CO en témoigne : « La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi. »

On distingue les formes solennelles des formes probantes.

Lorsque la validité d'un acte dépend de l'accomplissement d'une forme particulière, il s'agit de la forme solennelle ou de validité, dont l'inobservation entraîne la nullité de l'acte. L'art. 125 du Code civil allemand déclare : « Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge. »² On peut consulter également à ce sujet l'art. 11, al. 2 du Code suisse des obligations.

Le Code civil italien range la condition de la forme parmi les conditions d'existence et de validité du contrat prévues à l'art. 1325 avec une réserve : « Lorsqu'elle est prescrite par la loi avec la nullité pour sanction. » L'article en question se trouve dans le chapitre intitulé « Dei requisiti del contratto » ; « Indicazione dei requisiti. — I requisiti del contratto sono :

¹ A. von Tuhr, op. cit., § 30 : « L'obligation d'observer une forme invite à la réflexion et met obstacle aux décisions inconsidérées. La forme donne à la déclaration plus de clarté et de précision. La forme écrite des papiers-valeurs a un autre but : l'incorporation de la créance dans le titre en facilite la circulation. »

² Art. 125 CC allemand : « Un acte juridique auquel fait défaut la forme prescrite par la loi est nul. Le défaut de forme, lorsqu'il s'agit de forme établie par acte juridique, a également, dans le doute, pour conséquence la nullité. »

- » 1. l'accordo delle parti ;
- » 2. la causa ;
- » 3. l'oggetto ;
- » 4. la forma, quando risulta che è prescritta dalle legge sotto pena di nullità. »

La forme est probante lorsqu'elle est destinée à prouver l'existence de l'acte. Dans ce cas, la forme n'est pas une condition de validité, elle est un simple moyen de preuve. En droit iranien, comme nous l'avons déjà vu en matière de contrats formels, aucune forme de validité n'est prescrite. La forme, lorsqu'elle est exigée par la loi, est une condition d'efficacité de l'acte ; un acte juridique, dont la forme prescrite par la loi n'a pas été observée, n'est pas nul, il est simplement déclaré irrecevable par les tribunaux et les administrations publiques. C'est ainsi que les prescriptions de forme en droit iranien sont moins gênantes qu'en droit suisse, allemand et italien.

Contrairement au Code suisse des obligations, qui prescrit rarement la forme probante, le Code civil français la prévoit assez souvent, par exemple en prescrivant un écrit pour toutes choses excédant la somme ou la valeur de cinq mille francs (art. 1341 et 1343 CC français) (le chiffre de cinq mille francs a remplacé dans la loi du 21 février 1948 celui de cinq cents francs). En droit suisse, les lois spéciales prévoient parfois des formes probantes, par exemple l'art. 11 de la loi sur le contrat d'assurance, selon lequel « l'assureur est tenu de remettre au preneur d'assurance une police constatant les droits et les obligations des parties ». Cette police, dit Kœnig, « ne constitue pas la forme du contrat d'assurance (forme de validité), la validité de celui-ci ne dépendant pas du fait qu'il est dressé sous forme d'une police. La remise de la police constitue plutôt une obligation imposée par la loi à l'assureur et résultant du contrat déjà parfait »¹.

On peut toutefois signaler dans le Code suisse des obligations une trace de la forme probante à l'art. 88, selon lequel le débiteur qui paie a le droit d'exiger une quittance. Celle-ci ne constitue pas une forme de validité du paiement, elle est un simple moyen de preuve. Autres exemples : art. 276 et 552, al. 2 CO.

¹ W. Kœnig, *Droit des assurances*, § 10.

La formation ou la perfection du contrat implique parfois, outre les éléments essentiels de la validité, prévus à l'art. 190 CC ir., l'accomplissement de certains actes matériels, particulièrement la remise d'une chose. Selon l'art. 795 CC ir., la remise de l'objet de donation au donataire constitue la condition *sine qua non* de la formation du contrat de donation, ainsi qu'en témoigne le texte légal : « Le contrat de donation ne se forme que par l'acceptation du donataire et l'entrée en possession de l'objet de donation. » La remise de l'objet mis en gage, au créancier gagiste, est également un des éléments constitutifs du contrat de gage (art. 771 et suivants CC ir.).

QUATRIÈME PARTIE

LA VOLONTÉ

CHAPITRE PREMIER

LA VOLONTÉ

La volonté, en soi, est un phénomène psychologique, imperceptible tant qu'il n'a pas été extériorisé d'une façon quelconque. La volonté de contracter signifie l'intention juridique, formelle et consciente d'un but à atteindre, qui détermine une personne à contracter. Elle doit se porter sur le terrain juridique afin qu'elle puisse déployer des effets juridiques.

La volonté est l'objet de la plus grande considération en droit. C'est elle qui est la base indispensable et la condition *sine qua non* de tout acte juridique ; c'est elle qui anime la vie juridique et sociale¹, ou mieux encore, c'est elle qui domine toutes nos activités conscientes. Il existe un principe disant : « L'homme est libre, il ne se

¹ René Demogue, *Notions fondamentales du Droit Privé* p. 286. « La volonté est la base de la loi qui n'est qu'une règle voulue par un certain nombre d'hommes. Elle est à la base des jugements ou des actes administratifs, qui sont des actes voulus par des autorités sociales. Elle est à celle des actes juridiques privés. Elle est le fondement de nombreux cas de responsabilité civile extra-contractuelle, comme elle est celui de la responsabilité pénale. »

trouve lié que par la loi ou par sa volonté juridique »¹ ; mais, quand on pense que la loi n'est, en réalité, que la création de la volonté humaine, on pourra dire que « l'homme est libre, il ne se trouve lié que par sa volonté ».

APERÇU PSYCHOLOGIQUE ET PHILOSOPHIQUE DE LA VOLONTÉ

« La volonté est la substance de l'univers. »

(Schopenhauer.)

La volonté, c'est-à-dire le pouvoir de se déterminer et de se résoudre librement, d'après des motifs ou des raisons, à faire ou à ne pas faire quelque chose, est une des plus grandes facultés de la nature humaine (sensibilité, intelligence et volonté). Elle implique l'absence de toute contrainte, soit morale, soit physique. « Il n'y a point de véritable volonté sans liberté », dit J.-J. Rousseau.

¹ René Demogue, *Traité des Obligations en général*, tome I, p. 94. Il dit d'ailleurs dans cet ouvrage (tome I p. 255) : « La volonté, coordination hiérarchique de nos désirs (définition empruntée au Dr Ribot, *Maladie de la volonté*), est la base des actes juridiques ou privés. »

*LES ACTES JURIDIQUES, PARTICULIÈREMENT LES
CONTRATS EN TANT QU'ACTES DE VOLONTÉ*

L'acte de volonté ou la volition, activité entièrement consciente et réfléchie, est un acte par lequel la volonté se détermine à quelque chose. L'activité volontaire se distingue de l'activité spontanée par deux caractères principaux :

1. elle est réfléchie ;
2. elle est libre ¹.

On distingue, dans un acte volontaire, selon l'analyse classique, quatre étapes essentielles :

1. conception des motifs et représentation de l'acte à produire ;
2. délibération ;
3. décision ;
4. exécution.

CONCEPTION DES MOTIFS. Le résultat d'une activité imaginative est se représenter soi-même à soi-même par voie d'imagination. Je veux faire quelque chose, d'abord je m'imagine être en train de le faire. Autrement dit, c'est concevoir un acte possible, autre que celui qui nous occupe actuellement, et concevoir les conséquences qui peuvent en découler en percevant les rapports de causalité (les liaisons de cause à effet). La conception des motifs et la représentation de l'acte à produire sont donc les bases ou les conditions primordiales de toute volition.

¹ Paul Janet, *Traité élémentaire de psychologie*, 4^{me} éd., pp. 274 et 311, Paris.

Il ne faut pas confondre les motifs qui sont d'ordre représentatif et intellectuel avec les mobiles, plus spécialement les tendances impulsives et affectives, qui se rapportent à la sensibilité. « Les motifs, dit Paul Janet, commandent ou conseillent ; les mobiles captivent ou entraînent ; mais de quelque manière qu'ils agissent, l'homme ne peut se déterminer sans eux. »¹ D'ailleurs, les mobiles proprement dits (les passions et les tendances naturelles), qui sont en effet des forces instinctives et obscures, peuvent être subconscients et même inconscients, tandis que les motifs sont toujours conscients. C'est ainsi qu'il faut distinguer les véritables actes de volonté, orientés et déterminés par des motifs et des raisons, des actes irréfléchis et subconscients commandés par l'impulsion des mobiles ou bien des tendances naturelles. On ne peut cependant pas nier le rôle que les mobiles jouent dans la réalisation d'un acte volontaire. « Les motifs ou les raisons, dit P. Foulquié, sont des lumières et non pas des forces : ils éclairent celui qui agit mais ne le poussent pas à l'action. Pour passer à l'action, il est toujours besoin d'une certaine force ou d'un certain mobile capable de surmonter notre inertie. Dans l'activité rationnelle ou raisonnable, qui relève de la volonté, intervient donc une force qui semble étrangère à l'ordre de la raison ou de l'intelligence. »²

Un acte volontaire est donc basé à la fois sur un certain motif, éclairé et réfléchi, mais sans énergie, et, sur un certain mobile, obscur et aveugle, mais énergique.

La DÉLIBÉRATION, œuvre de l'intelligence, consiste dans l'examen qu'on fait en soi-même sur l'acte conçu comme étant possible par l'imagination et la conception des motifs. Dans cette phase de volition, les motifs et les mobiles, les raisons pour et contre sont exposés à un examen intérieur pour choisir le meilleur parti, agir ou

¹ Paul Janet, *op. cit.*, pp. 274 et 311.

² Paul Foulquié, *Volonté*, Paris 1949.

ne pas agir. La délibération porte d'abord sur la possibilité de l'acte conçu et puis sur les moyens intelligibles propres à réaliser cet acte.

DÉCISION. La délibération est terminée, l'examen des motifs et des raisons favorables ou opposés à l'acte est fait, et le jugement de l'intelligence est émis ; l'acte imaginé est estimé comme étant réalisable et bon. C'est ici que le rôle essentiel de la volonté commence. L'individu, le sujet pensant se décide à agir ou à ne pas agir. La décision, œuvre exclusive de la volonté, n'est pas toujours et nécessairement conforme au jugement de l'intelligence. Elle peut être prise indépendamment et même à l'encontre du résultat de la délibération. L'acte prononcé par l'intelligence, bien qu'étant mauvais et indigne, je décide cependant de le faire ; l'acte estimé comme étant possible et utile pour des raisons de bien sensible et étant indigne pour des raisons de bien moral, je m'abstiens de le faire. C'est donc dans cette étape de la volition que la liberté, la responsabilité, la bonne foi, la mauvaise foi et enfin la faute se manifestent. L'effet de la décision peut être négatif ou positif, selon qu'elle aboutit à l'omission définitive ou à l'exécution.

L'EXECUTION. A défaut d'un obstacle imprévu, soit matériel, soit moral, l'exécution suit parfois immédiatement la décision, mais parfois elle est remise à plus tard. Toutefois, les décisions peuvent être conditionnelles ; en pareil cas, l'exécution attend nécessairement l'accomplissement de la condition à laquelle la décision a été soumise. Il arrive d'autre part que la décision fasse faillite avant l'exécution, sans qu'il y ait un empêchement matériel ou moral, et sans que nous puissions parler d'un acte volontaire. Ainsi, un commencement d'exécution est au moins nécessaire pour que l'acte volontaire soit parfait. L'exécution, le fait matériel, est donc l'aspect extérieur de l'acte volontaire ou volition.

Enfin, on distingue deux sortes d'actes volontaires :

1. les actes complets, dont l'auteur, ayant la conscience de ce qu'il fait, est maître de lui-même ; autrement dit, l'acte volontaire est complet lorsque l'individu attend avec sang-froid le résultat de la délibération pour prendre sa décision ;

2. les actes incomplets, « où l'homme, sans être privé de la conscience de ce qu'il fait, et tout en étant responsable de son action, est plus ou moins entraîné par une impulsion irréfléchie »¹. On peut ainsi dire que les actes incomplets sont aussi réfléchis, mais dans une plus faible mesure, par exemple les actes accomplis par suite d'une forte émotion (un accès de peur ou de colère, une crise de chagrin ou de désespoir, etc.).

Le but principal de la restauration et de la renaissance du formalisme en droit privé est en effet de donner à certains actes juridiques, en tant qu'actes de volonté, leur forme la plus complète et la plus réfléchie.

L'observation d'une forme particulière met obstacle aux actes inconsidérés et déterminés par la force des émotions et oblige par conséquent l'auteur de l'acte à agir avec plus de réflexion.

En droit pénal, le fait qu'une personne en agissant a été dominée et entraînée par une impulsion irréfléchie (un violent accès de colère, de peur, par exemple) peut être considéré comme une circonstance atténuante. Il peut même, dans certains cas, écarter toute responsabilité et enlever à l'acte son caractère punissable (l'excuse absolutoire qui assure aux délinquants l'impunité complète). C'est pourquoi l'art. 179 du Code pénal iranien et l'art. 324, al. 2, du Code pénal français déclarent excusable, en cas d'adultère, le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, au moment où il les surprend en flagrant délit. Ont-ils raison, ceux qui disent comme Horace : *Ira furor brevis est* ? (Horace, Epist. 1. 2. 62).

On pourrait encore citer comme exemples l'art. 33, al. 2, et l'art. 113 du Code pénal suisse. Ce dernier article considère comme une circonstance atténuante le fait que le délinquant a tué alors qu'il était en proie à une émotion violente. « L'émotion violente, au sens du Code pénal, dit M. le professeur F. Clerc, c'est un état affectif

¹ Paul Janet, op. cit., p. 275.

qui a pour effet de faire perdre à l'individu le contrôle volontaire de soi-même. »¹ Mieux encore, l'émotion est un état affectif qui trouble la coordination qui doit normalement exister entre les différentes étapes de la volition. L'émotion est un choc subit et souvent fatal, qui nous pousse à la décision et ensuite à l'acte sans que nous puissions attendre le résultat d'une délibération. Ainsi l'acte accompli sous l'empire d'une violente émotion n'est pas un véritable acte de volonté, il n'est pas un acte pleinement réfléchi, il est au plus un acte volontaire incomplet dont nous avons déjà parlé.

¹ François Clerc, *Cours élémentaire sur le Code pénal suisse*, tome I, art. 111-186, Lausanne 1943.

CHAPITRE II

NATURE DE LA VOLONTÉ

La volonté n'avait pas été considérée par les philosophes anciens comme une faculté autonome. Elle était tantôt confondue avec l'intelligence (chez Socrate), tantôt présentée comme un simple aspect de la fusion des facultés sensitives et des facultés intellectuelles (chez Aristote). C'est avec Descartes que la volonté commence à se distinguer de l'intelligence et de la sensibilité et à se placer vis-à-vis d'elles comme une troisième faculté (puissance d'agir)¹. Il convient cependant de signaler que Descartes ainsi que Malebranche n'admettent que deux facultés, l'intelligence et la volonté. L'intelligence, selon Descartes, ne se distingue pas de la sensibilité ; « l'intelligence a pour objet le vrai ; la volonté, le bien »².

¹ Selon Socrate, il n'existe, dans l'âme, que deux facultés, sensibilité et intelligence. Platon y ajoute un troisième terme, le cœur ou le courage, conçu comme « une activité généreuse et irréfléchie, tour à tour soumise aux influences de l'appétit et de la raison ». Aristote ne considère pas cette activité comme distincte de l'intelligence et des sens ; elle est un simple aspect de la fusion des deux ; autrement dit, elle est « une synthèse de l'appétit et de la raison ; c'est un appétit rationnel » (*Grande Encyclopédie*).

² Malebranche définit la volonté comme « l'impression ou le mouvement naturel qui nous porte vers le bien indéterminé et en général ». (*La recherche de la vérité*, livre I, ch. 1.)

CONCEPTION INTELLECTUALISTE DE LA VOLONTÉ (théorie intellectualiste). — Certains philosophes ont tenté de réduire la volonté à l'intelligence. Cette thèse, qui trouve son origine dans la philosophie de Socrate, est soutenue par les grands philosophes, entre autres Spinoza.

Chez les philosophes socratiques, la faute se confond avec l'ignorance ou l'erreur, et la vertu avec la science ou la connaissance¹. Selon cette conception philosophique, qui s'incorpore dans cette formule classique « personne n'est méchant volontairement », la décision est toujours conforme au jugement de l'intelligence. Ainsi, en cas de faute, c'est l'intelligence qui se trompe et son jugement nous entraîne forcément, *omnis peccans est ignorans* (formule socratique).

Ajoutons que certains philosophes et psychologues modernes, comme Paul Lapie, ont cru pouvoir ramener la volonté au jugement de l'intelligence. Ils disent que l'acte est volontaire lorsqu'il est conforme au résultat de la délibération, c'est-à-dire lorsqu'il est estimé par l'intelligence comme étant bon et réalisable. « Une action est volontaire, dit Paul Lapie, lorsqu'elle est jugée bonne et possible. »²

DISCUSSION. Quoique l'intelligence soit le facteur essentiel de toute volition, la volonté est autre chose que l'intelligence. La raison en est que nous restons, comme nous l'avons déjà dit à propos de la décision, souvent inactifs à l'égard des actions recommandées par l'intelligence. « L'intelligence est en effet passive, dit Descartes, il n'y a de véritables activités que dans la volonté. » C'est par la volonté que l'intelligence pénètre en tout ; sinon, elle reste dans les limites de l'apparence. Enfin, Schopenhauer va jusqu'à dire que l'intelligence est l'instrument de la volonté.

LA CONCEPTION SENSUALISTE DE LA VOLONTÉ. La volonté n'est qu'une forme de désir.

Certains philosophes, comme Condillac, ont essayé de ramener la volonté, en quelque sorte, au désir ou encore aux tendances, forme

¹ A. Cuvillier, *Manuel de philosophie*, tome I (Introduction générale de psychologie), p. 616, Colin, Paris 1950.

² Paul Lapie, *Logique de la volonté*, pp. 19-20, Alcan 1902.

plus élémentaire de l'activité. Selon cette doctrine, soutenue par la plupart des philosophes du XVIII^{me} siècle, la délibération est un conflit des désirs qui aboutit à la victoire du désir prépondérant. La volonté n'est donc qu'une certaine forme ou une certaine fonction du désir. C'est ainsi que Condillac définit la volonté comme « un désir prédominant et absolu ». Selon Leibniz, la volonté n'est en réalité autre chose que « le désir éclairé par l'intelligence ». Aristote avait déjà défini la volonté comme « un désir que la réflexion favorise dans la délibération »¹.

CRITIQUE. Il est vrai que le désir et les tendances sont à la base de la volonté. C'est le désir qui déclenche, en premier lieu, un acte volontaire. « Sans désir, dit A. Cuvillier, il n'y aurait point de volonté. Le désir n'est, en effet, que la tendance devenue consciente d'elle-même et de son but. Or, la tendance est la forme primordiale de toute activité. Là où tendances et désirs s'affaiblissent, la volonté disparaît. » Quoique les désirs et les tendances soient des éléments primordiaux de toute volition, quoique la volonté soit inséparable de certains états affectifs, la volonté diffère complètement de la tendance et du désir.

La tendance est une « orientation spontanée » vers une fin qui n'est pas consciente, tandis que la volonté est une activité entièrement réfléchie et consciente.

Les désirs, comme toutes sensations, sont souvent fatals ; il est presque impossible de les empêcher de se former. Ils viennent en nous, dans notre conscience, sans notre intervention ; ils engagent notre personnalité pour un certain temps souvent sans notre consentement. C'est pourquoi nous ne saurions prétendre n'éprouver jamais de mauvais désirs. Nous éprouvons souvent des désirs ardents, qui disparaissent après un certain temps, sans être satisfaits et sans qu'ils nous aient entraînés ; pourquoi ? Parce qu'ils affrontent la résistance de notre volonté.

En revanche, la volonté naît en nous par nous ; elle est d'ailleurs

¹ Maurice Pradines, *Traité de psychologie générale*, tome II (Le génie humain), p. 361. Presse universitaire de France, Paris 1946.

une force consciente, claire et pleinement réfléchie, qui cherche les raisons et qui connaît le résultat de son exécution. Tandis que les désirs sont des forces obscures qui nous poussent vers une fin sans connaître et sans vouloir connaître les suites de leur réalisation. On peut désirer l'impossible, mais on ne décide pas de le réaliser. LA VOLONTÉ EST UN POUVOIR SUPRÊME.

LA VOLONTÉ, FACULTÉ *SUI GENERIS* (THÉORIE VOLONTARISTE).

Cette conception de volonté, contrairement aux précédentes conceptions qui consistent à réduire la volonté à l'intelligence ou à certains états affectifs ou activités sensitives, attribue à la volonté un caractère *sui generis*. La volonté en tant que faculté irréductible et autonome se trouve déjà dans la philosophie cartésienne. Parmi les psychologues contemporains, c'est William James qui reconnaît le plus explicitement à la volonté le caractère *sui generis*¹. La volonté, selon W. James, est une puissance absolue et souveraine, indépendante des facultés sensitives et des facultés intellectuelles. La volonté, dit W. James, est un *fiat*, « elle introduit sa puissance dans les phénomènes, à peu près comme Dieu ». Le point de vue de James, quoiqu'il comporte la meilleure description de la réalité de la volonté, n'est pas à l'abri de toute critique. Car, en tranchant les liens qui existent entre la volonté d'une part et l'intelligence et la sensibilité d'autre part, on se demande « à quoi la volonté peut emprunter cette mystérieuse force additionnelle, grâce à laquelle le motif le plus faible devient le plus fort »². « Il est regrettable, dit Maurice Pradines, que, ayant si bien aperçu l'espèce de révolution mentale que constitue l'intervention du *fiat* volontaire, James en ait laissé l'origine à ce point dans l'ombre. »

¹ Ch. Blondel (*Volitions*) : *Traité de Psychologie de Dumas*.

² Voir A. Cuvillier, op. cit., tome I, p. 621.

CINQUIÈME PARTIE

LA VOLONTÉ DANS LE DROIT

CHAPITRE PREMIER

LA VOLONTÉ DES PARTIES ET LEUR CONSENTEMENT

En droit iranien, comme en tout droit moderne, la volonté des parties se présente comme l'élément constitutif du contrat.

Avant d'aborder l'étude de la volonté en droit iranien, il nous semble nécessaire d'étudier sommairement la conception juridique et philosophique de la volonté en droit islamique qui est la base essentielle du premier tome du Code civil iranien.

La force créatrice de la volonté était dès le commencement reconnue par le droit islamique. Le prophète et ensuite les jurisconsultes islamiques attribuaient une très grande importance à la volonté. Il existait deux adages fondamentaux en droit islamique : « Les contrats dépendent des volontés » et « Les actes dépendent des volontés, ou suivent les volontés. » Ce dernier adage rentrait dans le domaine de la foi et des devoirs religieux aussi bien que dans la science du droit « fegh ». Ce principe purement consensualiste a trouvé également et même largement son application dans le Code civil iranien.

Les philosophes islamiques distinguaient, de même que l'analyse classique, quatre moments essentiels dans un acte volontaire, soit : la conception ou l'évocation des motifs ; la délibération ; la décision et enfin l'exécution, c'est-à-dire l'effet extérieur et final de la volonté (l'acte proprement dit). Il convient de mentionner que

l'Islam, dès le début, s'est prononcé pour le libre arbitre, et les auteurs islamiques reconnaissent la force prépondérante et le caractère créateur de la volonté humaine, en dépit de l'influence considérable du fatalisme¹ qui existait en Orient lors de l'apparition de l'Islam. La plupart des philosophes islamiques disaient que les actions humaines sont les créations de la volonté humaine, sans l'intervention de la force divine. Cette conception métaphysique et théologique de la volonté amenait parfois les auteurs islamiques à commettre certaines exagérations dans le domaine juridique, de sorte qu'un nombre limité des juristes non formalistes disaient que l'acte juridique produit ses effets exclusivement sur les points qui faisaient l'objet de la volonté de son auteur. Par conséquent, ils excluaient les effets que le droit positif ou la coutume (le droit commun) rattache aux actes juridiques, particulièrement aux contrats en cas d'absence d'une volonté expresse (*naturalia negotii*).

Comme nous l'avons signalé, la volonté occupe la place d'honneur parmi les éléments constitutifs des actes juridiques, spécialement des contrats. Sur ce sujet, nous nous appuyons non seulement sur l'art. 190 CC ir. qui place la volonté au premier rang des conditions d'existence et de validité du contrat, mais encore sur l'art. 191 qui déclare : « Le contrat se forme par la volonté de le conclure... » et l'art. 195 CC ir. qui est conçu dans les termes suivants : « Si quelqu'un contracte en état d'ivresse, d'inconscience ou de sommeil, le contrat est nul, pour défaut de volonté. » La disposition de l'art. 195 CC ir. vise tous les cas d'incapacité passagère. « La volonté consciente, comme l'indique un arrêt de la Cour de Dijon du 28 avril 1931, ne peut émaner que d'une personne jouissant de l'intégralité de ses facultés intellectuelles, ou, tout au moins, se rendant pleinement compte de

¹ « Le fatalisme est la doctrine suivant laquelle la volonté et l'intelligence humaines sont impuissantes à diriger le cours des événements ; en sorte que la destinée de chacun est fixée d'avance, quoi qu'il fasse. » Au point de vue théologique, le fatalisme est « la doctrine d'après laquelle les actes humains et les événements du monde sont un produit de l'action divine, de la prédestination, de la grâce, de la providence »*.

* André Lalaude, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Presse universitaire de France, Paris 1951.

la portée de l'acte qu'elle passe.»¹ En résumé, suivant l'art. 195 CC ir., l'acte passé par une personne en état d'incapacité passagère, est frappé de nullité absolue.

La volonté de s'obliger doit être ferme et sérieuse ; une déclaration faite avec une réserve mentale ou par plaisanterie (*jocandi causa*) doit être considérée comme non avenue². Toutefois, le Code civil allemand qui tend plutôt vers la théorie de la déclaration énonce à son art. 116 le principe suivant : « Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt. »³

La déclaration de volonté est donc tenue, aux yeux du législateur allemand, pour vraie et conforme à la volonté interne de son auteur, à moins qu'il ne soit établi que le destinataire a eu connaissance de la réserve mentale.

Il est clair que c'est la force créatrice de la volonté qui donne, en premier lieu, naissance aux actes juridiques ; mais cette volonté, dit A. von Tuhr, « en tant que phénomène psychologique, n'est pas directement perceptible et ne peut être déduite, avec une certitude plus ou moins grande, que de l'attitude extérieure de l'homme »⁴. En réalité, c'est la volonté extériorisée et concrétisée qui a la vertu créatrice et non pas la volonté interne (*voluntas in mente retenta*).

¹ G. Ripert et J. Boulanger, op. cit., tome II, p. 65, n° 173.

² « Il arrive souvent, dit Paul Esmein, qu'une personne sociable promette d'accomplir ou accomplisse, par courtoisie ou par complaisance, un acte comportant pour elle une prestation ou un sacrifice. Si celui qui rend ainsi bénévolement service à autrui n'a pas l'intention de s'engager par un lien juridiquement obligatoire, il ne se forme pas entre les parties le contrat à titre gratuit qu'on pourrait envisager en pareil cas. On en a déduit qu'au cas où un accident se produit au cours de la prestation du service, la responsabilité qui peut être encourue n'est pas une responsabilité contractuelle. C'est du moins ce que la jurisprudence a décidé en cas d'accident dont est victime une personne transportée à titre gracieux. » (P. Esmein, op. cit., p. 105.)

³ « Une déclaration de volonté n'est pas nulle par cela seul que l'auteur de la déclaration se réserve secrètement de ne pas vouloir ce qui a été déclaré. La déclaration est nulle lorsqu'elle est émise envers un autre et que ce dernier connaît la réserve mentale dont elle a été l'objet. » (Art. 116 du Code civil allemand, traduction de l'Office de législation étrangère et de Droit international. Paris 1929.)

⁴ A. von Tuhr, op. cit., tome I, § 21.

Celle-ci ne possède qu'une certaine force virtuelle, tant qu'elle se trouve dans l'esprit humain. La volonté doit être donc émise d'une façon matérielle.

« Le droit moderne tend à admettre maintenant de plus en plus que, d'une manière générale, ce qui produit l'effet de droit, ce n'est pas, ce ne peut pas être l'acte interne de volonté, la volition comme disent les psychologues, mais bien la manifestation extérieure de la volonté, la DÉCLARATION DE VOLONTÉ. »¹

¹ Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, pp. 86 et 87. Voir également Patry, *Le principe de la confiance*, thèse, p. 143, Genève 1953.

CHAPITRE II

DÉCLARATION DE LA VOLONTÉ

La déclaration de volonté témoigne en principe d'une volonté réelle.

La volonté doit se manifester, se concrétiser, s'extérioriser pour pouvoir déployer des effets juridiques. C'est par la déclaration que la volonté prend une existence ineffaçable et indépendante de celui qui l'a émise. Nous ne pouvons pas pénétrer dans l'esprit, dans le for intérieur de nos semblables et, par conséquent, découvrir leurs activités psychiques, sans qu'ils nous les fassent connaître par des procédés extérieurs et tangibles. C'est pourquoi l'art. 191 CC ir. déclare : « Le contrat se forme par la volonté de le conclure, à condition que cette volonté soit manifestée par un fait quelconque. » Selon cet article, une volonté qui n'a pas été extériorisée, manifestée, ne possède, en principe, aucune portée juridique. C'est donc la manifestation de volonté qui présente, en droit, l'élément le plus important des actes juridiques, et non pas la volonté interne. La manifestation de volonté jouit d'une force effective et actuelle, tandis que la volonté interne ne possède qu'une force virtuelle n'ayant aucune valeur positive.

Le Code civil iranien emploie le terme de « incha » pour la manifestation de volonté. Cette expression est empruntée à la termino-

logie juridique du droit islamique, avec la différence que le Code la prend dans un sens beaucoup plus large que celui employé par les jurisconsultes islamiques. Particulièrement à l'époque du formalisme, ces derniers entendaient par là les paroles par lesquelles on exprime sa volonté de créer une situation juridique, ou mieux encore, la manifestation verbale de volonté. En revanche, l'expression de « incha » selon l'esprit du Code civil iranien (art. 191, 192, 193 et 194) peut se définir de la façon suivante : La manifestation de volonté « incha » consiste dans une attitude ou un fait quelconque (parole, écrit, signe, geste et actes concluants) dont on puisse déduire avec certitude la présence d'une volonté¹. La manifestation de volonté est donc l'aspect tangible de la volonté².

Puisque la volonté purement interne n'a en principe aucune valeur juridique aux yeux du législateur iranien, celui-ci ne reconnaît comme élément de volonté que le contenu de la déclaration. Ce qui n'en fait pas partie ne produit, en général, aucun effet juridique, quoi qu'il ait été compris dans la volonté, ou simplement envisagé par celui de

¹ Voir F. Funk, *op. cit.*, p. 3.

² « D'une manière générale, la manifestation de volonté, dit E. Béguelin, est l'acte d'extériorisation duquel on peut inférer qu'une personne a l'intention d'exprimer une volonté ; plus spécialement, en matière de conclusion de contrats, chaque partie manifeste sa volonté par cela qu'elle l'exprime à l'adresse de sa contre-partie ; ces manifestations sont réciproques (*gegenseitig*) : l'offre s'adresse à son destinataire, de même que l'acceptation de ce dernier s'adresse à l'auteur de l'offre. Pour que, toutefois, ces manifestations réalisent juridiquement le consentement, elles doivent être telles que chaque destinataire puisse en inférer que le déclarant a l'intention de lui exprimer sa volonté et que cette volonté a une valeur juridique. Mais il suffit que la déclaration réalise extérieurement ce double caractère ; il n'est pas nécessaire, en d'autres termes, que le déclarant ait bien déclaré ce qu'il entendait déclarer : il suffit que le destinataire fût loyalement fondé à admettre cette correspondance. La question, en effet, de savoir si la déclaration a ce caractère de « reconnaissabilité » doit être résolue, dans l'intérêt de la sécurité transactionnelle, non pas au regard des conceptions subjectives du déclarant, mais à un point de vue objectif, d'après les idées régnantes au lieu de la déclaration, l'usage habituellement suivi par les parties, etc. En particulier donc, la validité de la déclaration, non plus que la perfection de consentement, ne seront empêchées du fait que le déclarant, par distraction ou négligence ou autre raison, n'a pas eu connaissance du contenu de sa propre déclaration, ni prévu, ni voulu les conséquences juridiques attachées à sa déclaration. » (Edouard Béguelin, *Fiches juridiques suisses* n° 119.)

qui la volonté a émané (abstraction faite des effets que la loi rattache aux actes juridiques en l'absence d'une volonté expresse (*naturalia negotii*). La déclaration de volonté doit être jugée d'après son sens objectivement compris et non pas d'après le sens subjectivement conçu.

CONCORDANCE DES MANIFESTATIONS DE VOLONTÉ

Ainsi qu'il ressort de l'art. 194 CC ir., les manifestations de volonté doivent être concordantes pour qu'elles puissent créer un lien contractuel. L'acceptation de l'une des parties doit concerner le contrat même que l'autre a voulu conclure ; autrement dit, les déclarations de volonté des parties doivent correspondre l'une avec l'autre, sinon le contrat n'existe pas.

Il s'agit de savoir si cette concordance doit exister entre les déclarations de volonté ou entre les volontés elles-mêmes¹. La déclaration de volonté témoigne en principe de la volonté réelle ; cependant, il arrive que la déclaration de volonté de l'une des parties ou de toutes les deux ne corresponde pas avec leurs volontés réelles. En pareil cas, faut-il tenir compte de la volonté réelle et admettre l'inexistence de tout le contrat ? Ou faut-il s'en tenir à la déclaration de volonté, fait reconnaissable, et en conséquence admettre la validité du contrat ? Selon la « théorie de la volonté », il faut que les volontés elles-mêmes soient en accord, afin que le contrat puisse se former ; c'est la volonté qui est essentielle, sans laquelle aucun acte ne pourrait se produire. Ainsi, dans l'hypothèse susindiquée, le contrat ne se forme pas d'une façon régulière. En revanche, selon la « théorie de la déclaration », le contrat est parfaitement conclu aussitôt que les manifestations de volonté des parties s'accordent (art. 1^{er} CO). La déclaration de volonté,

¹ A. Martin, *op. cit.*, p. 8.

selon cette dernière théorie, doit être considérée comme étant en principe conforme à la volonté réelle (sous réserve des vices de volonté).

THÉORIE DE LA VOLONTÉ (Willenstheorie). — C'est une théorie individualiste, selon laquelle la volonté elle-même possède la puissance souveraine et la force créatrice. Les déclarations de volonté ne sont que des procédés par lesquels on fait connaître sa volonté intime ; elles ne jouent qu'un rôle accessoire et instrumentaire. Une déclaration de volonté qui n'est pas conforme à la volonté réelle ne présente aucune valeur, car elle n'a rien à sa base. C'est ainsi qu'en se livrant à la recherche de la volonté réelle, la « théorie de la volonté » exige la concordance entre les volontés elles-mêmes, pour la formation du contrat. Cette théorie, favorable à celui qui émet une déclaration de volonté, défavorise celui à qui une déclaration de volonté a été adressée¹. Partant du point de vue individualiste, la « théorie de la volonté » présente un grand intérêt ; au point de vue social et pratique, elle est, dans une certaine mesure, inacceptable.

THÉORIE DE LA DÉCLARATION (Erklärungstheorie). — Contrairement à la théorie de la volonté qui a un fondement philosophique, la théorie de la déclaration est inspirée davantage par un sentiment de justice et d'équité.

Selon la théorie de la déclaration, la concordance entre les déclarations de volonté des parties suffit à la conclusion du contrat. Les tenants de cette théorie donnent la préférence à la déclaration sur la volonté. Ils estiment que c'est la déclaration qui rend efficace la volonté et qui a le caractère social et la vertu créatrice. Une volonté qui n'a pas été exprimée (*propositum in mente retentum*) n'a aucune portée juridique. Cette doctrine accorde au destinataire de la déclaration de volonté le droit de la considérer comme conforme à la volonté de son auteur. Dans un article paru en 1875, Otto Bähr écrit : « Celui qui, lors de la conclusion du contrat, crée l'apparence de sa volonté de telle manière que l'autre partie, de bonne foi, croit et puisse croire avoir acquis des droits ne

¹ René Demogue, *Traité des obligations*, tome I, 2^{me} partie, chap. Ier.

sera pas admis à prouver que sa volonté, en réalité, n'a pas existé. IL EST ENGAGÉ PAR L'APPARENCE DE SA VOLONTÉ, comme s'il avait réellement voulu... »¹

« Le système de la DÉCLARATION a donc un caractère purement OBJECTIF (en théorie du moins) : le juge ne doit tenir aucun compte de la volonté interne des parties, mais seulement des déclarations ; ainsi, lorsque les termes employés par les parties concordent, le contrat est considéré comme conclu, que les volontés internes divergent ou non. »

« D'autre part, en cas de désaccord des volontés lorsque les parties donnent aux termes employés des sens différents, il ne faut pas tenir compte des circonstances particulières. Il faut, au contraire, INTERPRÉTER OBJECTIVEMENT les déclarations, c'est-à-dire, au fond, les extraire de leur cadre particulier et dire comment un honnête homme, ignorant les circonstances particulières du cas, les aurait comprises *in abstracto*... »²

C'est, en effet, la déclaration qui est un élément reconnaissable et qui présente une valeur positive. « Les obligations assumées par une personne doivent être fixées non par sa volonté intime et secrète, mais par la déclaration de volonté qu'elle a émise... »³ Celui qui reçoit une déclaration de volonté n'est pas obligé de rechercher la réelle volonté de son auteur. D'ailleurs, selon un principe admis dans le domaine juridique, « les risques doivent retomber sur celui qui agit »⁴. Une personne qui émet une déclaration de volonté doit donc en supporter la conséquence ; elle ne peut pas se prévaloir, au détriment d'autrui, du fait qu'elle a exprimé sa volonté d'une façon qui ne correspond pas à sa volonté réelle.

Le destinataire d'une déclaration de volonté se trouve en présence :

¹ Voir Patry, *op. cit.*, p. 129. Selon Patry, Bähr fut le premier qui osa attaquer ouvertement les principes du système de la volonté.

² Patry, *op. cit.*, p. 136 : « En vérité, ce système ne peut pas écarter complètement l'influence de la volonté ; il exige, en fait, à défaut de volonté du contenu (*Rechtsgeschäftswille*) la volonté de déclarer (*Erklärungswille*) pour que la déclaration soit valable en droit. »

³ Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, p. 69.

⁴ Demogue, *Traité des obligations*, tome I, 2^{me} partie, ch. 1^{er}.

premièrement, de la volonté qui est, en soi, un phénomène psychologique imperceptible et inconnu de lui, au sujet de laquelle il ne peut faire que des suppositions ; deuxièmement, de la déclaration, fait connu et reconnaissable, dont il peut avoir une connaissance certaine. C'est ici que la bonne foi, l'équité et enfin la sécurité des affaires exigent qu'il soit admis à se fonder sur le fait reconnaissable et certain, c'est-à-dire sur la déclaration de volonté.

En effet, la théorie de la volonté assure la « sécurité de droit ou statique », tandis que la théorie de la déclaration se conforme à la « sécurité dynamique ou transactionnelle ». Ces deux notions de sécurité ont été définies et étudiées par deux auteurs éminents : R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé* (pp. 63 à 87) et Victor Ehrenberg, *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit* (Iherings Jahrbücher, 1904, pp. 273 à 338)¹.

Selon Ehrenberg, « la SÉCURITÉ DU DROIT exige qu'un changement défavorable dans la situation juridique d'une personne ne puisse se réaliser sans sa volonté, et la SÉCURITÉ DES AFFAIRES empêche qu'une modification favorable dans la situation juridique d'une personne ne soit déjouée par des circonstances qui lui sont inconnues... »². Ainsi ces deux notions de sécurité sont opposées dans une certaine mesure.

« Nous voyons, dit Demogue, que l'idée de sécurité se retourne contre elle-même. Il s'agit de voir si l'on préférera la SÉCURITÉ DES TITULAIRES de droits ou celle des ACQUEREURS de droits. Et, au fond, la lutte est plus inextricable qu'il ne paraît. Car le titulaire du droit d'aujourd'hui, c'est l'acquéreur du droit d'hier... »

« En somme, il y a un conflit insoluble entre deux conceptions de la sécurité... »³

Enfin, les tenants du système de la déclaration, critiquant la doctrine individualiste et la notion de DROIT SUBJECTIF, ont cherché dans le socialisme moderne une justification philosophique de l'Erklärungstheorie⁴.

¹ Voir notamment Patry, op. cit., p. 138.

² Ibidem, p. 139.

³ Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, pp. 73 et 74.

⁴ Patry, op. cit., p. 142.

« Il n'est pas difficile, dit L. Duguit, d'établir que la doctrine individualiste n'est pas théoriquement défendable. Pratiquement, elle ne l'est guère...

» L'affirmation que l'homme parce qu'il est homme, pris isolément et en soi, séparé des autres hommes, à l'état de nature, suivant l'expression du XVIII^{me} siècle, est titulaire de certains droits propres à sa nature d'homme, cette affirmation est purement gratuite ; elle ne repose sur aucune preuve directe. Pareille affirmation pouvait suffire à une période de croyance métaphysique, mais non à une époque positiviste et scientifique comme la nôtre...

» On ne peut pas poser l'homme naturel indépendant et isolé ; on ne peut poser que l'homme social ; ou plutôt on ne peut poser que la société. L'homme n'existe pas antérieurement à la société ; il n'existe que dans la société et par la société. Penser l'homme isolé, c'est penser une chose qui n'existe pas. » ¹

« La décision interne, dit-il ailleurs, peut avoir une valeur morale ; elle ne peut avoir une valeur sociale ni une valeur juridique. Les règles sociales ne s'appliquent pas aux faits d'ordre interne, mais seulement aux actes externes, à ceux par lesquels un sujet entre en rapport avec les autres individus. Le droit objectif est un ensemble de règles sociales. Il ne peut donc s'appliquer qu'aux manifestations extérieures de la volonté... » ²

Pour des raisons d'ordre doctrinal, social et économique, nous estimons devoir préférer la théorie de la déclaration et reconnaître la prépondérance à la déclaration de volonté. Cette attitude se justifie d'autant plus que la pratique actuelle tend à prendre en considération l'Erklärungstheorie. « Quant aux injustices que cette théorie peut entraîner à l'égard de l'une ou de plusieurs des parties, elles peuvent être corrigées, dit Guhl, par le système légal des vices de la volonté et, en particulier, par une application large de l'erreur. » ³

Cependant, il faut dire que l'application exclusive de chacune de ces théories présente des inconvénients. Il faut, en effet, trouver un

¹ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{me} édition, tome I, pp. 118, 119 et 120, § 15.

² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{me} éd., tome I, § 29, p. 232.

³ Guhl, *op. cit.*, § 12.

système mixte par la conciliation de ces deux théories. C'est la théorie de la bonne foi ou de la confiance, actuellement dominante, qui nous offre en réalité la solution mixte. Selon la théorie de la bonne foi, la concordance des manifestations de volonté, telles que leurs destinataires doivent et peuvent normalement et de bonne foi les comprendre, suffit à la conclusion du contrat. Ainsi, la déclaration de volonté est valable lorsqu'elle indique normalement une certaine intention aux yeux de toute personne raisonnable et de bonne foi. Enfin, « on peut rattacher le système de la confiance à trois idées générales différentes : la sécurité des affaires, le principe de la causalité et la bonne foi »¹.

Il convient ici de mentionner que « la théorie de la volonté » a été adoptée par la tradition du droit français ; elle s'incorpore à l'art. 1156 CC français : « On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » La jurisprudence française, bien qu'elle attache un pouvoir juridique à la volonté interne, assouplit toutefois la théorie de la volonté par une large application des art. 1321 et 1341 CC français².

La théorie de la déclaration, qui s'était développée en Allemagne, a trouvé sa consécration dans le Code civil allemand et, plus tard, dans le Code suisse des obligations. Le Code civil allemand, qui a consacré un chapitre (art. 116 à 145) à la déclaration de volonté, estime que la volonté purement interne ne présente aucune valeur ; elle doit se manifester à l'extérieur, afin qu'elle puisse avoir certaine valeur positive aux yeux de la loi. Cependant, le contenu des art. 116, 117 et 118 du Code civil allemand nous conduit à cette idée que la théorie de la déclaration y subit certaines atténuations par rapport à sa conception purement doctrinale. C'est ainsi que les solutions données par les dits articles s'approchent considérablement de celles proposées par la « théorie de la bonne foi ». Pour l'interprétation d'une déclaration de volonté, l'art. 133 CC allemand exige qu'« il faut rechercher la volonté réelle et ne pas s'en tenir au sens littéral de

¹ Patry, *op. cit.*, p. 159.

² P. Esmein, *op. cit.*, p. 110.

l'expression » ; c'est encore une autre preuve qui permet d'établir que la « théorie de déclaration » n'a pas été acceptée, par le Code civil allemand, dans son ampleur doctrinale.

Comme le Code civil allemand, le Code suisse des obligations se fonde également sur la « théorie de la déclaration ». L'art. 1^{er} CO déclare : « Le contrat est parfait lorsque les parties ont réciproquement et d'une manière concordante manifesté leur volonté.

» Cette manifestation peut être expresse ou tacite. »

Il en résulte que, en droit suisse, la concordance doit exister entre les manifestations de volonté des parties pour que le contrat soit parfaitement conclu. C'est exactement la solution exposée dans la « théorie de déclaration ». Le Code suisse des obligations, comme le Code civil allemand, a également apporté certains tempéraments ou mieux encore certaines atténuations à l'ampleur exagérée de la théorie de la déclaration. On peut citer comme exemples les art. 18, 23, 24 et 27 CO.

LE SYSTÈME ADOPTÉ PAR LE CC IR.

A l'art. 190 CC ir., relatif aux conditions indispensables de formation et de validité du contrat, la volonté des parties est mentionnée comme un facteur essentiel à l'existence de toute convention. L'art. 463 CC ir. en matière d'interprétation de la vente déclare également : « S'il est établi dans une vente conditionnelle (à réméré) que la volonté du vendeur n'était pas véritablement la volonté de vendre, les dispositions sur la vente n'y seront pas applicables. » Tenant compte de ces deux articles et en se souvenant, d'autre part, de l'adage fondamental : « Les contrats dépendent des volontés », nous pourrions, à première vue, croire que le législateur iranien s'est prononcé pour la « théorie de la volonté »¹.

Mais étudions un peu plus profondément le Code civil iranien, particulièrement le tome III, sur les moyens de preuve et encore la loi spéciale du 2 tir 1319 (juillet 1940). Nous verrons que cette constatation est plus ou moins inexacte. Le législateur iranien s'est fondé

¹ Voir supra p. 108.

en effet plutôt sur la « théorie de la déclaration » que sur la « théorie de la volonté ». Voici l'art. 191 CC ir. qui en témoigne : « Le contrat se forme par la volonté de le conclure à condition que cette volonté soit manifestée par un fait quelconque. » Selon l'esprit de cet article, la volonté de contracter, quoiqu'elle soit essentielle, ne possède qu'une force virtuelle, sans valeur positive, tant qu'elle n'a pas été déclarée. D'ailleurs, selon l'adage islamique, « il n'y a pas de préjudice en droit » ou mieux encore « il ne doit y avoir de préjudice en droit (en Islam) », largement admis par la tradition de droit iranien, celui qui émet une déclaration de volonté ne correspondant pas à sa volonté interne, ne pourrait s'en prévaloir au détriment d'autrui, lorsque ce dernier est de bonne foi. L'adoption des lois spéciales de février 1930 et mars 1932, sur l'enregistrement, nous amène d'ailleurs à cette constatation que le législateur iranien prend, de plus en plus, en considération la théorie de la déclaration. Selon les articles 92 et 93 de la loi spéciale de mars 1932 et l'art. 1292 CC ir., tome III, les contrats signés et inscrits sur les registres officiels sont exécutoires, sans qu'il y ait besoin de recourir au juge. Il en résulte qu'une déclaration de volonté portée sur un registre officiel est censée valable, qu'elle corresponde ou non à la volonté réelle.

LA RÉCIPROCITÉ

Les déclarations de volonté doivent être dans un rapport de réciprocité et d'échange, c'est-à-dire que la déclaration de volonté de chaque partie doit être adressée à l'autre partie. Là gît la différence entre la décision et le contrat¹. La décision, acte juridique bilatéral ou multilatéral, implique plusieurs déclarations concordantes de volonté, sans que celles-ci soient dans un rapport de réciprocité. Autrement dit, la décision est un accord entre les déclarations de volonté de plusieurs personnes ayant des intérêts communs et qui poursuivent le même but. En cas de décision, les déclarations concordantes de volonté sont destinées à une fin voulue par ceux qui ont

¹ Voir supra p. 20.

participé à la décision. Tandis que le contrat, acte bilatéral ou multilatéral, est la rencontre des déclarations concordantes de deux ou plusieurs sujets de droit ayant des intérêts opposés. Dans un contrat, la fin cherchée par chacune des parties est différente de celle voulue par l'autre. Dans une décision, les déclarations de volonté correspondent et vont de pair. Dans un contrat, les déclarations de volonté se rencontrent et concordent.

POINTS ESSENTIELS, POINTS SECONDAIRES

L'accord doit, en principe, porter sur tous les points qui se rapportent à la convention. Cependant, les parties ne sont pas tenues de discuter tous les points et de les régler complètement avant la conclusion du contrat. L'accord sur les points essentiels, les points faisant partie de l'essence même de la convention, suffit à la conclusion du contrat, sans qu'il y ait besoin d'une entente sur les points secondaires au sujet desquels les parties peuvent réserver expressément ou tacitement un accord ultérieur. A défaut d'une réserve ou d'un accord antérieur sur les points secondaires, le juge interviendra, en cas de litige, pour les régler, en tenant compte de la nature de l'affaire. La décision du juge remplace également la volonté des parties lorsqu'une entente ultérieure, sur les points secondaires, a été réservée et que cet accord ne se produit pas entre les parties (en cas de litige). En droit suisse, le Code des obligations prévoit expressément à l'art. 2 que : « Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.

» A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.

» Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats. »-

Le Code civil iranien n'a pas de dispositions semblables à l'art. 2 CO. Mais l'interprétation de ses règles conduit au même résultat. Prenons l'art. 220 CC ir. qui est conçu dans les termes suivants : « Les contrats obligent les parties non seulement à ce qui y est formelle-

ment exprimé, mais encore à ce que prescrit la coutume ou la loi. » Voir également en ce sens l'art. 1135 du Code civil français¹.

Selon l'art. 2, al. 3 du Code suisse des obligations, le contrat, lorsqu'il est soumis à une forme particulière, n'est pas parfait aussi longtemps que cette forme n'a pas été observée, malgré l'accord des parties sur les points essentiels. Le législateur iranien n'a pas à se préoccuper de ce dernier cas, puisqu'il ne reconnaît aucune forme de validité.

POINTS ESSENTIELS. — Les points essentiels, les éléments primordiaux de toute convention, sont les points sur lesquels un accord entre les parties doit nécessairement intervenir ; ils doivent être réglés avant ou au moment de la conclusion du contrat. Autrement dit, ce sont les points sur lesquels les déclarations de volonté doivent porter et sans lesquels « la notion du contrat n'existe pas ». Un point est essentiel, dit très justement Oscar Daepfen, « lorsque les parties n'auraient pas conclu, sachant ne l'avoir pas réglé ». Les points essentiels varient d'après la nature et le type du contrat. Exemples : l'objet et le prix, dans un contrat de vente (art. 339 CC ir. : « Le contrat de vente devient parfait par l'offre et l'acceptation, aussitôt que le vendeur et l'acheteur conviennent de la chose à vendre et du prix ») ; l'objet, le loyer et le terme² dans un contrat de bail ; le montant de la prime dans un contrat d'assurance, etc.

POINTS SECONDAIRES OU ACCESSOIRES. — Ce sont les points qui ne rentrent pas dans le cadre des points essentiels ou principaux. En d'autres termes, ce sont les points qui ont une importance secondaire, tels que : les diverses modalités de l'exécution, le moment et le lieu de l'exécution, le taux de l'intérêt, les frais de transport prévus à l'art. 381 CC ir., etc. Les parties peuvent ne pas s'en occuper et les laisser au soin et à la décision du juge qui les réglera suivant les indications légales ou selon la nature de l'affaire. Ainsi, la décision du

¹ Art. 1135 CC français : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi doonnent à l'obligation d'après sa nature. »

² L'art. 468 CC ir. déclare : « Dans un bail, le terme doit être fixé, sinon le contrat est nul. »

juge et les usages du commerce peuvent suppléer, en l'absence d'un accord exprès, à la volonté des parties.

Un point objectivement secondaire peut être considéré par les parties comme un point essentiel. Autrement dit, n'importe quel point peut être désigné par les parties comme essentiel¹. En pareil cas, une entente sur ce point doit être nécessairement obtenue. La distinction entre les points essentiels et les points secondaires s'opère, en effet, selon le critère subjectif de l'intention des parties². Ainsi, « par point essentiel, dit E. Béguelin, il faut entendre tout point que l'une ou l'autre partie a, d'une manière reconnaissable, regardé comme une condition de l'existence du contrat et dont on doit admettre qu'elle entendait ne pas conclure aussi longtemps qu'il n'aurait pas donné lieu à une entente. La question que le juge peut être appelé à trancher est une question d'intention, et le critère traditionnel, en ce qui concerne les *naturalia* et les *accidentalia negotii*, ne peut avoir à ses yeux qu'une valeur indicative »³. Sont donc essentiels tous les points de nature à déterminer les parties à conclure le contrat dans les conditions convenues⁴.

EFFET DE LA DISTINCTION. — Le contrat est réputé conclu lorsque les parties se sont mises d'accord sur les points essentiels, même en l'absence d'une entente sur les points secondaires, à moins que ceux-ci ne soient l'objet d'un désaccord antérieur entre les parties.

¹ W. Koenig, *op. cit.*, p. 40.

² Edouard Béguelin, *Fiches juridiques suisses n° 114*.

³ E. Béguelin, *Fiches juridiques suisses n° 114*.

⁴ Voir l'art. 4, al. 2, de la Loi suisse sur le contrat d'assurance.

SIXIÈME PARTIE

LA MANIFESTATION DE VOLONTÉ

CHAPITRE PREMIER

LA MANIFESTATION DE VOLONTÉ

Le droit moderne pose, en thèse générale, le principe de la liberté des formes de la déclaration de volonté. La volonté peut donc se manifester par n'importe quel procédé, à condition que les moyens employés puissent objectivement démontrer l'existence d'une volonté valable. L'art. 191 CC ir. formule comme suit un critère général : « Le contrat se forme par la volonté de le conclure, pourvu que cette volonté soit manifestée par un fait quelconque. » L'expression de « un fait quelconque », ayant une portée très large, peut embrasser toutes sortes de faits ou toutes sortes de manifestations capables de porter à la connaissance d'autrui la volonté de son auteur¹.

En matière de contrat, le CC ir. ne parle pas explicitement de la manifestation expresse ou tacite de la volonté², mais la loi iranienne du 2 tir 1319 (juillet 1940), qui peut être considérée comme le complément du CC ir., parle aux art. 242, 249 et 250, à propos de l'acceptation et de la répudiation de succession, de la manifestation expresse et de la manifestation tacite de volonté, et elle en donne des défini-

¹ Art. 245, 248, 251, 284, 403, 450, etc. du CC ir.

² Cependant, les art. 617, 667, 662 CC ir. font allusion à la manifestation expresse et à la manifestation tacite de volonté.

tions plus ou moins exactes. Prenons l'art. 242 de la dite loi : « L'acceptation de la succession peut être expresse ou tacite.

» L'acceptation est expresse lorsqu'elle est portée à la connaissance du tribunal par un acte (déclaration écrite) authentique ou privé (sous seing privé).

» L'acceptation est tacite ou présumée lorsqu'elle est établie par des actes capables de démontrer, d'une façon non équivoque, l'existence de la volonté d'accepter, telles que la vente, la donation, la mise en gage des biens héréditaires, et enfin toute immixtion dans les affaires de la succession. »

Selon les art. 243 et 244 de la même loi, les actes nécessités par la simple administration ou par la simple surveillance provisoire et enfin les actes purement conservatoires ne constituent pas une acceptation. Lorsqu'un objet faisant partie des biens héréditaires est en danger de périr, ou lorsque les frais de son entretien ou de sa conservation sont disproportionnés à sa valeur, l'héritier peut le vendre, sans que son acte soit qualifié d'acceptation. Pour la répudiation de la succession, le législateur iranien exige une déclaration expresse et sans condition ni réserve. L'art. 249 de la loi en question énonce la règle dans les termes suivants : « L'héritier qui répudie la succession doit formuler auprès du tribunal une déclaration écrite ou verbale.

» Cette déclaration sera portée sur un registre spécialement tenu à cet effet.

» La répudiation de la succession doit être faite sans condition ni réserve. »¹

En principe, la répudiation de la succession ne se présume pas. C'est pourquoi le législateur iranien fixe un délai d'un mois (délai de péremption) durant lequel la déclaration de répudiation doit avoir lieu. La succession qui n'a pas été répudiée dans le délai légal est tenue pour définitivement acceptée (présomption légale de l'acceptation)². La raison en est que l'acquisition de la succession se produit au moment de la mort du *de cuius*, par le seul effet du décès de celui-ci, sans autre formalité. L'acceptation n'est, en réalité, que la

¹ Voir l'art. 570 Code civil suisse.

² Voir l'art. 571, al. 1, Code civil suisse.

renonciation à la faculté de répudier la succession ; autrement dit, c'est une confirmation ou une consolidation d'un droit déjà acquis par le seul fait du décès du défunt.

En matière de succession, le Code civil suisse exige, à titre exceptionnel, une acceptation expresse dans les cas prévus aux art. 566, 574 et 575. De pareilles éventualités n'ont pas été envisagées par le législateur iranien ; la loi du 2 tir 1319 (juillet 1940) n'exige, en aucun cas, une acceptation expresse. Ainsi croyons-nous que les dispositions de cette loi, relatives à l'acceptation et à la répudiation de successions, devraient être complétées par des dispositions analogues à celles des art. 566, 574 et 575 du Code civil suisse¹.

Contrairement au Code civil iranien, le Code suisse des obligations déclare explicitement à l'art. 1^{er}, al. 2 : « La manifestation de volonté peut être expresse ou tacite », sans définir cependant ces deux formes de manifestation de volonté. Toutefois, l'art. 176, al. 3, du CO, relatif à la reprise de dette, donne certaines indications sur la manifestation tacite ou présumée de volonté : « Le consentement du créancier peut être exprès ou résulter des circonstances ; il se présume lorsque, sans faire de réserve, le créancier accepte un paiement ou consent à quelque autre acte accompli par le reprenant à titre de débiteur. »²

MANIFESTATION EXPRESSE, MANIFESTATION TACITE

Lorsque la volonté se fait connaître par une activité apparente et, selon l'usage, propre à déclarer une volonté, il s'agit là d'une manifestation expresse de volonté, tels que : les paroles (manifestation verbale), l'écrit et même les gestes et les signes de nature à exprimer une volonté (baïsser la tête d'une façon affirmative). C'est ainsi que l'art. 192 CC ir. déclare : « Dans les cas où les contractants ou l'un

¹ L'art. 566 du Code civil suisse déclare : « Les héritiers légaux ou institués ont la faculté de répudier la succession. La succession est censée répudiée lorsque l'insolvabilité du défunt était notoire ou officiellement constatée à l'époque du décès. »

² Voir notamment A. von Tuhr, op. cit., § 21.

d'eux se trouvent dans l'impossibilité de s'exprimer verbalement, tout signe constatant leur volonté de conclure et leur consentement sera suffisant. »

Le comportement d'une personne peut être parfois considéré comme une manifestation de volonté, lorsqu'il est entouré de circonstances dont, d'après l'expérience de la vie et la nature spéciale de l'affaire, on peut déduire d'une façon non équivoque la présence d'une volonté valable. En d'autres termes, une attitude ou un fait quelconque peuvent parfois symboliser une manifestation de volonté et par voie de conséquence révéler une certaine volonté, sans qu'ils soient normalement et dans la règle propres à exprimer une volonté et même, sans qu'ils aient pour but de porter à la connaissance de l'intéressé la volonté de leur auteur. En pareils cas, on parle de manifestations tacites de volonté et d'actes concluants. La manifestation tacite de volonté peut même s'induire, nous le verrons plus loin, d'un comportement passif ou d'une attitude neutre tel que le silence¹.

L'art. 193 CC ir. déclare notamment : « La manifestation de volonté peut se produire par un acte révélant, d'une manière non équivoque, la volonté des parties et leur consentement, sauf dans les cas exceptés par la loi. » La volonté peut donc être manifestée d'une façon implicite, aussi bien que d'une manière explicite ou expresse *eadem vis est taciti atque expressi consensus*. Cependant, le législateur iranien exige parfois une manifestation expresse, en raison de l'importance particulière de certains actes, par exemple : en matière de mariage (art. 1062 CC ir.)²; en cas de répudiation de succession (art. 249 de la loi du 2 tir 1319), etc. Cette nécessité exceptionnelle de la forme expresse de la manifestation de volonté se rencontre également aux art. 214, al. 3 ; 459, al. 2 ; 481, al. 3, etc. du Code suisse des obligations et aux articles 927, 932, etc. du Code civil français.

¹ Le silence peut acquérir, par la force de la loi ou de l'usage, la valeur d'une manifestation de volonté.

² En matière de mariage, le Code civil iranien exige à l'art. 1062 non seulement que la volonté des parties soit exprimée expressément, mais encore verbalement. Cependant, l'art. 1066 du même Code ajoute : « Lorsque l'une des parties ou toutes les deux sont sourdes-muettes, tout signe constatant d'une façon non équivoque la volonté de conclure sera suffisant. »

La volonté peut enfin s'exprimer par un acte aussi bien que par une omission.

Une doctrine plus récente estime préférable de faire autrement la distinction¹. « On distingue en général, disent A. Colin et H. Capitant, la manifestation expresse et la manifestation tacite. Mais il nous paraît préférable de distinguer la « manifestation directe » et la « manifestation indirecte » de volonté.

» La manifestation directe est celle qui est faite en vue de la conclusion même du contrat. Le déclarant dit ce qu'il veut dire, soit oralement, soit non oralement. Nous citons comme exemples de déclarations directes non orales le fait d'envoyer des marchandises commandées, le geste de celui qui, dans une vente aux enchères, fait signe de la tête au crieur, pour montrer qu'il augmente son enchère ; de même enfin, l'acte du donateur qui donne de la main à la main.

» Les déclarations ou les manifestations indirectes sont celles qui résultent d'actes poursuivant un but différent, mais laissant apercevoir d'une façon non douteuse la volonté de l'individu. Il en est ainsi de l'acceptation tacite de la succession résultant de la vente par l'héritier des biens héréditaires. »². Cette nouvelle distinction, croyons-nous, n'a rien de neuf, elle se base, en effet, sur la distinction classique de la manifestation expresse et la manifestation tacite de volonté.

Savoir si un acte ou une attitude peut être considéré, en raison des circonstances, comme une manifestation de volonté ou non, constitue un problème souvent compliqué, dont la solution dépend, à défaut d'une présomption légale, de l'appréciation et de la prudence du juge.

En droit iranien, comme dans tous les droits modernes, il n'existe pas de termes sacramentels, tel qu'il en existait en droit romain pour les contrats *verbis*, et en droit islamique (chiïte) à l'époque du formalisme verbal. Cependant, le législateur iranien exige, à titre exceptionnel, l'emploi de termes sacramentels pour la déclaration de divorce (art. 1134 CC ir.). C'est peut-être dans l'intention de faire réfléchir les époux et de mettre obstacle aux décisions prises à la légère (décla-

¹ Paul Esmein, op. cit., p. 112.

² A. Colin et H. Capitant, op. cit., tome II, p. 274.

rations faites *ab irato*) et aux divorces inconsiderés. Ainsi, ce formalisme, nettement anachronique dans un code moderne, pourrait se justifier par des considérations sociales.

En droit romain, les paroles rituelles et les termes sacramentels constituaient l'élément formel des contrats *verbis* (*jusjurandum liberti, dotis dictio, stipulatio*), particulièrement de la *stipulatio*¹. La formation de celle-ci exigeait non seulement les déclarations verbales des parties, mais encore l'emploi des termes rituels dans l'ordre suivant : une interrogation du futur créancier (*spondesne ? promittisne ? fidepromittisne ?*) immédiatement suivie d'une réponse du futur débiteur, tout en ayant le même contenu que l'interrogation (*spondeo ; promitto ; fidepromitto*)². Il convient de mentionner que la formule *spondesne ? spondeo* était propre aux seuls citoyens de Rome (*propria civium Romanorum*)³. *Verbis obligatio, Gaius dixit, fit ex interrogatione et responsione, uelut DARI SPONDES ? SPONDEO, DABIS ? DABO, PROMITTIS ? PROMITTO, FIDEPROMITTIS ? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES ? FIDEIVBEO, FACIES ? FACIAM. Sed haec quidem uerborum obligatio DARI SPONDES ? SPONDEO propria ciuium Romanorum est ; ceterae uero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, siue ciues Romanos siue peregrinos ualent*⁴.

La nécessité de la succession immédiate de l'offre et de l'acceptation, dans les contrats *verbis*, excluait la possibilité de conclure entre absents. *Uerborum obligatio inter absentes fieri non possit, ou uerborum obligatio cum absente contrahi non possit*⁵.

¹ P. Huvelin, op. cit., tome II, p. 50.

² Voir R. Monier, op. cit., tome II, p. 91.

³ P. F. Girard, op. cit., *Obligation*, titre I^{er}, ch. II, section II.

⁴ Gaius, *Institutiones*, III, 92.

« La nécessité de paroles solennelles paraît, en effet, avoir subsisté théoriquement jusqu'à une importante constitution de l'empereur Léon de l'année 472 après J.-C. qui dispensa de l'emploi des termes rituels et permit d'employer des paroles quelconques, pourvu qu'elles expriment clairement la volonté des parties. » (R. Monier, op. cit., tome II, p. 93.)

⁵ Gaius, *Institutiones*, III, 136 et 138.

« Il semble que l'on doive attribuer à Justinien la disposition en vertu de laquelle la stipulation ne serait plus viciée par l'existence d'un intervalle entre la demande et la réponse. » (R. Monier, op. cit., tome II, p. 93.)

LA MANIFESTATION DE VOLONTÉ EN DROIT ISLAMIQUE (CHIIT)

En droit islamique, jusqu'au deuxième siècle de l'ère musulmane, il n'existait aucun formalisme dans l'expression de la volonté. Celle-ci pouvait s'extérioriser par n'importe quel moyen susceptible de manifester une volonté. Autrement dit, l'esprit du consensualisme (« les actes dépendent des volontés ») régnait d'une manière absolue dans le domaine des actes juridiques. C'est à partir du deuxième siècle du Hidjrat, surtout à l'époque des Abbassides, qu'un formalisme plutôt verbal, essentiellement étranger à l'esprit de l'Islam et curieusement ressemblant à celui du droit romain, commence à s'introduire dans le droit islamique. Ce formalisme verbal s'est maintenu dans la tradition du droit iranien, jusqu'à l'adoption du Code civil.

Selon les jurisconsultes formalistes, une volonté, pour être valable, doit se manifester verbalement. C'est par les paroles, disaient-ils, qu'on peut connaître d'une façon certaine la volonté de son auteur ; une manifestation tacite, un acte quelconque, bien qu'il soit entouré de circonstances révélant la présence d'une certaine volonté, et même les signes et les gestes de nature à déclarer une volonté ne présentent, en principe, aucune valeur juridique. Cependant l'unanimité des auteurs formalistes admettait que, toutes les fois qu'une personne se trouve dans l'impossibilité de s'exprimer verbalement (sourds-muets), les signes et les gestes peuvent remplacer les paroles. C'était là un tempérament porté au formalisme verbal. Il convient ici de signaler qu'en droit romain la possibilité de conclure un contrat *verbis* était exclue pour les sourds-muets. Prenons le texte du *Digeste*, qui en témoigne : *Stipulatio non potest confici nisi utro que loquente : et ideo neque mutus neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt : nec absens, quidem, quoniam exaudire invicem debent*¹.

Dans un ouvrage intitulé *Charaye* (en arabe), Mohaghegb, l'un des plus grands jurisconsultes formalistes, définit le contrat de vente

¹ *Les Cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, livre quarante-cinquième.

comme suit : « Le contrat de vente consiste en une *parole* constatant le transfert de la propriété d'une chose, d'une personne à l'autre, en échange d'un prix déterminé. L'échange matériel (la tradition et l'entrée en possession) n'est pas suffisant pour la formation du contrat, sans l'intervention des paroles, même lorsque les circonstances révèlent, d'une manière non équivoque, la volonté des parties ; peu importe que le contrat ait un objet considérable ou non. »¹ (Nous avons déjà mentionné pourquoi les auteurs islamiques évitaient de donner une définition générale du contrat et définissaient séparément chacun des contrats traditionnels.) Ainsi la conception du contrat qui se fondait au début de l'Islam sur la volonté (les contrats dépendent des volontés) allait se confondre, chez les auteurs formalistes, avec des paroles consacrées.

Ce formalisme verbal s'est d'autant plus développé en droit chiite que certains auteurs, entre autres Chahid II et Mohaghegh II, allaient jusqu'à dire que les paroles (les termes de la déclaration de volonté) devaient être prononcées en arabe, cette langue étant considérée comme la langue solennelle du droit islamique (langue du législateur) et que les verbes devaient être nécessairement employés au passé (je t'ai vendu, je l'ai accepté). Enfin, l'importance attachée aux paroles amenait certains auteurs formalistes à préférer les preuves testimoniales aux preuves écrites. Mais, d'une manière générale, les juriconsultes chiites n'exigeaient l'intervention de la langue arabe et l'emploi des termes solennels que lorsqu'un acte présentait une importance juridique et sociale particulière, par exemple : le mariage, la déclaration de divorce, etc. En ce qui concerne la déclaration de divorce, presque l'unanimité des auteurs exigeait l'emploi des termes solennels prononcés en arabe ; tandis qu'en matière de mariage il y avait controverse. D'après certains auteurs, dont Ibne Hamze, les époux peuvent déclarer leur volonté de se marier dans n'importe quelle langue. Toutefois l'intervention de la langue arabe et l'emploi des paroles rituelles étaient recommandés par la grande majorité des juriconsultes, dans le mariage. A l'heure actuelle,

¹ Mohaghegh, *Charaye* (Ketab-o-Tédjarat), chap. II, édition arabe.

quoique le Code civil iranien considère le mariage comme un acte essentiellement civil et n'exige à cet effet aucune formule sacramentelle, les croyants, pour satisfaire leur conscience religieuse, déclarent cependant leur volonté de se marier dans des termes sacrés, par l'intermédiaire de l'autorité religieuse (un ou deux prêtres représentent les parties dans le contrat de mariage).

Le formalisme verbal, théoriquement dominant pendant toute la période précédant l'adoption du Code civil iranien, a subi de grandes atténuations dans la pratique. La question longtemps débattue était de savoir si un échange matériel « moatat », particulièrement fréquent dans l'usage de la vie quotidienne, suffisait à la formation du contrat (vous allez, par exemple, devant un kiosque à journaux, vous mettez quelques centimes sur le comptoir et vous prenez un journal ; le contrat de vente est ainsi conclu entre vous et le vendeur de journaux, sans prononcer un seul mot, par un simple échange matériel).

Que faut-il entendre par le « moatat » ? Cette expression peut se traduire par tout échange matériel ou plutôt par tout acte constatant d'une manière non douteuse la présence d'une volonté juridique. Les jurisconsultes chiites ont été progressivement amenés, pour des raisons pratiques, à reconnaître au « moatat » une certaine valeur juridique. Cette évolution commence par une doctrine suivant laquelle la volonté déclarée par un acte matériel n'est pas nulle, mais elle est révocable. Ainsi, les contrats passés dans la forme du « moatat » ne sont pas non avendus, mais ils ont un caractère facultatif, de sorte que chacune des parties peut s'en départir par sa seule déclaration de volonté. Cette doctrine, peu conforme à la sécurité transactionnelle, pouvait porter un coup considérable au formalisme verbal. D'autre part, un nombre très limité d'auteurs estimait que le « moatat » peut seulement justifier la possession, sans pouvoir réaliser le transfert de la propriété. Cette opinion avait toutefois peu de crédit auprès de la majorité des jurisconsultes. Enfin, les auteurs plus récents reconnaissent la pleine valeur du « moatat », dans tous les cas où il était admis par la coutume et par l'usage en affaire, sauf en cas de mariage et de déclaration de divorce où l'unanimité des juristes, même les plus récents, écartait l'application du « moatat ».

Signalons que l'idée de formalisme en droit islamique n'a jamais été aussi poussée qu'en droit romain. Le souci des juristes islamiques était, en réalité, de découvrir la réelle volonté des parties. Ils croyaient que la parole est le meilleur moyen d'exprimer la volonté interne. Cette diligence exagérée dans la recherche de la volonté réelle a amené, de la sorte, les juristes islamiques à un formalisme verbal. C'est ainsi que, même après avoir accepté l'application du « moatat », quelques auteurs ayant la conscience juridique très délicate déclaraient révoquant tout acte conclu par le « moatat ».

Le Code civil iranien reconnaît implicitement à l'art. 192, relatif à la manifestation de volonté, la valeur juridique du « moatat ». Cependant, pour prévenir toute hésitation, il ajoute à l'art. 339, al. 2, en matière de vente que le contrat peut être conclu par le « moatat » (l'échange de l'objet et du prix).

LE SILENCE

Le silence en soi est une attitude neutre n'ayant aucune signification juridique précise ; il ne peut donc être considéré, dans la règle, comme l'équivalent d'une manifestation de volonté. Ainsi, l'adage courant de droit canonique, *qui tacet consentire videtur*, ne saurait avoir la valeur d'un principe juridique.

Cependant, le silence peut être interprété comme une manifestation de volonté créatrice d'obligation toutes les fois que cette pré-

somption est énoncée par la loi ou justifiée par la nature spéciale de l'affaire ou par les circonstances¹. L'art. 6 du Code suisse des obligations confirme ce point de vue de la manière suivante : « Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu, si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable. »²

LE SILENCE CRÉATEUR D'OBLIGATION. — Le législateur confère parfois au silence un certain effet juridique. « Partout où la loi dispose sauf stipulation contraire, le silence vaut adhésion à la règle légale. Prolongée pendant un certain temps, l'abstention est à la base de la prescription extinctive et de nombreuses déchéances de droits ou de facultés. »³ Selon l'art. 395 CO relatif à la formation du contrat de mandat, le mandataire de profession est réputé avoir accepté, à moins d'un refus ayant suivi immédiatement la réception de l'offre. Voir également en ce sens l'art. 663 du Code civil allemand qui assimile le silence du mandataire à une acceptation. Selon l'art. 2 de la Loi suisse sur le contrat d'assurance, prolongé jusqu'à l'expiration du délai légal, le silence de l'assureur à l'égard de la proposition de prolonger ou de modifier un contrat d'assurance ou encore de remettre en vigueur un contrat suspendu est interprété par le législateur

¹ A. Martin, op. cit., p. 17.

² « Les textes eux-mêmes montrent déjà que cet article constitue une exception et qu'en principe l'acceptation ne saurait découler du silence, mais qu'elle exige de la part du destinataire de l'offre un acte positif. L'article 6 évoque le cas particulier résultant de la « nature spéciale de l'affaire » ou des « circonstances ».

» Les art. 3, al. 2 ; 4, al. 1 ; 5, al. I et 3, et l'art. 9 traitent de l'acceptation qui « parvient », qui « a lieu immédiatement », de la réponse qui « parvient », « arrive » et « est communiquée », ce qui implique toujours, soit des paroles, soit une notification écrite. D'autre part, une fois passé le moment où il pouvait s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps, l'auteur de l'offre cesse d'être lié (art. 5), ce qui signifie que, loin d'avoir la vertu de conclure le contrat, le silence du destinataire éteint, au bout d'un certain temps, le droit de celui-ci de rendre le contrat parfait. Telle est la norme générale. » (R. Secrétan, *Journal des Tribunaux*, 1946, p. 237 et suivantes.)

³ P. Esmein, op. cit., p. 116.

Voir également à ce sujet R. Demogue, op. cit., tome I^{er}, p. 300, n° 186.

suisse comme une acceptation¹. Tandis que, conformément à l'art. 1^{er} de ladite loi, le silence gardé à l'offre de conclure un contrat d'assurance est considéré comme un refus : « Le proposant est dégagé si l'acceptation de l'assureur ne lui parvient pas avant l'expiration du délai. »

En droit français, le plus caractéristique des cas où la loi confère au silence la valeur d'une adhésion est celui de la « tacite reconduction » du bail². (Voir également art. 268 et 292 CO.)

Enfin, dans un cas déterminé, le silence peut avoir deux significations juridiques opposées, dans deux systèmes juridiques différents. En matière de disposition désignant l'exécuteur testamentaire, l'art. 2202 CC allemand assimile, par exemple le silence de la personne désignée, une fois le délai imparti écoulé, au refus de ses fonctions³. Tandis que, dans le même cas, l'art. 517 CC suisse considère le silence des exécuteurs testamentaires comme une acceptation : « Leur silence équivalant à une acceptation. »

En l'absence d'une présomption légale, les usages établis en affaires

¹ L'art. 2 de la Loi suisse sur le contrat d'assurance déclare : « Est considérée comme acceptée la proposition de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les quatorze jours après qu'elle lui est parvenue. »

» Lorsqu'un examen médical est exigé par les conditions générales de l'assurance, la proposition est considérée comme acceptée, si l'assureur ne la refuse pas dans les quatre semaines après qu'elle lui est parvenue.

» Cette règle ne s'applique pas à la proposition d'augmenter la somme assurée. »

² Voir art. 1738 CC français : « Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail, dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit. » De même l'art. 1759 CC français : « Si le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance après l'expiration du bail par écrit, sans opposition de la part du bailleur, il sera censé les occuper aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne pourra plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux. »

³ L'art. 2202, al. 2, CC allemand prescrit ce qui suit : « Le tribunal de la succession peut, sur la demande d'un des participants, impartir un délai à l'exécuteur nommé, pour faire sa déclaration au sujet de son acceptation. A l'expiration de ce délai, on considère qu'il a refusé ces fonctions s'il ne les a pas auparavant acceptées. » (Code civil allemand, traduction de l'Office de la législation étrangère et de Droit international, Paris 1929.)

sont d'autre part des sources très importantes pour interpréter le silence. La pratique consacrée par l'usage admet, par exemple, que dans les relations commerciales suivies, une offre qui n'a pas été refusée est tenue, d'une manière générale, pour acceptée.

La signification juridique attribuée au silence peut également résulter soit d'un accord antérieur entre les parties, soit de pratiques longtemps suivies par les personnes intéressées (interprétation subjective).

Enfin, le silence équivaut à une adhésion ou à une ratification dans tous les cas où la bonne foi aurait exigé une protestation ou un refus exprès. Guhl dit notamment, en matière de représentation : « Je confère tacitement un pouvoir à celui que je vois signer un contrat pour mon compte, si je n'élève aucune protestation. »¹

La question se pose également de savoir s'il existe une obligation juridique de parler ou de répondre pour le destinataire de l'offre². D'une manière générale, il n'y a aucune obligation juridique de répondre pour celui qui reçoit une proposition. Il existe un principe disant que : « Personne n'est obligé de répondre à des questions qu'il n'a pas provoquées. »³ Les clauses insérées dans l'offre, tel que : « A défaut d'une réponse dans tel ou tel délai vous serez considéré comme ayant accepté », n'ont donc aucune valeur juridique. « En principe, d'ailleurs, dès que le refus ne peut être donné sans perte de temps, même minime et sans frais, l'offre non acceptée doit être tenue pour refusée. »⁴ Toutefois, une telle obligation s'impose lorsque la loi ou la bonne foi exigent une protestation expresse ou lorsque le silence serait contraire à l'usage commercial. « L'idée dominante, dit Secrétan, est l'obligation du destinataire d'agir selon les

¹ T. Guhl, op. cit., § 19.

² Voir R. Demogue, op. cit., tome I^{er}, p. 301.

³ A. von Tuhr, op. cit., § 21.

⁴ « En particulier, dans le cas de marchandises non commandées envoyées à l'examen, le silence ne vaudra pas acceptation. Celui qui a reçu des objets qu'il n'avait pas demandés, n'est nullement obligé de les renvoyer, ni même de refuser par lettre l'offre qui lui est faite. Il peut se contenter de garder le silence ; ce silence ne vaudra pas acceptation, alors même que le sollicitant aurait déclaré qu'à défaut de retour de la marchandise dans un certain délai, elle serait tenue pour acceptée. » (R. Secrétan, *Journal des tribunaux*, 1946, p. 237 et suivantes.)

règles de la bonne foi et de la loyauté en affaires. Le silence vaut acceptation lorsque ces principes commandaient une protestation de la part de celui qui ne s'estimait pas lié et n'entendait pas s'engager. »

Les nécessités pratiques imposent surtout l'obligation de répondre à des personnes qui reçoivent continuellement des offres ; autrement dit, à des personnes qui s'occupent d'une manière notoire de certaines affaires. Comme nous le montre l'art. 663 CC allemand : « Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat... »¹ C'est pourquoi certains auteurs anciens allaient jusqu'à dire que la seule qualité de commerçant chez le destinataire suffit pour qu'il soit obligé de répondre à toutes les propositions qui lui ont été faites².

La conception doctrinale en matière de silence n'a pas été favorablement accueillie par les rédacteurs du Code civil iracien. Ce dernier ne donne, en principe, aucune valeur juridique au silence. Citons à ce propos quelques articles. En matière de convention ayant pour objet le bien d'autrui (la représentation sans pouvoir), l'art. 245 CC ir. déclare : « Le silence du propriétaire, même lorsqu'il est présent lors de la conclusion du contrat, n'emporte pas ratification. » Selon l'art. 833, al. 2, CC ir., en matière de dispositions testamentaires tendant au transfert de la propriété, le légataire qui garde le silence sera contraint par l'autorité, à la demande des héritiers, de prendre une décision (l'acceptation ou la répudiation). Le silence ou l'inaction du légataire n'avait donc aucune signification juridique aux yeux du législateur iranien. Contrairement au Code civil allemand, art. 663, et au Code suisse des obligations, art. 395, le Code civil iranien ne donne, en aucun cas, au silence du mandataire l'effet d'une acceptation. Les présomptions établies par les art. 1738 et 1759 CC français, ainsi que par les art. 268 et 292 CO, relatifs au contrat du bail, ne sont d'ailleurs pas admises en droit iranien. Lorsqu'à l'expiration du terme le preneur reste en jouissance, le silence du bailleur ne constitue pas une « tacite reconduction ».

¹ « Quiconque est publiquement institué ou s'est publiquement offert pour s'occuper de certaines affaires... »

² Voir P. Esmein, op. cit., p. 121.

D'une manière générale, le silence, dans le Code civil iranien, se traduit par un refus plutôt que par une adhésion. Le législateur iranien qui venait de se dégager du formalisme verbal n'a pas pu aller très loin dans la voie du consensualisme et se montrer, par conséquent, très large à l'égard du silence. Nous pouvons cependant signaler certains articles dans lesquels le Code civil iranien rattache très timidement, il est vrai, des effets juridiques au silence : Voir les art. 420, 440, 515, 830, 1162, 1163, etc.

C'est dans la loi du 2 tir 1319, art. 250 et 259, que, après avoir hésité pendant un certain temps à se prononcer à l'égard du silence, le législateur iranien interpréta comme une acceptation de la succession le silence gardé par l'héritier pendant un délai déterminé.

Il convient finalement de mentionner qu'à défaut de présomptions légales, des usages admis en affaires et enfin des circonstances particulières autorisant le juge à interpréter le silence dans le sens d'une certaine déclaration de volonté, le silence en soi correspond davantage à un refus qu'à une acceptation. Le principe serait donc « *qui tacet consentire NON videtur* ».

CHAPITRE II

LES PRÉSUMPTIONS

Dans le domaine des actes juridiques, notamment des contrats, les présomptions, soit légales, soit du fait de l'homme, présentent une importance particulière lorsqu'il s'agit de suppléer à la volonté des parties ou, d'une manière générale, d'interpréter une volonté non expresse.

Les présomptions ou les preuves circonstanciées se définissent, selon l'art. 1321 CC ir. et l'art. 1349 CC français, comme les conséquences que la loi ou le juge tirent d'un fait connu (*factum probans*), (indice)¹ pour découvrir un fait inconnu (*factum probandum*). C'est donc là une « anticipation du jugement » sur une réalité contestée ou insuffisamment connue. La notion de la présomption, soit établie par la loi, soit du fait du magistrat, repose sur l'idée de probabilité sans se confondre cependant avec celle-ci ; car toute présomption implique une décision de la part de son auteur qui choisit une des hypothèses probables à l'exclusion des autres (acte de volonté). C'est pourquoi

¹ Les auteurs anciens parlaient de *signa* ou *indica*, termes qui se traduisent dans les Codes napoléoniens et enfin dans les ouvrages modernes par « indice », tandis que la doctrine anglaise parle de « circumstantial evidence ».

on distingue dans une présomption un double élément : la probabilité et la volonté ¹.

Le Code civil iranien, ainsi que le Code civil français font une distinction entre la présomption légale (*praesumptio juris*) et la présomption du fait de l'homme (*praesumptio hominis*).

PRAESUMPTIO JURIS. — Les présomptions légales sont des raisonnements effectués par le législateur à l'aide d'une déduction qui est d'ailleurs basée sur l'expérience de la vie et sur le *de eo quod plerumque fit*. Exemples : les règles supplétives de la volonté des parties, les règles interprétatives, etc. Ainsi, toutes les fois que la loi attribue au silence une certaine signification juridique, ou pose des règles pour interpréter une volonté non expresse, il s'agit d'une présomption légale. En présence d'une présomption établie par la loi, le juge perd sa liberté d'appréciation ; il doit la tenir pour vraie, tant qu'une preuve contraire n'a pas été fournie. *Praesumptio juris tantum, Menochius dixit, non pendet a iudicis voluntate, cum et ipsa jam fit a lege firmata et constabilita* ². Selon l'art. 1322 CC ir., les présomptions ont, dans tous les cas, une valeur déterminante à moins que le contraire n'ait été prouvé.

En opposition aux présomptions légales simples ou relatives (*praesumptio juris tantum*) qui cèdent devant toute preuve contraire, il existe toutefois des présomptions légales dites absolues (*praesumptio juris et de jure*) qui sont irréfragables. *Judicis voluntas nulla est nullum arbitrium circa praesumptionem juris et de jure* ³. Une telle présomption ne peut être détruite par une preuve contraire. « Nulle preuve n'est admise », dit l'art. 1352 CC français. « Dans la présomption irréfragable, dit Decottignies, l'interdiction de la preuve contraire montre l'importance que le législateur attache à l'interprétation qu'il donne des faits. Dans la présomption légale simple, l'anticipation du législateur sur une réalité trop peu connue s'accuse moins nettement :

¹ Voir Roger Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, p. 24 et suivantes. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1950.

² Menochius, *De praesumptionibus*, Genavae MDCLXXXVI, tomus primus, liber I, quaestio XLIV, p. 58.

³ Menochius, op. cit., liber primus, quaestio XLIV.

la présomption tolère la preuve contraire et devra s'adapter à la réalité des faits. »¹ Les présomptions légales soit *juris tantum*, soit *juris et de jure* ne correspondent pas toujours et nécessairement à la réalité des choses. Le législateur interprète par exemple une certaine attitude comme une déclaration de volonté ayant un contenu déterminé, sans s'inquiéter de savoir si cette interprétation correspond à la réalité des faits ou non² (interprétation *a priori*).

PRAESUMPTIO HOMINIS. — En l'absence de présomption légale, on laisse au magistrat le soin de rechercher une volonté non expresse. Les présomptions du fait de l'homme sont donc celles qui sont abandonnées à la prudence et à l'appréciation du juge (*praesumptio hominis vere pendet ab arbitrio et voluntate judicis*). Celui-ci, pour passer du *factum probans* au *factum probandum*, tient compte du cours normal des choses, des circonstances et enfin des usages consacrés par la pratique.

Une présomption est donc légale ou du fait de l'homme suivant qu'elle est dictée par la loi ou qu'elle est l'œuvre du magistrat. Bien que le procédé de raisonnement soit le même, les présomptions légales gardent cependant une supériorité sur les présomptions du fait du juge. « En fait de présomption, dit Montesquieu, celle de la loi vaut mieux que celle de l'homme... ; lorsque le juge présume, les jugements deviennent arbitraires ; lorsque la loi présume, elle donne au juge une règle fixe. »³ Cette conception, favorablement accueillie en droit iranien (cela, peut-être, pour des raisons sociales), est en réalité contraire au principe de la libre appréciation et de l'intime conviction du juge, principe apprécié par la doctrine moderne. Les présomptions légales, comme nous l'avons déjà mentionné, présentent d'ailleurs un caractère *a priori*, ou abstrait, tandis que les présomptions du fait du magistrat impliquent un examen *a fortiori* des circonstances et une appréciation concrète des indices et elles varient selon les espèces.

¹ Roger Decottignies, *op. cit.*, p. 183.

² A. von Tuhr, *op. cit.*, § 21.

³ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, édition corrigée par l'auteur, Genève 1749, tome III, livre 29, chap. 16, p. 215.

SEPTIÈME PARTIE

LA CONCLUSION DU CONTRAT

CHAPITRE PREMIER

LA CONCLUSION DU CONTRAT

LES PRÉLIMINAIRES DU CONTRAT. — En droit, la formation du contrat se produit par le simple accord des déclarations de volonté de deux ou de plusieurs sujets de droit. Mais en pratique, pour réaliser cet accord, les parties entrent en pourparlers et discutent librement sur l'objet et les modalités du contrat (à l'exception des contrats dits d'adhésion dans lesquels la partie économiquement forte impose d'avance toute une série de stipulations, alors que l'autre partie n'a qu'à déclarer simplement son adhésion sans discuter les conditions du contrat). Autrement dit, la déclaration d'offre ne marque pas toujours le premier contact entre les contractants. C'est en principe après les pourparlers que les parties se déterminent à conclure ; l'une prend l'initiative de formuler une offre définitive et l'autre l'accepte. Comme le dit le Code civil iranien aux termes de l'art. 339, al. 1, en matière de vente : « Après l'accord du vendeur et de l'acheteur sur l'objet et le prix, le contrat de vente se forme par l'offre et l'acceptation. » Ces préliminaires, dit Théo Guhl, « ne sont pas sans importance juridique. D'une manière générale, ils obligent réciproquement les parties à un comportement conforme à la bonne foi. Et chacune doit donner connaissance à l'autre des faits qui importent à cette dernière, s'ils ne lui sont pas directement reconnaissables ». Autre-

ment dit, les pourparlers antérieurs à la conclusion du contrat engendrent entre les parties un rapport juridique dont découle l'obligation ou, mieux, le devoir de se conformer, durant les négociations, aux règles de la bonne foi. C'est dans le même esprit que le Code civil italien déclare à son art. 1337 : « Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede. »¹ La violation de ce devoir constitue une *culpa in contrahendo* donnant naissance, au profit du lésé, à une prétention en dommages-intérêts², même dans le cas où les négociations n'ont pas abouti à la conclusion d'un contrat valable³ (théorie de la *culpa in contrahendo* de von Ihering)⁴. La victime d'une *culpa in contrahendo* peut réclamer la réparation des dommages éprouvés par suite des frais engagés en vue de la formation du contrat ou par suite des occasions manquées.

Il importe ici de citer un arrêt récent et important du Tribunal fédéral du 6 juin 1951 en la cause Meyer contre Ville de Neuchâtel (RO 77 II 135) : « A la suite de la doctrine allemande et de la jurisprudence du Tribunal d'empire allemand, qui ont adopté et développé les idées exprimées par Ihering (*culpa in contrahendo*, *Iherings Jahrbücher*, 1861, tome IV, p. 1 et suivantes), la pratique des tribunaux suisses a reconnu aussi la cause de responsabilité dérivant de la *culpa in contrahendo*. Selon les principes aujourd'hui communément admis en Allemagne et en Suisse, les pourparlers des parties créent entre elles, dès avant la conclusion du contrat, un rapport juridique qui donne naissance à certaines obligations de diligence, notamment

¹ Voir notamment Francesco Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1948, p. 173 et suivantes.

² T. Guhl, op. cit., § 13. Selon l'exemple donné par T. Guhl, une *culpa in contrahendo* se rencontre « lorsqu'une banque donne, lors des pourparlers relatifs à la constitution d'un carnet d'épargne, des indications erronées au sujet du privilège reconnu à ces carnets par l'art. 15, al. 2, de la Loi fédérale sur les banques ».

³ A. von Tuhr, § 24.

⁴ La théorie de la *culpa in contrahendo* a été exprimée par Rudolf von Ihering, dans un article paru dans les *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1861, pp. 1 à 113 et traduit en français par O. de Meulenaere, dans les *Oeuvres choisies de von Ihering*, tome II, pp. 1 à 100. Voir l'arrêt du Tribunal fédéral au RO. 77 II, 135.

l'obligation pour chaque partie de renseigner, dans une certaine mesure, l'autre partie sur les circonstances qui peuvent avoir une influence sur sa décision de conclure le contrat et de le conclure à certaines conditions. La violation de ces obligations fonde le droit à des dommages-intérêts... La responsabilité pour l'attitude adoptée dans les pourparlers s'applique non seulement lorsque ceux-ci ont abouti à la conclusion d'un contrat, fût-ce d'un contrat nul, mais aussi dans le cas où les parties n'ont pas du tout conclu... »

En matière de contrat ayant pour objet la chose d'autrui (représentation sans pouvoir), la prétention en dommages-intérêts accordée par le Code civil iranien à l'acheteur de bonne foi, lorsque le propriétaire de la chose ne ratifie pas le contrat, serait issue d'une *culpa in contrahendo*. L'art. 263 CC ir. dit notamment : « Lorsque le propriétaire ne ratifie pas le contrat, et que l'acheteur a ignoré, lors de la conclusion, l'absence de pouvoir, ce dernier a le droit de réclamer au vendeur de la chose la restitution du prix et la réparation des dommages résultant de l'invalidité du contrat. » La responsabilité du vendeur, prévue à l'art. 390 et suivants du Code civil iranien, résulte également d'une *culpa in contrahendo* donnant naissance au profit de l'acheteur de bonne foi à une prétention en dommages-intérêts. Selon l'art. 390 CC ir., en cas d'éviction soit totale, soit partielle, le vendeur est responsable alors même que la garantie n'a pas été expressément stipulée.

La rupture des négociations ne constitue pas en principe une *culpa* ; chacune des parties peut librement rompre les pourparlers à moins que ceux-ci n'aient été engagés dans l'intention de les rompre et par conséquent d'occasionner des dommages au détriment de l'autre partie. Autrement dit, il y aura responsabilité lorsque la rupture des pourparlers présente, d'après les usages commerciaux, un caractère déloyal (rupture déloyale ou arbitraire) ; sinon, celui qui, après réflexion, renonce à l'affaire proposée, même pour adhérer à une offre plus avantageuse, ne commet pas une *culpa* (rupture légitime) ¹.

¹ P. Esmein, op. cit., p. 155. Selon l'exemple donné par cet auteur, il y aura responsabilité « s'il est établi que l'auteur de la rupture a laissé l'autre partie faire des recherches, travaux ou frais importants alors qu'il n'avait pas sérieusement l'intention de contracter ou que déjà il avait accepté des offres concurrentes ».

La responsabilité résultant de la *culpa in contrahendo*, d'après T. Guhl, « se place à mi-chemin entre la responsabilité contractuelle et aquilienne. Cette culpa, dit-il, doit toutefois être assimilée à la faute contractuelle, notamment en ce qui concerne la responsabilité du fait des auxiliaires et la prescription ».

CHAPITRE II

L'OFFRE ET L'ACCEPTATION

Les déclarations de volonté concordantes et réciproques des parties se traduisent en général par l'offre et l'acceptation. On appelle « offre » la déclaration de volonté de celui qui prend l'initiative du contrat ou, simplement, de celui qui manifeste le premier sa volonté de conclure ; c'est le point de départ de la conclusion. La déclaration de celui à qui l'offre a été adressée (destinataire de l'offre) constitue une acceptation lorsque ce dernier donne son adhésion à l'offre. L'offre ainsi que l'acceptation doivent émaner des personnes capables de s'obliger. Le Code civil iranien emploie les termes « idjab » et « ghabul » pour désigner l'offre et l'acceptation, ces termes sont directement empruntés à la terminologie juridique du droit islamique.

La distinction entre l'offre et l'acceptation est parfois difficile à faire quand il s'agit de contrats conclus ou renouvelés implicitement : par exemple lorsqu'une société simple continue tacitement après l'expiration du temps primitivement convenu.

Contrairement aux Codes civils allemand, suisse et italien, qui contiennent un ensemble de dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation, le Code civil iranien, comme le Code civil français, n'en contient presque aucune. Toutefois le mutisme du Code civil iranien n'empêche pas de résoudre, selon la jurisprudence, selon les règles

générales en matière de déclaration de volonté et enfin selon les solutions proposées par certaines législations modernes, les problèmes qui se posent dans le domaine de l'offre et de l'acceptation ; ceci d'autant plus que la coutume et les usages commerciaux nous offrent des solutions souvent adéquates.

Avant d'aborder la définition de l'offre et de l'acceptation et les conditions auxquelles elles doivent répondre, il convient de préciser encore ici sommairement la notion de la conclusion du contrat en droit islamique, celui-ci apparaissant toujours comme la base essentielle du Code civil iranien.

En droit islamique, la conclusion du contrat dépendait de la coexistence simultanée de deux ou de plusieurs déclarations concordantes de volonté. C'est pourquoi l'espace entre l'offre et l'acceptation devait correspondre à un temps minimum. Les auteurs islamiques, en exigeant la « simultanéité » ou la « succession immédiate » de l'offre et de l'acceptation, n'avaient par conséquent la possibilité juridique de conclure entre absents et la validité des contrats conclus par correspondance. Les motifs amenant la volonté de conclure, disaient-ils, s'étant formés dans des circonstances et dans des conditions actuelles, celles-ci pourraient se modifier d'un moment à l'autre. Ainsi, on ne peut pas exiger du pollicitant de maintenir son offre pour une durée plus ou moins longue. L'ingéniosité des jurisconsultes islamiques avait toutefois trouvé une solution pour parer à cette impossibilité juridique de conclure entre absents : la partie absente n'avait qu'à recourir à un mandataire qui la représentait dans le contrat. Le contrat conclu entre absents, sans intermédiaire d'un mandataire, était donc inconcevable pour les juristes chiites. Enfin, pour interpréter la « succession immédiate » de l'offre et de l'acceptation et pour fixer le temps minimum de réflexion indispensable afin que le destinataire de l'offre prenne sa décision, les juristes se référaient à l'usage en affaires.

En droit romain, contrairement au droit islamique, il n'y avait pas d'empêchements juridiques au contrat entre absents ; le contrat pouvait être valablement conclu par correspondance ou par l'intermédiaire d'un *nuntius*, sans que celui-ci soit considéré comme un représentant (sauf les contrats *verbis*, particulièrement la *stipulatio* où le stipulant et le promettant devaient nécessairement être en pré-

sence l'un de l'autre). Toutefois, l'offre faite à une personne absente n'était pas en principe obligatoire par elle-même ; son auteur pouvait la retirer *ad nutum* tant qu'elle n'avait pas été acceptée¹.

Sauf en matière de mariage, le législateur iranien ne fait aucune allusion à la nécessité de la « succession immédiate » de l'offre et de l'acceptation. C'est à titre exceptionnel qu'il exige à l'art. 1065 CC ir. que, dans le mariage, l'acceptation doit suivre immédiatement l'offre. Cet article ne constitue d'ailleurs pas une règle générale, car la plupart des dispositions légales relatives au mariage, vu l'importance sociale particulière de celui-ci, sont de caractère exceptionnel.

L'OFFRE DE CONTRACTER ET LES CONDITIONS AUXQUELLES ELLE DOIT RÉPONDRE. — L'offre, déclaration de volonté exigeant réception, est une proposition de contracter sur des bases déterminées. En tant que déclaration de volonté, elle n'est en principe soumise à aucune forme particulière. L'art. 339 CC ir. dit notamment à ce sujet : « Après l'accord du vendeur et de l'acheteur sur l'objet et le prix, le contrat de vente se forme par l'offre et l'acceptation. La vente peut aussi se former par la remise de l'objet et le paiement du prix (échange matériel). » Peu importe ainsi que l'offre s'opère par une déclaration (verbale ou écrite) ou par un fait matériel. L'exposition d'une marchandise avec l'indication du prix, dans la vitrine d'un magasin destiné à la vente est considérée, d'une manière générale, comme une offre (art. 7 CO).

L'offre peut être adressée à une personne indéterminée *ad incertam personam*² ou au public *ad publicum*³ aussi bien qu'à une personne déterminée.

Quelles conditions faut-il pour qu'il existe véritablement une offre de contracter ? L'offre pour être valable doit être sérieuse, précise, sans réserve et enfin faite dans l'espoir d'être suivie d'une acceptation

¹ Voir Gaius, *Institutiones*, II, 138. Voir également *Digeste*, liber XLV et R. Monier, op. cit., tome II, p. 79.

² Mise en étalage ou exposition des marchandises avec des étiquettes portant indication du prix ou le fait d'installer des appareils automatiques dans des endroits publics.

³ Par voie d'affiches ou d'annonces dans les journaux.

et d'aboutir à la conclusion du contrat (offre ferme). L'offre de vente faite par exemple sous réserve de variations ultérieures du prix ou accompagnée de réserves tel que « s'il en reste », « sauf manquant », « jusqu'à épuisement du stock », « sans engagement », « sauf vendu » ou d'autres expressions analogues, ne constitue pas une offre véritable¹. Il en est de même lorsque la proposition a été faite par simple plaisanterie (*per jocum ou jocandi causa*). Voir notamment à ce sujet l'art. 118 CC allemand. L'offre doit viser, ainsi qu'il résulte de l'art. 339 CC ir., tous les points essentiels du contrat (*essentialia negotii*), sans aucune réserve sur l'un d'entre eux.

Dans un contrat générateur d'obligation, l'offre peut émaner du futur créancier aussi bien que du futur débiteur².

L'OFFRE IMPLIQUE LA VOLONTÉ DE CONCLURE (*INTENTIO CONTRAHENDI OU ANIMUS CONTRAHENDI*). — Il ne faut pas confondre l'offre proprement dite impliquant la volonté de s'obliger avec la simple invitation d'entrer en pourparlers ou avec la simple sollicitation de faire une offre (*invitatio ad offerendum*). Exemples : l'envoi des prospectus, des tarifs, des catalogues et des autres procédés publicitaires ; ces documents sont en général destinés à provoquer une offre ; ils sont dépourvus de l'*animus obligandi*³. On ne peut d'ailleurs parler d'une véritable offre lorsque son auteur se réserve le droit de révocation au reçu de l'acceptation. Le défaut de l'*animus obligandi* peut résulter des circonstances aussi bien que d'une réserve expresse de l'offrant. Dans une proposition adressée au public, l'intention de ne pas s'obliger se présume lorsque l'affaire proposée ne saurait être conclue qu'avec une seule personne ; il s'agit par exemple d'une chose unique. Cette proposition est loin d'être considérée

¹ L'offre accompagnée d'une réserve tel que « sauf variation des cours », selon R. Demogue, ne cesserait d'obliger que si l'on établissait le changement des cours. (*Traité des obligations*, tome II, p. 154.)

² Fritz Funk, *op. cit.*, art. 3.

³ « En matière d'assurance, bien que les compagnies remettent à qui veut des exemplaires imprimés de leurs polices et de leurs tarifs, on considère que si une personne vient trouver l'agent de la compagnie et lui déclare s'assurer, il y a de sa part sollicitation et non acceptation, de sorte que la compagnie peut refuser le contrat. » (R. Demogue, *Traité des obligations*, tome II, pp. 156 et 157.)

comme une véritable offre ; sinon avec qui le contrat serait-il conclu si plusieurs personnes acceptaient en même temps ? L'art. 7 CO fournit deux exemples (*praesumptio juris tantum*) : « L'auteur de l'offre n'est pas lié s'il a fait à cet égard des réserves expresses, ou si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit de la nature spéciale de l'affaire.

» L'envoi de tarifs, de prix courants, etc. ne constitue pas une offre de contracter. Le fait d'exposer des marchandises avec l'indication du prix est tenu dans la règle pour une offre. »

Enfin, il y a offre de contracter proprement dite lorsque la formation du contrat ne dépend plus que de l'acceptation de son destinataire (les contrats réels et, dans certaines législations, les contrats formels réservés). Il convient ici de mentionner que la mise aux enchères ne saurait être considérée comme une offre ; elle est plutôt une sollicitation d'offre, de sorte que le vendeur ou le commissaire-priseur invitent les personnes assemblées à présenter des offres. Le contrat ainsi conclu est censé fait entre présents ; l'enchérisseur est en conséquence délié si son offre n'est pas acceptée immédiatement après les criées ordinaires ; il est également délié si une surenchère acceptable est faite. Les conditions de l'acceptation peuvent être unilatéralement fixées par l'offrant. C'est l'auteur de l'offre qui prend l'initiative du contrat ; « Il lui est donc loisible, dit von Tuhr, de prescrire dans son offre les modalités de l'acceptation, en particulier, la forme et le délai dans lesquels celle-ci doit intervenir. Il peut également exiger que l'acceptation lui soit adressée à lui-même ou à son représentant ; il a le droit de subordonner l'offre à une condition, comme aussi de faire deux offres de telle manière que l'une ou l'autre seulement peut être acceptée, ou qu'elles ne peuvent l'être l'une sans l'autre. »¹

L'offre, comme tout acte juridique exigeant réception, déploie ses effets dès son arrivée chez le destinataire. Elle peut être retirée avant sa réception, ou avant que son destinataire en ait pris connaissance.

¹ Von Tuhr, op. cit., § 24.

CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE L'OFFRE

Le caractère obligatoire de l'offre repose sur un principe du droit moderne suivant lequel la déclaration unilatérale de volonté suffit à créer, contre son auteur, une obligation juridique. Cette conception, conforme aux exigences de la sécurité des transactions, se fonde d'ailleurs sur cette règle d'équité : *Nemo ex alterius facto praegravari debet*¹, celle-ci se rapprochant du principe islamique de « la-zarar » (non-préjudice), admis en droit iranien, dont nous avons déjà parlé. Ainsi, l'offre en tant que déclaration unilatérale de volonté (acte juridique unilatéral) est obligatoire par elle-même ; elle reste valable et produit régulièrement ses effets, même dans l'éventualité où l'offrant décède avant que sa déclaration parvienne au destinataire. L'héritier du destinataire de l'offre peut l'accepter lorsque celui-ci vient de mourir sans avoir fait une déclaration, à moins que l'*intuitus personae* ne joue un rôle déterminant dans la conclusion du contrat. L'offre faite en considération de la personnalité et de la qualité même du destinataire ne peut être acceptée que par celui-ci. Toutefois, lorsque l'héritier a néanmoins accepté l'offre et que le proposant n'est pas disposé à conclure, en raison du caractère personnel de son offre, il est tenu d'en aviser sans retard l'héritier. La même règle est applicable lorsque le proposant ou le destinataire devient incapable d'exercer des droits, après l'émission de l'offre et avant que celle-ci soit acceptée².

TEMPS PENDANT LEQUEL L'OFFRE EST OBLIGATOIRE

En droit romain, la conclusion d'un contrat était subordonnée à l'adhésion simultanée des parties, ou bien à la coexistence actuelle

¹ Personne ne doit souffrir du fait d'un autre.

² « Le caractère obligatoire de l'offre n'empêche pas l'auteur de celle-ci, tant qu'elle est en suspens, de passer un autre contrat portant sur le même objet. Cependant, comme il en résulterait pour lui des obligations envers deux créanciers dont il ne pourrait satisfaire qu'un seul, il devrait indemniser l'autre. » (A. von Tuhr, tome I, p. 164.)

de deux déclarations de volonté concordantes. La *pollicitatio* non acceptée n'était pas en principe obligatoire par elle-même ; elle ne pouvait donner naissance, contre celui qui l'avait exprimée, à aucune obligation juridique ¹. L'offre faite à une personne absente avait donc un caractère facultatif, de sorte que l'offrant pouvait revenir sur sa décision *ad nutum* et retirer son offre aussi longtemps que l'acceptation ne lui était pas parvenue. Ainsi, « l'acceptant n'était jamais sûr que sa déclaration ferait aboutir le contrat » ².

On peut signaler cependant, en droit romain, des déclarations unilatérales de volonté capables de créer, contre celui de qui elles émanaient, une obligation valable : le *votum*, promesse faite à une divinité, en droit ancien ; la *pollicitatio* ou la promesse faite au profit d'une cité, dans le droit plus récent. Les promesses qu'un citoyen faisait en faveur de sa ville pouvaient être obligatoires : « 1. lorsqu'il avait eu un juste sujet de les faire (*puta*), en considération de quelque magistrature municipale qui lui avait été déferée *ob honorem* ; 2. lorsqu'il avait commencé de les mettre à exécution » ³. Dans le droit de Justinien, toute *pollicitatio* faite à une ville, en vertu d'un motif légitime (*ob aliquam justam causam*), était valable particulièrement lorsqu'un malheur avait frappé la cité ⁴.

En droit islamique (*chiit*), comme nous l'avons déjà dit, la possibilité juridique de conclure entre absents était inconcevable ; la question ne se posait donc qu'en matière d'offre adressée à une personne présente (acceptation immédiate).

En droit moderne, deux éventualités sont à distinguer suivant que le destinataire bénéficie ou non d'un délai d'acceptation.

¹ P. F. Girard, *op. cit.*, p. 458.

² A. von Tuhr, *op. cit.*, § 24.

³ Pothier, *Traité des obligations, nouvelle édition*, Debure, Paris. Rousseau-Moutaud, Orléans, 1768, tome I, p. 10.

La *pollicitatio* faite à une cité pouvait être obligatoire en raison d'un honneur reçu de la ville par celui qui l'avait faite, lorsqu'elle avait pour objet une œuvre déterminée (*opus*), tandis que les autres promesses, surtout celles qui avaient pour objet une somme d'argent (*pecunia*), impliquaient, pour être obligatoires, un commencement de l'exécution.

⁴ P. Huvelin, *op. cit.*, tome II, p. 125. Voir également R. Monier, *op. cit.*, tome II, p. 79.

I. — L'offre destinée soit à une personne présente, soit à une personne absente, stipule un délai pour l'accepter. Selon la conception universellement admise, l'offrant est lié durant le délai fixé ; il est délié si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du terme. Il en est de même lorsque la loi accorde au destinataire un délai de réflexion.

II. — L'offre est faite sans fixation d'un délai d'acceptation. Dans cette éventualité, une sous-distinction doit être faite suivant que l'offre est adressée à une personne présente ou à une personne absente.

1. — L'offre est faite à une personne présente sans fixation d'un délai pour l'accepter. Selon une conception commune, l'offre doit être acceptée immédiatement (adhésion simultanée des parties) : en pareil cas, le caractère obligatoire de l'offre n'a qu'une durée minimum, à savoir le temps de réflexion indispensable afin que le destinataire puisse prendre sa décision.

2. — L'offre est adressée à une personne absente sans que celle-ci soit au bénéfice d'un délai d'acceptation.

a) SYSTÈME FRANÇAIS. — En droit français, une telle offre présente un caractère particulièrement fragile ; elle peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée ; à défaut d'une rétractation, elle est réputée persister pour un temps indéfini¹. Cette conception se rattache à une doctrine classique selon laquelle la déclaration unilatérale de volonté ne saurait lier celui de qui elle émane ; l'offre en tant que déclaration unilatérale de volonté, n'engendre aucune obligation juridique contre son auteur, aussi longtemps qu'elle n'a pas été acceptée ; peu importe même qu'elle soit parvenue au destinataire. Selon Pothier, le célèbre juriste français du XVIII^{me} siècle dont les

¹ « Il n'y a pas d'inconvénient, dit L. Josserand, à la laisser subsister indéfiniment, en principe : elle se retrouve à la merci d'une révocation ou d'un cas de caducité. » (Louis Josserand, op. cit., tome II, p. 27.)

ouvrages, particulièrement le *Traité des obligations*, ont souvent inspiré les rédacteurs du Code civil français : « La pollicitation aux termes du pur Droit naturel ne produit aucune obligation proprement dite, celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire, tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite ; car il ne peut y avoir d'obligation, sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée contre la personne obligée ; or, de même que je ne peux pas par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pas pour l'acquérir ; de même, je ne peux pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse. »¹ Parmi les auteurs plus récents, L. Josserand dit : « L'offre n'engage pas le pollicitant parce qu'on ne conçoit pas qu'une volonté puisse se lier elle-même ; on ne saurait s'engager envers autrui par une déclaration unilatérale de volonté. »² Cependant, on a tenté de justifier, pour des raisons pratiques, le caractère obligatoire de l'offre et ceci au moyen des explications suivantes :

La première explication base le caractère obligatoire de l'offre sur un fondement de nature contractuelle en supposant un avant-contrat (contrat fictif) conclu tacitement entre l'auteur de l'offre et le destinataire par lequel le proposant s'engage à maintenir son offre pendant un certain délai. Selon cette thèse, l'offre comporte une proposition principale qui concerne le contrat même ; et une proposition accessoire par laquelle l'offrant accorde au destinataire un délai de réflexion. Cette dernière proposition est censée acceptée par le destinataire immédiatement après sa prise de connaissance, car celui-ci, par le fait qu'il l'accepte, ne s'engage à rien ; ainsi il n'y a aucune raison qui puisse empêcher le destinataire d'accepter cette proposition accessoire qui est, en effet, tout à son avantage³. Cette fiction juridique, quoique subtile, est, en réalité, un artifice juridique sans fondement⁴.

¹ Pothier, *Traité des obligations*, Paris-Orléans, 1768, tome I, p. 10.

² Louis Josserand, *op. cit.*, tome II, p. 27.

³ A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, tome II, p. 271.

⁴ René Savatier, *Cours de droit civil français*, Paris 1944, tome II, p. 50.

La deuxième explication enseigne que l'offre n'est pas obligatoire par elle-même, c'est le retrait fautif de l'offre qui oblige le proposant et engage sa responsabilité ; autrement dit, cette explication fait dériver l'obligation de l'offrant d'une responsabilité de nature délictuelle¹. Le destinataire de l'offre est donc en droit de réclamer la réparation du préjudice qu'il a éprouvé en comptant sur l'offre ; « mais le mode de réparation le plus adéquat consiste à attribuer au destinataire le bénéfice de l'opération en décidant que, malgré le retrait de l'offre, le contrat a été conclu »².

Enfin, certains auteurs récents se prêtent de plus en plus à reconnaître à l'offre un caractère obligatoire propre à elle-même (*sui generis*). « Il vaut mieux, dit R. Savatier, reconnaître qu'on se trouve ici dans un des cas exceptionnels où une personne est liée par un engagement unilatéral. C'est par sa seule volonté, et avant toute acceptation du délai fixé, que le pollicitant s'oblige à ne pas retirer son offre dans ce délai. »³

La doctrine classique, mal adaptée à la pratique moderne et à la sécurité transactionnelle, devait être tempérée au moyen d'un principe reconnu par la jurisprudence française selon lequel l'offre, lorsqu'elle est accompagnée d'un délai d'acceptation, doit être maintenue jusqu'à l'expiration du terme ; l'offrant cesse d'être lié si l'acceptation ne lui parvient pas en temps utile. Or, la jurisprudence admet qu'il n'est pas nécessaire que le délai de réflexion soit expressément fixé ; il est évident que dans des relations commerciales un délai d'acceptation, dont la durée dépend des circonstances et de l'importance de l'affaire proposée, a été accordée au destinataire. C'est là une manifestation de la notion de l'offre obligatoire qui commence à s'introduire dans la doctrine et dans la jurisprudence françaises⁴.

¹ A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, tome II, p. 271.

² G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit.*, tome II, p. 125. Voir également Paul Esmein, *op. cit.*, p. 151.

³ René Savatier, *op. cit.*, tome II, p. 50.

⁴ Certains auteurs français estiment que l'écoulement de temps fixé met seulement fin à l'irrévocabilité de l'offre, sans cependant toucher son existence juridique ; elle reste valable aussi longtemps que son auteur ne l'a pas retirée.

b) **SYSTÈME ALLEMAND.** — Dans le système juridique allemand, l'offre a un caractère obligatoire propre à elle-même. Elle lie son auteur pendant un délai dont la durée, à défaut d'une fixation expresse, varie suivant les circonstances particulières de chaque espèce, suivant les usages commerciaux et enfin suivant la nature de l'acte à conclure (délai raisonnable). L'art. 145 CC allemand pose la règle dans les termes suivants : « Wer einem anderen die Schliessung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat. »¹

L'offre est obligatoire à partir de sa réception, en principe ; elle tombe de plein droit à l'expiration du délai de validité ou, auparavant, par un refus exprès. L'art. 146 CC allemand confirme ce qui vient d'être dit : « Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird. »² Ainsi, dans le système juridique allemand, le proposant est lié par sa seule déclaration de volonté ; il doit maintenir son offre pendant le délai pour lequel il s'est engagé ; toute révocation formulée durant le délai de validité de l'offre est considérée comme non avenue. L'acceptation arrivée à temps a donc pour effet la conclusion du contrat, même contre le gré de l'offrant. L'acceptation tardive peut être considérée comme une nouvelle offre³.

Dans le cas où l'offre ne stipule aucun délai de réflexion, l'art. 147 CC allemand propose deux solutions suivant que l'offre a lieu entre présents ou entre absents. Dans la première hypothèse : « Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person

¹ « Celui qui propose à un autre de conclure un contrat est lié à l'offre, à moins qu'il ait exclu ce lien obligatoire. » (Code civil allemand, traduction de l'Office de législation étrangère. Paris 1929, art. 145.)

² « L'offre s'éteint lorsqu'elle est rejetée envers l'auteur de l'offre ou qu'elle n'est pas acceptée envers lui en temps utile, conformément aux articles 147 à 149. » (Code civil allemand, traduction sus-indiquée, art. 146.)

³ Voir infra p. 168.

gemachten Antrage.»¹ Dans la seconde hypothèse : « Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwarten darf.»²

Le Code suisse des obligations, en adoptant le système allemand, donne également à l'offre un caractère obligatoire propre, indépendamment de toute acceptation. Il déclare à son art. 3 : « Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, EST LIÉE PAR SON OFFRE jusqu'à l'expiration de ce délai.

» Elle est déliée, si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai. »

En ce qui touche l'offre faite sans fixation de délai de réflexion, le Code suisse des obligations, de même que le Code civil allemand, fait une distinction entre l'offre adressée à une personne présente et l'offre destinée à une personne absente. Dans la première éventualité, l'acceptation doit intervenir immédiatement, la durée de validité de l'offre correspond à un temps minimum. Dans la seconde éventualité, selon l'art. 5 CO : « Lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à une personne non présente, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement.

» Il a le droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps. »

Ainsi les articles 3, 4 et 5 du Code suisse des obligations contiennent des dispositions analogues à celles qui sont énoncées aux articles 145 à 150 du Code civil allemand.

Enfin, le caractère obligatoire de l'offre peut être écarté par son auteur ; celui-ci déclare, d'une manière reconnaissable, qu'il entend ne pas être lié. Cette déclaration peut avoir lieu en même temps que

¹ « L'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée qu'immédiatement. Il en est de même d'une offre faite de personne à personne au moyen du téléphone. » (Code civil allemand, traduction mentionnée, art. 147, al. 1.)

² L'offre faite à une personne absente ne peut être acceptée que jusqu'au moment où l'auteur de l'offre devait, dans les conditions ordinaires, s'attendre à l'arrivée de la réponse. » (Code civil allemand, traduction mentionnée, art. 147, al. 2.)

l'offre ou après, pourvu qu'elle parvienne à la connaissance du destinataire avant la déclaration d'offre. En pareil cas, on est en présence d'une invitation à faire des offres (*invitatio ad offerendum*) plutôt qu'en présence d'une offre véritable : « Ce que le Code civil allemand et le Code suisse des obligations appellent improprement une offre. » (Béguelin, *Fiches juridiques suisses n° 117*). L'absence de l'*animus obligandi* peut d'ailleurs résulter des circonstances ou de la nature spéciale de certaines branches économiques aussi bien que d'une réserve expresse.

L'AUTEUR DE L'OFFRE DÉCÈDE OU DEVIENT INCAPABLE AVANT LA DÉCLARATION D'ACCEPTATION

C'est là l'objet d'une autre opposition entre le système français et le système allemand. En droit français, l'offre est considérée comme personnelle à celui qui l'exprime. Elle tombe, selon la doctrine et la jurisprudence, lorsque, avant la déclaration d'acceptation, son auteur décède ou devient incapable d'exercer ses droits. Cette doctrine se base, dans le fond, sur une conception classique suivant laquelle la volonté de conclure doit survivre à l'offre jusqu'à son acceptation, pour que le concours de volonté soit possible. L'auteur de l'offre doit donc être vivant lors de la conclusion du contrat, sinon la déclaration de l'offre ne correspond à rien, en raison de la disparition de la volonté initiale¹. A l'appui de cette thèse, les auteurs français invoquent souvent l'art. 932 CC français selon lequel, dans un contrat de donation, l'acceptation doit être faite du vivant du donateur². Il apparaît toutefois que les dispositions légales en matière de dona-

¹ R. Demogue, *Obligations*, tome II, p. 190. Voir également G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit.*, tome II, p. 123.

² L'art. 932 CC français dit notamment : « La donation entre vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.

» L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute mais alors la donation n'aura d'effet à l'égard du donateur que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié. »

tion, vu la nature spéciale de cette dernière, ne pourraient être toujours invoquées comme des règles générales.

Enfin, la doctrine française qui semble concorder avec le système de la révocabilité de l'offre ne peut être admise dans les systèmes juridiques qui se fondent sur l'idée de l'offre obligatoire.

En droit allemand, l'offre a une existence juridique indépendante, en dehors de toute acceptation. Elle reste, dans la règle, valable en dépit de la mort ou de l'incapacité ultérieure de son auteur ; de sorte qu'une acceptation peut efficacement intervenir, dans le délai de validité de l'offre, pour rendre le contrat parfait. Cette règle est énoncée d'une manière générale, à l'art. 130, al. 2, CC allemand relatif à la déclaration de volonté : « Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird. »¹ Le Code civil allemand régit cependant la question encore plus précisément à l'art. 153, en matière de contrat : « Das Zustandekommen des Vertrags wird nicht dadurch gebindert, dass der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, dass ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist. »² Ainsi, la validité de l'offre, malgré la mort et l'incapacité survenue de son auteur, se présume, tant qu'il n'y a pas lieu d'admettre une volonté contraire de la part de l'offrant. Autrement dit, « à moins de preuve contraire, la présomption est en faveur du maintien de l'offre, en dépit de ces événements survenus, et en faveur par conséquent de la possibilité d'une acceptation ultérieure »³.

¹ Art. 130, al. 2, CC allemand : « Il est sans influence sur l'efficacité de la déclaration de volonté que l'auteur de cette dernière, après l'émission de la déclaration, meure ou devienne incapable d'exercice des droits. »

² Art. 153 CC allemand : « La formation du contrat n'est pas empêchée par ce fait que l'auteur de l'offre meurt ou devient incapable d'exercice des droits, à moins qu'il y ait lieu d'admettre une autre volonté de la part de l'auteur de l'offre. » (Code traduit, mentionné.)

³ « Cette preuve d'intention contraire peut se tirer des circonstances et de la nature même du contrat, comme s'il se fût agi par exemple d'un fait d'une utilité purement personnelle à exécuter au profit de celui qui a fait l'offre. » (Code civil allemand, traduit et annoté, publié par le Comité de législation étrangère institué près le Ministère de la Justice avec le concours de la Société de législation comparée. Paris 1904, tome 1^{er}, art. 153.)

Le Code civil allemand n'oblige donc pas les héritiers du pollicitant contre la volonté de celui-ci.

Le Code suisse des obligations ne se prononce pas à ce sujet, mais la doctrine suisse soutient le système allemand¹. L'offre reste, en principe, valable indépendamment de la mort ou de l'incapacité qui peut frapper son auteur.

CONTRAT CONCLU ENTRE PRÉSENTS

Le contrat est conclu entre présents lorsque les parties contractantes (ou leurs représentants) se trouvent en présence réelle l'une de l'autre (face à face). Une partie manifeste sa volonté de conclure sous forme d'une déclaration généralement verbale et directement adressée à la contre-partie ou à son représentant. Deux éventualités sont à distinguer.

a) Dans la première, celui qui formule une offre accorde à l'autre partie un certain délai de réflexion, celui-ci pouvant d'ailleurs résulter d'un texte légal. L'acceptation en pareil cas doit, pour être efficace, parvenir à l'offrant avant l'écoulement du temps fixé².

b) L'offre a été faite à une personne présente sans fixation d'un délai pour l'acceptation³. Dans cette éventualité, le temps écoulé entre l'offre et l'acceptation doit être minime, c'est-à-dire correspon-

¹ Voir notamment T. Guhl, *op. cit.*, § 13 ; V. Rossel, *op. cit.*, p. 34 ; et A. von Tuhr, *op. cit.*, § 24.

² L'acceptation a lieu entre présents lorsque le destinataire de l'offre ou son représentant s'adressent personnellement à l'offrant, sinon, l'acceptation a lieu entre absents.

³ Voir notamment l'art. 4, Code suisse des obligations.

dre au « temps de réflexion indispensable »¹. Le destinataire de l'offre doit se décider pendant le cours des pourparlers et enfin, déclarer sa volonté d'accepter sur-le-champ (sans quitter le lieu de tractation) et avant que la négociation soit interrompue.

Selon le Code suisse des obligations, art. 4, et le Code civil allemand, art. 147, l'offre faite à une personne présente doit être acceptée immédiatement, à moins qu'un délai pour l'acceptation n'ait été fixé. (C'est là ce que les jurisconsultes islamiques (chiit) appelaient « la succession immédiate de l'offre et de l'acceptation », ou « la simultanéité de l'offre et de l'acceptation ».) « Est-ce à dire, dit E. Béguelin, que la réponse doit intervenir du tac au tac ? Ce serait absurde et l'on ne saurait douter que l'acceptation doive être tenue pour immédiate, encore que l'acceptant ait pris le temps de la réflexion, ce temps devant être mesuré plus ou moins strictement selon les circonstances de l'espèce. »² Ainsi, l'auteur de l'offre doit laisser au destinataire le temps minimum de réfléchir.

LA FACULTÉ DE RÉOLUTION DITE « SÉANCE TENANTE »
DANS UN CONTRAT DE VENTE CONCLU ENTRE PRÉSENTS, ART. 397
DU CODE CIVIL IRANIEN. — Dans une vente conclue entre présents, le Code civil iranien procure à chacune des parties (vendeur ou acheteur), après la conclusion du contrat et tant qu'elles ne se sont pas quittées matériellement, la possibilité de s'en départir par sa seule déclaration de volonté. Peu importe que le contrat soit conclu par les intéressés ou par leurs représentants ; toutefois, le représentant, lorsqu'il est seulement chargé de conclure, ne peut exercer cette faculté de résolution, à moins qu'il ait un pouvoir plus étendu. Cette disposition légale, ayant sa source dans l'ancienne tradition du droit iranien, se justifiait par le fait que l'on jugeait opportun de laisser à chacune des parties la dernière chance ou la dernière possibilité de revenir sur une décision prise éventuellement à la légère. C'est là un exemple typique de « droit formateur résolutoire » en droit iranien.

¹ Voir T. Guhl, *op. cit.*, § 13.

² A. Béguelin, *Fiches Juridiques suisses n° 116*.

Telle qu'elle résulte de l'art. 397 CC ir., la déclaration de résolution doit avoir lieu non seulement avant la séparation matérielle des parties, mais encore dans le lieu (local) des négociations (sur-le-champ). En revanche, selon les juristes chiïtes, « la faculté de résolution séance tenante » subsiste aussi longtemps que le vendeur et l'acheteur ne se sont pas séparés, même après avoir quitté le local de la conclusion du contrat.

Les parties peuvent cependant renoncer, lors de la conclusion du contrat, à cette faculté de résolution. Cette renonciation peut également avoir lieu après coup, par une manifestation expresse ou tacite de volonté : l'acheteur qui loue à un tiers l'objet acheté immédiatement après la conclusion de la vente et avant de quitter matériellement le vendeur, a ainsi renoncé tacitement à sa faculté de résolution « séance tenante ».

Il convient finalement de remarquer que la possibilité de résolution prévue à l'art. 397 CC ir. ne peut plus se justifier raisonnablement dans la pratique actuelle qui exige une grande sécurité transactionnelle.

LES CONTRATS CONCLUS AU COURS D'UN ENTRETIEN TÉLÉPHONIQUE. — La doctrine moderne considère le contrat conclu par téléphone comme étant formé entre présents. La raison en est que les déclarations de volonté des parties sont échangées immédiatement (simultanéité de l'offre et de l'acceptation) ; elles parviennent à leurs destinataires sans aucun intermédiaire et sans aucun intervalle appréciable de temps. Les parties acquièrent simultanément la certitude de la rencontre de leurs volontés¹. D'ailleurs, d'après le droit classique, c'est la *facultas audiendi* qui permet de distinguer les contrats entre présents et les contrats entre absents.

Le premier, le Code civil allemand a traité de l'offre faite au moyen du téléphone. L'art. 147, al. 1, CC allemand prescrit ce qui suit : « Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers

¹ Louis Josserand, op. cit., tome II, p. 31.

von Person zu Person gemachten Antrage. »¹ Plus tard, le Code suisse des obligations déclare également, mais d'une manière plus précise, que les contrats conclus au cours d'un entretien téléphonique sont considérés comme étant faits entre présents. L'art. 4 CO pose le principe suivant : « Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication. » Selon M. Oser, il n'y a pas une acceptation immédiate si elle n'est pas donnée (le cas d'interruptions temporaires accidentelles réservées) au cours de la même communication téléphonique².

Enfin, pour qu'un contrat conclu au moyen du téléphone soit tenu pour fait entre présents, il est nécessaire que les contractants ou leurs représentants autorisés à engager leur responsabilité soient personnellement en communication.

CONTRATS ENTRE ABSENTS

Quand les parties contractantes (ou leurs représentants) ne se trouvent pas en présence réelle l'une de l'autre lors de la conclusion du contrat, il s'agit là d'un contrat conclu entre absents (non-présence des deux parties ou de leurs représentants dans un local commun lors de la conclusion du contrat). La déclaration de volonté de chaque partie est transmise à l'autre au moyen d'une lettre, d'un télégramme (déclarations incorporées, *per epistolam*) ou par l'intermédiaire d'un messenger (*per nuntium*), sans que celui-ci soit considéré comme un

¹ « L'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée qu'immédiatement. Il en est de même d'une offre faite de personne à personne au moyen du téléphone. » (Code civil allemand, art. 147, al. 1, traduction déjà mentionnée.)

² *Fiches Juridiques suisses*, n° 116.

représentant. En principe, tout contrat, même lorsqu'il est soumis à l'observation d'une forme particulière, peut être conclu entre absents, à moins que la présence simultanée des contractants soit exigée pour remplir les formalités¹.

On distingue deux hypothèses suivant que l'offre stipule un délai d'acceptation ou non :

I. L'OFFRE FAITE ENTRE ABSENTS AVEC FIXATION D'UN DELAI POUR L'ACCEPTER. — Lorsqu'un délai a été accordé au destinataire de l'offre, la déclaration d'acceptation doit parvenir à l'offrant avant le terme fixé. A l'expiration du délai, l'offre tombe *ipso jure* et une acceptation tardivement parvenue n'aura plus pour effet la conclusion du contrat. Autrement dit, l'échéance du terme entraîne l'extinction définitive de l'offre. L'offre s'éteint d'ailleurs par un refus du destinataire ou par une révocation faite en temps utile.

Le délai imparti par l'auteur de l'offre devrait normalement correspondre au moins au « délai raisonnable », prévu à l'art. 147, al. 2, CC allemand et à l'art. 5 CO, dont nous parlerons bientôt ; le pollicitant est toutefois libre de fixer ce délai à sa convenance. Le proposant peut, à la demande du destinataire, prolonger la durée pendant laquelle l'offre est acceptable.

D'après une opinion moins répandue, l'offre, à l'expiration du terme, perd seulement son caractère irrévocable, sans s'éteindre elle-même ; elle peut être valablement acceptée aussi longtemps qu'elle n'a pas été révoquée. Cette conception, n'étant absolument pas conforme à la pratique moderne, devrait être rejetée.

La loi elle-même fixe parfois un délai d'acceptation : A défaut d'un délai stipulé, celui qui reçoit l'offre est au bénéfice du délai légal. Prenons comme exemple l'art. 1^{er} de la Loi suisse sur le contrat d'assurance : « Celui qui fait à l'assureur une proposition de contrat d'assurance est lié pendant quatorze jours s'il n'a pas fixé un délai plus court pour l'acceptation.

¹ Ne pas confondre la déclaration entre présents ou entre absents avec le contrat entre absents ou entre présents.

» Il est lié pendant quatre semaines si l'assurance exige un examen médical.¹

» Le délai commence à courir dès la remise ou dès l'envoi de la proposition à l'assureur ou à son agent.

» Le proposant est dégagé si l'acceptation de l'assureur ne lui parvient pas avant l'expiration du délai. »

Tel qu'il résulte de l'alinéa 3 de cet article, les délais prévus ne commencent pas seulement à courir dès la réception de l'offre mais déjà à partir du moment où le preneur a remis ou envoyé sa proposition à l'assureur ou à son agent. C'est là une faveur accordée par la loi au proposant pour qu'il puisse calculer facilement la durée pendant laquelle il est lié².

II. L'OFFRE DESTINÉE A UNE PERSONNE ABSENTÉ ALORS QU'UN DÉLAI D'ACCEPTATION N'A PAS ÉTÉ FIXÉ. — Le proposant est-il lié par son offre pendant une durée indéfinie, au gré du destinataire ? Bien que l'offre soit obligatoire, la sécurité transactionnelle ainsi que des considérations d'équité exigent que la responsabilité du pollicitant soit engagée seulement pour un temps limité; c'est ce qu'on appelle le « délai raisonnable ou normal de l'acceptation ». Celui-ci peut varier suivant les circonstances particulières de chaque espèce. A cet égard, l'art. 5 du Code suisse des obligations pose une règle générale, dans la forme suivante :

« Lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à une personne non présente, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement.

» Il a le droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps. »

C'est là d'ailleurs la solution prévue à l'art. 147, al. 2, du Code civil allemand. Pour déterminer la durée pendant laquelle l'auteur de l'offre est lié (délai raisonnable), il faut prendre en considération :

¹ Lorsqu'il s'agit de l'assurance sur la vie ou de l'assurance du bétail, par exemple.

² W. Koenig, op. cit., p. 42.

1. le temps normalement nécessaire pour que l'offre expédiée parvienne au destinataire ;

2. le temps de réflexion indispensable qui varie selon la nature spéciale de l'affaire, l'importance de l'offre et les circonstances personnelles dans lesquelles se trouve le destinataire (à condition qu'elles soient connues de l'offrant) ;

3. la durée que la déclaration d'acceptation mettra pour arriver, par le même moyen que l'offre, au pollicitant ¹.

ESTIMATION DU DÉLAI NORMAL D'ACCEPTATION (DÉLAI RAISONNABLE). — On distingue trois moments :

a) Le temps nécessaire à l'acheminement de l'offre. Il dépend, d'une part, de la distance qui sépare le lieu où la déclaration d'offre a été faite de l'endroit où elle doit parvenir à son destinataire ; d'autre part, du moyen par lequel l'offre a été transmise (par une lettre, par une lettre expresse, par un télégramme, etc.). Il n'est pas nécessaire que le destinataire ait pris connaissance de la déclaration d'offre ; il suffit que l'offre soit remise à son domicile, à son bureau ou dans son casier postal pour que l'offre soit considérée comme étant arrivée à temps et régulièrement.

L'auteur de l'offre est en droit d'admettre que sa déclaration a été reçue à temps et régulièrement même lorsqu'elle a subi un retard au cours de sa transmission. Il en va autrement lorsque le pollicitant a eu connaissance de la tardiveté de l'offre ou aurait dû s'en apercevoir.

b) Délai moral (*modicum spatium*)². — Suivant la conception dominante, un délai de réflexion plus ou moins long doit être accordé au destinataire ; celui-ci n'est pas tenu d'envoyer sa réponse immédiatement après la réception de l'offre. Pour le calcul du délai moral,

¹ F. Fick, op. cit., art. 5.

² V. Rossel, op. cit., p. 36, art. 5.

il faut tenir compte de l'importance de l'affaire proposée et des usages commerciaux, ceux-ci valant d'ailleurs, à défaut d'une volonté expresse, comme *lex contractus* admise tacitement par les contractants¹. En principe, les empêchements personnels du destinataire, qui pourraient retarder sa décision (une maladie par exemple), ne peuvent être pris en considération ; toutefois, l'auteur de l'offre qui en a connaissance devra en tenir compte².

c) La durée normale de l'acheminement de la déclaration d'acceptation. — C'est le temps que l'acceptation exige normalement pour parvenir à l'offrant. En général, l'acceptation doit être transmise par le même procédé que l'offre, cependant le proposant, ainsi que les usages du commerce en cause peuvent exiger un moyen plus rapide ou autoriser un moyen plus lent pour la transmission de l'acceptation. Ayant hésité longuement avant de se décider, le destinataire de l'offre, qui a consacré plus de temps qu'il n'en est coutume pour y réfléchir, peut d'ailleurs rattraper son retard par un moyen de transmission plus rapide que celui qui a été exigé. Enfin, il appartient aux tribunaux, en cas de litige, de déterminer si l'acceptation parvenue à l'offrant est tardive ou non³.

L'AVIS IMMÉDIAT DE LA TARDIVITÉ DE L'ACCEPTATION. — En principe, tout retard est aux risques de l'acceptant. Cependant l'art. 5, al. 3, du Code suisse des obligations prévoit que si l'accep-

¹ Oscar Daeppen, op. cit., art. 5. « La proposition faite par un associé de se retirer de la société exige pour ses co-associés un certain temps de réflexion. Il sera ainsi lié un certain temps par son offre. Une réponse donnée le 14 avril à une proposition de ce genre faite à des co-associés le 18 mars doit être considérée comme arrivant encore en temps utile. » (A. T. F. 12, p. 207 ; R. J. IV, p. 120.) Voir notamment F. Fick, op. cit., art. 5.

² Fritz Funk, op. cit., art. 5.

³ A. Martin, op. cit., p. 15.

« On conçoit, dit V. Rossel, qu'une règle aussi élastique (concernant le calcul du délai normal) puisse être aisément l'objet d'interprétations arbitraires de la part des intéressés, et l'auteur de l'offre, notamment, sera souvent tenté de prétexter l'arrivée tardive de l'acceptation pour se soustraire aux effets de la conclusion du contrat. » (V. Rossel, op. cit., p. 36.)

tation envoyée à temps parvient tardivement au proposant, par suite d'un retard accidentel subi dans sa transmission, et que celui-ci entend ne pas être lié, il doit en informer immédiatement l'acceptant (voir également à ce sujet l'art. 149 Code civil allemand). Il en résulte que le contrat devient parfait en dépit de la tardiveté de l'acceptation, si l'auteur de l'offre tarde ou néglige d'en aviser immédiatement l'acceptant. Ainsi, l'art. 5, al. 3, du Code suisse des obligations déroge à l'art. 3 du même Code selon lequel le pollicitant est délié si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai. Cette dérogation se justifie pour des raisons d'équité. Deux intérêts opposés doivent être sauvegardés. D'une part, celui de l'acceptant : ignorant la tardiveté accidentelle de sa déclaration, croyant à la conclusion régulière du contrat, il aura effectué certains travaux, exécuté certaines prestations, manqué d'autres offres éventuellement plus avantageuses ; il éprouverait un dommage plus ou moins considérable par suite de la caducité de son acceptation. D'autre part, l'intérêt de l'offrant : n'ayant reçu aucune réponse à l'expiration du terme, il se sera considéré comme dégagé, il aura peut-être conclu avec autrui un contrat portant sur le même objet. C'est pourquoi le législateur suisse a jugé opportun de concilier deux points de vue qui paraissent de prime abord inconciliables. La règle de l'art. 5, al. 3, CO contient, selon von Tuhr, « un adoucissement en faveur du destinataire de l'offre »¹.

La disposition de l'art. 5, al. 3 CO n'est pas applicable lorsque l'acceptant savait ou devait savoir que sa déclaration ne parviendrait au proposant qu'après l'échéance du terme.

Enfin, l'auteur de l'offre doit pouvoir reconnaître d'une manière subjective que l'acceptation a été expédiée à temps. (Voir en ce sens l'art. 149 CC allemand.)

L'AVIS IMMÉDIAT. — Le terme « immédiatement », employé à l'art. 5, al. 3 CO, devrait être pris dans le sens de « sans retard » (UNVERZÜGLICH, selon le Code civil allemand, art. 149) ; l'auteur de

¹ A. von Tuhr, op. cit., § 24.

l'offre doit donc aviser l'acceptant de la tardiveté de l'acceptation dès que les circonstances le lui permettront¹.

Il convient de mentionner que la solution prescrite à l'art. 5, al. 3 du Code suisse des obligations n'était pas celle du Code fédéral des obligations de 1881 ; l'omission de l'avertissement immédiat de la tardiveté de l'acceptation n'était sanctionnée, selon l'art. 5, al. 2 de l'ancien Code, que par des dommages-intérêts : « Si l'acceptation expédiée à temps parvient tardivement à l'auteur de l'offre et que celui-ci entend ne plus être lié, il doit, sous peine de dommages et intérêts, en informer immédiatement l'acceptant. »

Enfin, une acceptation tardive peut avoir la valeur d'une nouvelle offre. L'auteur de l'offre primitive peut donc jouer le rôle de l'acceptant ; il pourra à son tour accepter ou refuser cette nouvelle proposition (acceptation tardive), ainsi les rôles seront renversés (changement respectif des rôles). De même, l'art. 150, al. 1 CC allemand déclare : « Die verspätete Annahme eines Antrags gilt als neuer Antrag. »²

L'offre doit être acceptée telle qu'elle a été faite ; une acceptation partielle, conditionnelle ou comportant des modifications à l'offre est tenue, en principe, pour un refus accompagné d'une nouvelle proposition ou éventuellement d'une invitation de reprendre les pourparlers sur une nouvelle base. Aux termes de l'art. 150, al. 2, le Code civil allemand déclare expressément que : « Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrage. »³ Voir aussi l'art. 322 Code de commerce allemand.

¹ Fritz Funk jun., art. 5.

² Art. 150, al. 1, CC allemand : « L'acceptation tardive d'une offre vaut comme offre nouvelle. »

³ Art. 150, al. 2, CC allemand : « Une acceptation accompagnée d'additions, de restrictions ou de modifications quelconques vaut comme un rejet renfermant une offre nouvelle. »

ACCEPTATION

La déclaration du pollicitant procure au destinataire, dans les limites temporelles et matérielles de la validité de l'offre¹, la possibilité de parfaire le contrat proposé par sa seule déclaration de volonté, pourvu que les autres conditions de l'existence et de la validité du contrat soient réunies. On définit l'acceptation comme une adhésion complète du destinataire à l'offre ; c'est une déclaration unilatérale de volonté exigeant réception, dans la règle, et ayant pour effet la conclusion du contrat (acte formateur générateur) ; elle est révocable avant sa réception ou, au plus tard, avant que le proposant en ait pris connaissance.

A moins d'une disposition légale ou conventionnelle en sens contraire, la déclaration d'acceptation n'est soumise à l'observation d'aucune forme particulière ; elle peut intervenir suivant le cas, expressément ou tacitement. « L'exemple le plus typique de l'acceptation tacite, c'est l'exécution même du contrat. » D'une manière générale, il n'y a pas contrat lorsque le destinataire garde le silence² après la réception de l'offre. La jurisprudence française déclare en ce sens : « En droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire en l'absence de toute autre circonstance pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée. »³ La doctrine moderne admet cependant que dans des circonstances où la bonne foi exige une protestation expresse, une attitude passive peut être interprétée comme une déclaration affirmative (adhésion). Cette conception doctrinale a trouvé son application dans certaines législations modernes. La question est de savoir dans quels cas le silence équivaut à la déclaration d'acceptation. Ce sont les cas où cette présomption se justifie par la loi, par la nature de l'acte proposé, par des usages commerciaux et enfin

¹ T. Guhl, *op. cit.*, § 13.

² Voir *supra* pp. 130 et suivantes.

³ Ce principe a été formulé par la chambre civile de la Cour de cassation. Voir R. Demogue, *Traité des obligations en général*, tome II, pp. 172 et 173, n° 555. Voir également P. Esmein, *op. cit.*, p. 117.

par des habitudes personnelles établies entre les parties¹. L'art. 6 du Code suisse des obligations pose le principe suivant : « Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable. » Ce délai devrait être par analogie calculé suivant la règle concernant l'estimation du « délai raisonnable d'acceptation » dont nous avons déjà parlé. Enfin, on estime que le silence du destinataire, lorsque celui-ci a provoqué l'offre, devrait se traduire par une adhésion. Il en serait de même lorsque les parties sont en relations d'affaires suivies.

En principe, l'acceptation doit être déclarée envers le pollicitant, à moins que la volonté de celui-ci, la coutume ou enfin la loi n'en dispose autrement. L'auteur de l'offre renonce parfois à une réponse du destinataire. En pareils cas, le contrat se forme, selon von Tuhr, « sans déclaration au pollicitant et, par conséquent, avant même que celui-ci puisse avoir connaissance de l'acceptation ».

L'acceptation peut-elle résulter d'une déclaration de volonté adressée à des tiers ou au public ? La question est discutable. Selon R. Demogue, « la solution consistant à déclarer sans valeur une acceptation à des tiers n'est exacte qu'au cas où l'offrant n'en aura probablement pas connaissance : si par exemple je déclare à un ami que j'accepte le marché qu'on m'a proposé ce matin par lettre »².

La volonté du proposant fait loi pour le destinataire lorsque celui-ci désire accepter la proposition. « L'acceptation doit donc exprimer l'adhésion de son auteur à tous les points de l'offre. » Le désaccord sur un point quelconque même objectivement non essentiel, met obstacle à la conclusion du contrat. Ainsi, l'acceptation doit correspondre à l'offre d'une manière complète. L'offre, même lors-

¹ Cette solution s'applique plus fréquemment en matière commerciale qu'ailleurs.

² R. Demogue, *Obligation*, tome II, p. 181, n° 557. « Par contre serait obligatoire et définitive l'acceptation résultant d'un fait dont l'offrant consent par avance à ne pas avoir connaissance : comme celle résultant du fait de verser de l'argent dans un distributeur automatique. Ou encore au cas où une personne écrit : si telle chose que j'ai chez vous vous convient à tel prix, prenez-la. »

qu'elle est pratiquement divisible (chose de genre), ne peut être acceptée partiellement; toutefois, la possibilité d'une acceptation partielle peut résulter de la volonté expresse ou tacite du pollicitant. L'acceptation comportant une réserve, une restriction, une extension et enfin une modification quelconque à l'offre est en principe tenue pour un rejet accompagné d'une nouvelle offre (voir en ce sens l'art. 150, al. 2 CC allemand et l'art. 322 Code de commerce allemand); l'auteur de l'offre primitive peut accepter cette contre-proposition, ainsi les rôles seront intervertis. Une telle acceptation peut d'ailleurs être considérée, en raison des circonstances, comme un refus doublé d'une invitation de reprendre les pourparlers sur une nouvelle base.

Le droit d'acceptation est en principe transmissible par succession, sauf dans les cas où l'offre a été faite en considération de la personne même du destinataire (*intuitus personae*).

LE REFUS. — C'est une déclaration négative du destinataire, ayant pour effet l'extinction définitive de l'offre. Il n'est dans la règle subordonné à aucune forme particulière. En principe, le destinataire de l'offre n'est pas tenu de la refuser expressément; son silence équivaut, en général, à un refus. Il en est autrement lorsque la loi, les usages ou enfin la bonne foi exigent un refus exprès. En pareil cas, le refus doit parvenir à l'offrant dans un délai convenable à l'expiration duquel le contrat est censé conclu. La transmission du refus est soumise aux mêmes conditions que celles de l'acceptation. Le destinataire sera délié aussitôt que la déclaration de refus arrive chez l'offrant (réception), avant même que celui-ci en prenne connaissance.

Enfin, la règle concernant le retrait de l'offre et de l'acceptation s'applique par analogie au retrait de la déclaration de refus.

RETRAIT OU RÉVOCATION DE L'OFFRE ET DE L'ACCEPTATION

L'offre, comme tout acte juridique exigeant réception, déploie ses effets à partir du moment où elle parvient à son destinataire. Il est vrai que, dès son émission, l'offre a une existence juridique, mais

sa perfection dépend de sa réception ; celle-ci rend l'offre indépendante de son auteur. L'offre peut être rétractée tant qu'elle n'a pas été reçue par celui à qui elle est destinée.

On définit le retrait comme une déclaration de volonté empêchant qu'une offre produise ses effets (droit formateur résolutoire)¹ ; c'est une déclaration soumise à réception, elle doit parvenir au destinataire avant l'offre ou en même temps que celle-ci. La révocation de l'offre peut être partielle.

Une révocation reçue après la réception de l'offre est en principe considérée comme non avenue ; elle n'empêchera plus la conclusion du contrat, pourvu que l'acceptation soit parvenue à l'offrant en temps utile. C'est là une conception allemande², adoptée également en droit suisse, qui diffère de celle qui a cours en droit français. D'après la doctrine classique, le proposant peut retirer son offre dans tous les cas (même parvenue au destinataire), tant qu'elle n'a pas été acceptée. La doctrine française plus récente fait une distinction entre l'offre simple et celle qui stipule un délai d'acceptation. L'offre sans fixation de délai est essentiellement révocable ; même parvenue à son destinataire et connue de lui, elle peut être, dans la règle générale, révoquée aussi longtemps qu'elle n'a pas été acceptée. Quant à l'offre faite avec un délai d'acceptation, elle peut être rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue au destinataire. Après la réception de l'offre, bien que la doctrine française impose à l'offrant l'obligation de maintenir son offre jusqu'à l'expiration du délai fixé, il paraît cependant qu'une révocation pourrait intervenir efficacement pour empêcher la formation du contrat. Selon P. Esmein, « dès lors que l'offre comporte obligation de la maintenir pendant un temps, la révocation avant l'expiration de celui-ci est pour l'offrant une source de responsabilité, par le fait même de la révocation, sans que l'acceptant ait à établir une faute de l'offrant dans l'exercice de celle-ci, sauf à celui-ci à prouver l'absence de faute. Mais faut-il déclarer la révocation inefficace et considérer l'offre, qui devait être maintenue, comme

¹ Funk, *op. cit.*, art. 9.

² En droit allemand, la possibilité de la révocation de l'offre et de l'acceptation résulte de l'art. 130 CC allemand en matière de la déclaration de volonté.

l'ayant été en droit, et par suite considérer le contrat comme nécessairement conclu, par la jonction en temps utile de l'acceptation avec l'offre ? Nous ne le croyons pas, dit-il. Il manque l'accord de volonté qui est l'élément essentiel du contrat... Le contrat peut sans doute être déclaré conclu par le juge, mais seulement sur la demande de l'acceptant, et à titre de dommages et intérêts. L'auteur de l'offre sera condamné à passer le contrat et faute de le faire à voir le jugement en tenir lieu. Mais le juge n'y est pas forcé, précisément parce que le contrat n'est déclaré formé qu'à titre de réparation. Il le fera seulement quand le préjudice sera assez important pour le justifier. Il peut arriver que le manque à conclure le contrat n'ait causé à l'acceptant aucun préjudice effectif et actuel »¹.

La révocation de l'offre peut émaner du proposant lui-même ou de ceux qui sont autorisés à cet effet. L'héritier du proposant devrait pouvoir retirer son offre, lorsque celui-ci vient de mourir après l'expédition de sa déclaration, pourvu que le retrait parvienne au destinataire avant l'offre ou en même temps.

Une personne peut révoquer l'offre faite par son représentant. Le retrait de l'offre est possible lorsqu'un laps de temps plus ou moins considérable s'écoule entre l'émission de l'offre et sa réception. C'est là, généralement, le cas de l'offre faite à une personne absente (contrat entre absents)². Le pollicitant qui veut rétracter son offre n'a qu'à recourir à un moyen de transmission plus rapide que celui qui a été employé pour l'expédition de l'offre. Il pourrait d'ailleurs récupérer sa déclaration au cours de sa transmission. Une offre rétractée à temps est considérée comme non avenue, l'acceptation du destinataire ne peut plus intervenir utilement ; même arrivée à temps, elle n'aura plus pour effet la conclusion du contrat. La rétractation de l'offre est donc un mode d'extinction de celle-ci.

Le Code suisse des obligations prévoit à l'art. 9, al. I en matière de conclusion du contrat, la possibilité de la révocation de l'offre :

¹ Paul Esmein, op. cit., p. 152 et suivantes.

² Toutefois, une offre faite entre présents peut être retirée lorsque l'émission de l'offre ne coïncide pas avec sa prise de connaissance par le destinataire. Ce sont les cas très rares où l'offre est adressée à un sourd-muet ou formulée dans une langue ignorée du destinataire.

«L'offre est considérée comme non avenue, si le retrait en parvient avant l'offre ou en même temps au destinataire, ou si, étant arrivé postérieurement, il est communiqué au destinataire avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre.» Il en résulte que la révocation, même arrivée après la réception de l'offre, est valable, lorsque le destinataire en prend connaissance avant la déclaration retirée (le fardeau de la preuve incombe à celui qui a révoqué sa déclaration)¹. C'est une concession à la théorie de l'information qui se justifie pour des raisons d'équité. Le destinataire ne peut s'en plaindre, car il ne risque aucun dommage. Cette solution n'était pas admise par le Code fédéral des obligations de 1881. Celui-ci énonçait à son art. 7, al. I : « L'offre est considérée comme non avenue si le retrait en parvient à l'autre partie avant l'offre ou en même temps. » La réception marquait donc un moment décisif à partir duquel l'offre était parfaite et irrévocable. L'adjonction faite par le Code révisé aux dispositions de l'art. 7 de l'ancien Code fédéral des obligations ne constitue pas d'ailleurs un progrès sur celui-ci ; dans la pratique, la nouvelle solution proposée à l'art. 9 CO paraît plutôt illusoire en raison des grandes difficultés de preuve².

¹ Il incombe au rétractant de prouver que le destinataire n'a pris connaissance de la déclaration retirée qu'après la déclaration de révocation.

² A. Martin, *Théorie des obligations*, p. 19.

CHAPITRE III

MOMENT AUQUEL LE CONTRAT PREND NAISSANCE

MOMENT A PARTIR DUQUEL LE CONTRAT DÉPLOIE SES EFFETS

La date à partir de laquelle le contrat déploie ses effets ne coïncide pas toujours et nécessairement avec celle de la conclusion du contrat. Le contrat une fois conclu, ses effets remontent parfois à une date antérieure. On distingue deux éventualités suivant que le contrat est conclu entre présents ou entre absents :

I. ENTRE PRÉSENTS. — La détermination du moment de la conclusion du contrat et du moment à partir duquel il déploie ses effets ne présente pas de difficultés lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu entre présents. Il y a une certaine simultanéité entre l'émission de la déclaration de volonté de chaque partie et sa réception ainsi que sa prise de connaissance par la partie adverse. Autrement dit, la déclaration, sa réception et enfin sa prise de connaissance se produisent en même temps. Le temps qui s'écoule entre l'offre et l'acceptation est pratiquement nul. Il en est autrement lorsque le destinataire, étant sourd-muet ou ignorant la langue dans laquelle l'offre a été formulée, ne peut pas prendre immédiatement connaissance de la déclaration

qui lui a été adressée. Le contrat conclu entre présents est donc parfait aussitôt que le destinataire de l'offre déclare son adhésion. Il déploie ses effets à partir du moment où il a été conclu; c'est-à-dire à l'instant même de la déclaration d'acceptation. Sont exceptés les cas où l'acte est soumis à l'observation d'une forme légale ou conventionnelle. En pareils cas, le contrat n'est pas conclu tant que cette forme (*instrumentum*) n'a pas été observée.

2. ENTRE ABSENTS. — La détermination du moment précis de la conclusion ainsi que le point de départ des effets du contrat conclu par correspondance constituent deux problèmes épineux et d'ailleurs controversés. Le contrat n'a pas été conclu instantanément: un laps de temps plus ou moins long s'est écoulé entre l'émission de la volonté de chaque partie et sa réception ainsi que sa prise de connaissance par l'autre partie. Autrement dit, le moment où chaque partie exprime sa volonté et le moment où l'autre partie la perçoit ne peuvent plus être considérés comme instantanés. Cela d'autant plus que l'intervalle entre la réception de l'offre et la déclaration d'acceptation correspond généralement à un temps de réflexion plus ou moins considérable qui doit être normalement laissé au destinataire de l'offre.

*LES PRINCIPES DOCTRINAUX RELATIFS A LA
DÉTERMINATION DU MOMENT DE LA CONCLUSION
DU CONTRAT CONCLU ENTRE ABSENTS*

THÉORIE DE L'ÉMISSION (ÄUSSERUNGSTHEORIE)

C'est la théorie selon laquelle le contrat est conclu au moment où l'acceptant a émis son adhésion. Si on parlait de cette idée que le contrat se forme aussitôt que les déclarations de volonté des parties

sont concordantes (la coexistence de deux ou plusieurs déclarations de volonté concordantes), on devrait admettre que le contrat est conclu à l'instant même de l'émission de l'acceptation (le moment de la rédaction de la lettre d'acceptation par exemple). « Le contrat, disent A. Colin et H. Capitant, partisans de cette théorie, se forme dès que l'acceptant a émis l'acceptation. C'est cette acceptation qui noue le lien d'obligation. Du moment que les deux volontés se rencontrent, qu'elles coexistent, le contrat est conclu. Le fait que cette acceptation est portée à la connaissance du pollicitant n'ajoute rien aux conséquences juridiques de cette acceptation. »¹ Ce système, quoique rationnel et exact au point de vue de la logique juridique, n'est pas, en pratique, dépourvu d'inconvénient. La volonté d'acceptation, bien qu'elle soit déclarée aux yeux de son auteur qui vient par exemple de rédiger la lettre d'acceptation, n'a pas la valeur d'une volonté extériorisée, capable de produire des effets juridiques, tant qu'elle n'a pas été portée à la connaissance d'autrui. Une telle déclaration peut être véritablement réalisée puis oubliée, abandonnée et laissée sans suite. Le sort du contrat conclu au moment où le destinataire de l'offre rédigeait son acceptation dépend de la volonté même de celui-ci. Il peut détruire immédiatement la lettre d'acceptation et mettre par conséquent à néant le contrat ainsi conclu. D'ailleurs, le contrat, selon la doctrine la plus récente, n'est pas un accord des volontés ; il résulte plutôt d'un échange entre deux ou plusieurs déclarations de volonté concordantes². Enfin, on se demande comment le retrait d'acceptation peut se justifier d'après la théorie de l'émission. Si le contrat est conclu au moment de l'émission de l'acceptation, le retrait sera une résolution du contrat plutôt que la révocation d'un acte unilatéral de volonté (déclaration d'acceptation) ; cela est contraire aux principes généraux du droit commun : un contrat ne peut être dénoué sans cause et impunément par une déclaration unilatérale de volonté.

¹ A. Colin, H. Capitant, *op. cit.*, tome II, p. 273.

² La solution de la jurisprudence belge et du projet franco-italien des obligations. Voir *supra* p. 22 et 31.

THÉORIE DE L'EXPÉDITION (ÜBERMITTLUNGSTHEORIE)

C'est la théorie suivant laquelle le contrat est parfait au moment où l'acceptant expédie sa réponse (mise à la poste par exemple). C'est le moment à partir duquel la volonté de l'acceptant peut être considérée comme réellement et définitivement extériorisée ; elle cesse d'être une simple *voluntas in mente retenta*. La déclaration, comme le dit von Tuhr, « est émise au moment où son auteur a accompli le dernier des actes lui incombant (dans des circonstances supposées normales) pour la porter à la connaissance de l'autre partie : expédition d'une lettre ou d'un télégramme. C'est alors que le déclarant a manifesté sa volonté »¹. Dès lors, la déclaration de volonté prend une existence juridique indépendante de son auteur ; la mort du déclarant ou la survenance d'une incapacité n'exercent, en principe, plus aucun effet sur la déclaration expédiée.

La question se pose toutefois de savoir si l'expédition de l'acceptation (le fait d'expédier une acceptation) constitue un acte décisif et irrévocable. D'après une conception actuellement dominante, une lettre expédiée reste la propriété de l'expéditeur tant qu'elle n'est pas parvenue au destinataire. Selon l'art. 16 de la Loi fédérale suisse du 14 octobre 1922, « l'expéditeur a la faculté de faire rectifier ou arrêter télégraphiquement un télégramme en cours de transmission, en tant que la remise n'en a pas encore été effectuée ». On peut citer encore en ce sens l'art. 28 de la Loi fédérale du 2 octobre 1924 sur le service des postes : « L'expéditeur peut demander le retrait des envois déposés à la poste, leur remise à un autre destinataire ou leur acheminement sur une autre localité. Des droits spéciaux peuvent être perçus pour ces demandes. »

« Toutefois, si le destinataire a déjà été avisé de l'arrivée de l'envoi ou en a réclamé la livraison, l'expéditeur ne peut en disposer qu'avec son assentiment. » Enfin, l'art. 54, ch. 1 de la Convention postale universelle, signée à Paris le 5 juillet 1947 (date de l'entrée en vigueur : 1^{er} juillet 1948), confirme ce point de vue : « 1. L'expé-

¹ A. von Tuhr, op. cit., § 22.

diteur d'un objet de correspondance ¹ peut le faire retirer du service ou en faire modifier l'adresse tant que cet objet n'a pas été livré au destinataire, qu'il ne tombe pas, s'il y a lieu, sous le coup des prescriptions de l'art. 49, ou que l'intervention de la douane ne révèle aucune irrégularité. » Il s'ensuit que l'acceptant, ayant la possibilité d'arrêter la lettre ou le télégramme d'acceptation au cours de la transmission, peut revenir sur sa décision même après l'expédition de sa déclaration et, par conséquent, empêcher la conclusion du contrat ².

D'autre part, en dehors de l'éventualité susindiquée, l'acceptant peut, après avoir expédié son acceptation, la révoquer par une déclaration de volonté parvenant à l'auteur de l'offre avant la déclaration d'acceptation (dans les circonstances prévues à l'art. 9 CO dont nous avons déjà parlé).

Ainsi, le moment de l'expédition, comme celui de l'émission, ne peut pas non plus être un moment décisif pour la conclusion du contrat ; ils sont prématurés ³.

THÉORIE DE LA RÉCEPTION (EMPFANGSTHEORIE)

C'est la théorie selon laquelle la conclusion du contrat se place au moment de l'arrivée de la déclaration d'adhésion. Peu importe d'ailleurs que la lettre d'acceptation soit remise à la personne même du proposant, à son domicile, à son bureau, dans sa case postale, dans sa boîte aux lettres ou enfin à son agent de réception (représentant

¹ « La dénomination d'objets de correspondance s'applique aux lettres, aux cartes postales simples et avec réponse payée, aux papiers d'affaires, aux imprimés, aux impressions en relief à l'usage des aveugles, aux échantillons de marchandises, aux petits paquets et aux envois dits « phonopost » (art. 35 de la Convention postale universelle).

² Le contrat qui intervient entre l'expéditeur et l'administration des postes est un contrat de transport qui, en dehors des dispositions particulières (la Loi sur le service des postes ou la Convention postale universelle par exemple), relève des dispositions légales relatives au contrat de transport en général. L'expéditeur peut arrêter l'objet envoyé au cours du trajet et en obtenir restitution tant qu'il se trouve entre les mains du voiturier. Voir en ce sens l'art. 382 du Code de commerce iranien et l'art. 443 du Code suisse des obligations. Le destinataire n'est que le bénéficiaire d'une stipulation en faveur d'autrui.

³ E. Béguelin, *Fiches Juridiques suisses* n° 115.

passif). Il suffit que l'auteur de l'offre ait pu objectivement en prendre connaissance. Autrement dit, l'acceptation est parvenue lorsqu'elle est entrée dans le cercle d'action de l'offrant, de sorte que la prise de connaissance ne dépend plus que de celui-ci. Le contrat est donc censé conclu au moment de la réception de l'acceptation même lorsque l'auteur de l'offre était empêché, pour des raisons personnelles (absence, maladie, ignorance de la langue de l'acceptation, etc.), d'en avoir immédiatement connaissance.

Les partisans de cette théorie estiment que la réception marque le moment décisif où la déclaration de volonté trouve sa perfection. L'acceptant est dessaisi d'une manière irrévocable de sa lettre d'adhésion, il lui est impossible de l'arrêter ; elle est entrée dans la sphère juridique de l'offrant. Après la réception, la déclaration est présumée définitivement acquise au destinataire.

Ce système, tout à fait conforme à la pratique moderne, occupe la place d'honneur parmi les principes doctrinaux relatifs à la détermination du moment de la conclusion du contrat. Toutefois, sa valeur doctrinale subit une certaine atténuation lorsque la jurisprudence, ainsi que certaines législations modernes donnent à l'acceptant le droit de rétracter son acceptation après sa réception, mais avant qu'elle parvienne à la connaissance de l'offrant.

Les déclarations entre absents sont valables à partir du moment où elles ont été expédiées, mais elles exercent leurs effets au moment de leur réception. La capacité civile de l'acceptant au moment de l'expédition de son acceptation suffit pour la validité de sa déclaration. L'incapacité survenue dans la personne de l'acceptant après l'expédition de sa déclaration n'empêche pas la conclusion du contrat.

THÉORIE DE L'INFORMATION OU DE LA PERCEPTION (VERNEHMUNGS- AGNITIONSTHEORIE)

C'est la théorie d'après laquelle l'accord des volontés est réalisé et le contrat est parfait seulement lorsque l'auteur de l'offre a eu connaissance de la déclaration d'acceptation. Il peut arriver que la réponse affirmative du destinataire parvienne chez l'offrant et que celui-ci n'en prenne connaissance qu'après un certain temps. Le con-

trat est conclu, selon cette théorie, au moment où l'auteur de l'offre a pris connaissance de la déclaration d'acceptation, par exemple lorsqu'il a lu et connu la lettre d'acceptation. C'est ainsi que le Code civil italien déclare à son art. 1326, al. 1 : « Il contratto e concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. » Ce principe n'est pas, en pratique, dénué d'inconvénient ; car il est souvent difficile d'établir à quel moment exact le proposant a pris connaissance de la déclaration d'acceptation. Le pollicitant de mauvaise foi aurait d'ailleurs la possibilité d'éviter cette prise de connaissance ou de la retarder. Tandis que, suivant la théorie de la réception, le proposant est présumé avoir pris connaissance de la déclaration d'acceptation dès qu'elle est arrivée chez lui.

« A côté de leurs avantages respectifs, dit Béguelin, aucune de ces théories n'est exempte de certains inconvénients, de sorte que la tendance moderne, notamment en législation, s'efforce de conserver les uns et d'éviter les autres, en s'inspirant de systèmes mixtes. Les uns, comme l'ancien Code de commerce allemand (art. 321), partent de la théorie de la déclaration, mais admettent celle de la réception pour déterminer le moment jusqu'auquel le retrait est possible ; d'autres, au contraire, comme le Code fédéral des obligations de 1881 (art. 3 et suivants), partent de la théorie de la réception pour déterminer le moment de la conclusion du contrat, mais se rallient à celle de la déclaration, en en faisant remonter les effets au moment de l'acceptation ; d'autres, enfin, comme le CO de 1911 (art. 9) s'inspire de la théorie de l'information pour déterminer le moment auquel le retrait n'est plus possible. »¹

SYSTÈME DU CODE SUISSE DES OBLIGATIONS

La plupart des déclarations de volonté prévues par le Code suisse des obligations exigent réception, elles doivent être adressées à quelqu'un pour qu'elles puissent déployer leurs effets juridiques, ou

¹ E. Béguelin, *Fiches juridiques suisses n° 115*.

comme le dit le Code civil allemand, « einem anderen gegenüber abgegeben werden »¹. D'une manière générale, le Code suisse des obligations se base sur la théorie de la réception. Il fait cependant à l'art. 10 une concession à la théorie de l'expédition et à l'art. 9, al. 1, une concession à la théorie de l'information.

Aux termes de l'art. 10, al. 1, relatif au moment auquel remontent les effets du contrat entre absents, le Code suisse des obligations dispose : « Le contrat conclu entre absents déploie ses effets dès le moment où l'acceptation a été expédiée. » Cet article fixe le moment de l'expédition de l'acceptation comme le point de départ des effets du contrat conclu entre absents. Cela ne doit pas être confondu avec la date de la conclusion du contrat. Le Code suisse des obligations rattache au contrat conclu entre absents un effet rétroactif² qui fait remonter les effets de la convention, conclue au moment de l'arrivée de l'acceptation, à un moment antérieur, soit celui de l'expédition. Toutefois, certains auteurs estiment que le contrat est déjà conclu au moment où la déclaration d'acceptation a été expédiée, mais qu'il est conclu à la condition résolutoire qu'une révocation ne survienne pas avant que l'acceptation parvienne au proposant³.

Le Code suisse des obligations déclare à l'art. 10, al. 2 : « Si une acceptation expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de la réception de l'offre. » Cette disposition vise

¹ « Etre émises envers une autre personne. » Voir A. von Tuhr, op. cit., § 22.

² « L'effet rétroactif consiste en ce que les effets du contrat se déploient, non pas dès le moment de sa conclusion, mais sont reportés à un moment antérieur, c'est-à-dire à un moment auquel le contrat n'était pas encore parfait. On justifie cette fiction, que le Code fédéral des obligations de 1881 (art. 8) avait empruntée à l'ancien Code de commerce allemand (art. 321), par l'intention probable des parties dont l'intérêt est, en général, que le contrat déploie ses effets le plus tôt possible. Le moment déterminant ne saurait, dès lors, être le même dans tous les cas et la loi distingue selon que le contrat est le résultat d'une acceptation expresse ou d'une acceptation tacite ; dans le premier cas, le contrat déploie ses effets dès le moment où l'acceptation a été expédiée. En cas d'acceptation tacite, c'est au moment de la réception de l'offre non refusée que sont reportés les effets du contrat et non pas au moment où l'acceptant s'est décidé à ne pas refuser, ou à l'expiration du délai raisonnable que lui accorde l'art. 6 pour refuser — ce qui se heurterait aux difficultés de la preuve. » (E. Béguelin, *Fiches juridiques suisses* n° 117.)

³ Voir T. Guhl, op. cit., § 13.

les cas où en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, l'auteur de l'offre ne devait pas s'attendre à une acceptation expresse (art. 6). Le silence gardé par le destinataire de l'offre est considéré comme une déclaration de volonté dont le proposant prend connaissance par le fait qu'un délai convenable s'est écoulé sans que l'offre ait été refusée. Autrement dit, il en prend connaissance à l'aide d'une présomption légale : « Le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable. » (Art. 6.) Ainsi, le contrat est conclu à un moment placé entre celui de la réception de l'offre et celui de l'expiration du délai convenable, mais ses effets rétroagissent selon l'art. 10, al. 2, à un moment antérieur, c'est-à-dire au moment de l'arrivée de la déclaration d'offre. Cette rétroactivité des effets du contrat tend à écarter les difficultés de la preuve, car il est difficile de déterminer le moment précis de la conclusion lorsque le contrat est formé par suite d'une acceptation tacite. Cependant, certains auteurs comme V. Rossel, déclarent à tort que dans l'éventualité de l'art. 6 du Code suisse des obligations « le contrat est censé conclu au moment de la réception de l'offre »¹.

¹ V. Rossel, *op. cit.*, p. 37, n° 36.

PRINCIPAUX OUVRAGES CONSULTÉS

- ABDOH M.* Traité du droit civil iranien, Téhéran 1950.
(En persan.)
- ADLE M.* Traité élémentaire du droit civil iranien (en persan).
- AGHABABIAN R.* Législation iranienne actuelle avec préface du Dr Matine-Daftary, ancien ministre de la justice, Paris 1939.
- AMID.* Cours de droit civil iranien. Université de Téhéran, Faculté de droit. (En persan.)
- AMIR-SOLEYMANI.* La formation et les effets du contrat en droit iranien. Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Paris, 1936.
- ARMINJON P.,
Baron Boris NOLDE
et Martin WOLFF.* Traité de droit comparé, 3 volumes, Paris 1950-1952.
- BARASSI Lodovico.* Istituzioni di diritto civile, quarta edizione, Milano 1948.
- BATIFFOL Henri.* Les conflits de lois en matière de contrat, Etude de droit international privé comparé, Paris 1938.
- BAUDRY-LACANTINERIE
et BARDE.* Traité théorique et pratique de droit civil des obligations, 3^{me} édition, Paris 1906.

- BAUDRY-LACANTINERIE G.** Traité théorique et pratique de droit civil français, supplément par Julien Bonnecase. 6 tomes, Paris 1924-1935.
- BECKER.** Obligationenrecht, Berne 1941 à 1943.
- BEHAI Cheikhe.** Djamée Abbassi (Traité de droit musulman, en persan).
- BEUDANT Charles.** Cours de droit civil français, 2^{me} édition, Paris 1936.
- BLONDEL Ch.** Volitions (dans le traité de psychologie de Dumas).
- BONNECARRÈRE Ph.
LABORDE-LACOSTE M.
CRÉMIEU L.** Précis élémentaire de droit civil français. Paris 1937.
- BOUSQUET G. H.** Le droit musulman par les textes, 2^{me} édition, Alger 1947.
- BURDEAU Georges.** Traité de science politique, 5 tomes, Paris 1949 à 1953.
- CAPITANT Henri.** Introduction à l'étude du droit civil, Paris, 5^{me} édition 1929.
- CHAÏËGAN.** Cours de droit civil iranien, Université de Téhéran, Faculté de droit. (En persan.) 1945.
- CLERC François.** Cours élémentaire sur le Code pénal suisse, Lausanne 1943.
- COLIN A. et CAPITANT H.** Cours élémentaire du droit civil français, 3 volumes, Paris 1921-1923.
- CUVILLIER A.** Manuel de philosophie, Paris 1950.
- DAVID René.** Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris 1950.
- DAEPPEN Oscar.** Le Code fédéral des obligations (art. 1 à 551, interprété par la jurisprudence du Tribunal fédéral, édition française par Charles Reymond, Zurich 1937.
- DECOTTIGNIES Roger.** Les présomptions en droit privé, Paris 1950.
- DEKKERS René.** Précis de droit civil belge, Bruxelles 1954-1955.
- DEMOGUE René.** Notion fondamentale du droit privé, Paris 1911.
- DEMOGUE René.** Traité des obligations en général, 7 volumes, Paris 1923-1933.

- DEMOLOMBE C.* Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, 7 volumes, Paris 1868 à 1878.
- DUGUIT Léon.* Traité de droit constitutionnel, 2^{me} édition, Paris 1921 à 1925.
- DUGUIT Léon.* Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 2^{me} édition, Paris 1920.
- DU PASQUIER Claude.* Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Neuchâtel 1948.
- ESMEIN Paul.* Obligations (traité de Planiol et Ripert), Paris 1952.
- FICK.* Commentaire du Code fédéral des obligations, 2 volumes, 1911, 1916, traduction française.
- FOULQUIÉ P.* Volonté, Paris 1949.
- FUNK Fritz jun.* Commentaire du Code fédéral des obligations (art. 1 à 530), Neuchâtel 1930.
- GAIUS.* Institutiones.
- GAUDEMET Eugène.* Théorie générale des obligations, Paris 1937.
- GIRARD Paul-F.* Manuel élémentaire de droit romain 1911, 1929, Paris.
- GUHL Théo.* Le droit fédéral des obligations (traduit de l'allemand), Zurich 1947.
- GUILLAUME Paul.* Introduction à la psychologie, Paris 1942.
- GUTTERIDGE H. C.* Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit, Paris 1953.
- HUVELIN Paul.* Cours élémentaire de droit romain, 2 volumes, 1927 à 1929.
- IANET Paul.* Traité élémentaire de psychologie, 4^{me} édition, Paris.
- JANET Pierre.* L'automatisme psychologique, 2^{me} édition Paris 1894 et 10^{me} édition Paris 1930.
- JOSSERAND Louis.* Cours de droit civil positif français, 3 volumes, Paris 1932-1933.
- KOENIG W.* Droit des assurances, Lausanne, Payot, 1942.

- LALANDE André.* Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris 1951.
- LAPIE Paul.* Logique de la volonté, Alcan, 1902.
- LUTOSLAWSKY Wincenty :* Volonté et liberté, Genève 1913.
- MARTIN Alfred.* Théorie des obligations (le Code des obligations), Genève 1919.
- MARTIN Alfred.* Contrats de droit civil. Genève 1923.
- MENOCHIUS.* De praesumptionibus, Genevae, MDCLXXXVI.
- MESSINEO Francesco.* Dottrina generale del contratto, Milano 1948.
- MILLIOT Louis.* Introduction à l'étude du droit musulman, Recueil Sirey 1953.
- MOHAGHEGH.* Charaye (traité de droit musulman). (En arabe.)
- MONIER Raymond.* Manuel élémentaire de droit romain, 2 volumes, Edition Domat 1945 à 1948.
- MONTESQUIEU.* De l'Esprit des lois, édition corrigée par l'auteur, Genève MDCCXLIX.
- MOSSADEGH M.* Le testament en droit musulman (secte chiit), thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel 1914.
- PANDOLFELLI G.*
SCARPELLO G.
RICHTER Stella MM.
DALLARI G. Codice civile libro delle obbligazioni, Milano 1942.
- PATRY* Le principe de la confiance. Thèse, Genève. 1953.
- PLANIOL M.*
RIPERT George et
BOULANGER J. Traité élémentaire du droit civil français, Paris 1943-1946.
- POTHIER.* Traité des obligations, 2 tomes, Paris, Debure ; Orléans, Rousseau-Montaud MDCCLXVIII.
- POTHIER.* Traité du contrat de vente, 3 tomes en 2 volumes. Paris, Debure ; Orléans, Rousseau-Montaud MDCCLXXXI.
- PRADINES Maurice.* Traité de psychologie générale, Paris 1946.
- RENAULT Pierre.* Base de la responsabilité contractuelle en matière civile et commerciale, Paris 1938.

- ROMMEN Henri.** Le droit naturel, histoire, doctrine. Traduction et introduction par Emile Marny, Paris 1945.
- ROSSEL Virgile.** Manuel de droit fédéral des obligations (art. 1 à 551), Lausanne, Payot, 1920.
- ROSSEL Virgile et MENTHA F. H.** Manuel du droit civil suisse. Trois tomes et supplément au manuel signalant les principales décisions de la jurisprudence fédérale et cantonale, Lausanne, Payot, 1922 et 1931.
- ROUSSEAU Jean-Jacques.** Du Contrat social.
- SANGUELADII M.** « Oghud-va-Ighaat. » Les contrats et les actes juridiques unilatéraux, selon la conception islamique. (En persan.)
- SAVATIER René.** Cours de droit civil français, Paris 1943-1944.
- DE SAVIGNY M.** Le droit des obligations, traduit de l'allemand par C. Gérardin et P. Jozon, 2^{me} édition, Paris 1873.
- STEPHEN'S Commentaries on the laws of England,** 21^{me} édition, London 1950.
- VON TUHR Andreas.** Partie générale du Code fédéral des obligations, traduit de l'allemand, 2 volumes, Lausanne 1933.
- TUOR Pierre.** Le Code civil suisse. Exposé systématique tenant compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, traduit de l'allemand, Zurich 1950.
- VEDEL Georges.** Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris 1949.
- WALINE Marcel.** L'individualisme et le droit, Paris 1945, Domat-Mont-Chrestien.
- ZANGUENEH.** Cours de droit commercial, Université de Téhéran, Faculté de droit. (En persan.)
- Le Coran : textes arabe et persan.
- Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien.
- Annuaire de législation étrangère, publié par le Centre français de droit comparé contenant des notices sur l'évolution législative dans les différents pays, années 1938 à 1949, Paris 1954.
- Travaux de la semaine internationale de droit musulman (Paris 2-7, juillet 1951), recueil Sirey.
- Divorce et séparation de corps dans le monde contemporain. Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, sous la direction de Gabriel Le Bras. Recueil Sirey, Paris 1952.

- Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, de 1946 à 1952.
- Travaux de la commission de réforme du Code civil français, 1945 à 1952.
- Journaux des Tribunaux, Lausanne.
- Fiches juridiques suisses, Genève.

LES PRINCIPAUX CODES CONSULTÉS

- Code civil allemand, traduit et annoté, ouvrage publié par le Comité de législation étrangère institué près le ministère de la justice française, avec le concours de la Société de législation comparée, 4 volumes, 1904-1914.
- Code civil allemand, traduction de l'Office de législation étrangère et de droit international, 1 volume, Paris 1929.
- Code international des obligations, Paris 1937.
- Code civil français.
- Code civil iranien (en persan ; les textes cités ont été traduits par l'auteur).
- Code civil suisse.
- Code suisse des obligations.
- Codice civile italiano.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

CC français	Code civil français
CC allemand	Code civil allemand
CC suisse	Code civil suisse
CO	Code suisse des obligations
CC ir.	Code civil iranien
CC italien	Code civil italien
UC	Urbe condidat

TABLE DES MATIÈRES

<i>Avant-propos</i>	I à VI
-------------------------------	--------

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

<i>Chapitre premier</i>	LES ACTES JURIDIQUES	3
	Les faits juridiques	3
	L'acte juridique	4
	Force obligatoire des actes juridiques	4
<i>Chapitre II</i>	ACTES JURIDIQUES UNILATÉRAUX, ACTES JURIDIQUES BILATÉRAUX ET MULTILATÉRAUX (CONTRAT ET DÉCISION)	7
	Actes juridiques unilatéraux	7
	Les dispositions de dernière volonté en tant qu'acte juridique (étude comparative)	9
	Nature juridique de la fondation	14
	Le divorce en tant qu'acte juridique unilatéral (<i>repudium</i>)	17
<i>Chapitre III</i>	PLURALITÉ DE VOLONTÉS : ACTES JURIDIQUES BILATÉRAUX ET MULTILATÉRAUX	20
	Actes juridiques entre vifs (<i>negotia inter vivos</i>), actes juridiques pour cause de mort (<i>negotia mortis causa</i>)	22
	Actes de disposition et actes générateurs d'obligation	23
	Actes exigeant réception	24

	Actes juridiques inconditionnels	25
	Actes juridiques strictement personnels	25
<i>Chapitre IV</i>	ÉLÉMENTS ESSENTIELS DES ACTES JURIDIQUES, PARTICULIÈREMENT DES CONTRATS	26
	<i>Essentialia negotii</i>	26
	<i>Naturalia negotii</i>	27
	<i>Accidentalialia negotii</i>	27

DEUXIÈME PARTIE

LE CONTRAT, DÉFINITION ET ESPÈCES

<i>Chapitre premier</i>	DÉFINITION DU CONTRAT	31
<i>Chapitre II</i>	ESPÈCES DE CONTRATS	
	CLASSIFICATION DOCTRINALE DES CONTRATS	38
	Contrats unilatéraux et contrats bilatéraux	38
	Contrats à titre gratuit et contrats à titre onéreux	41
	Contrats principaux et contrats accessoires	44
	Contrats consensuels et contrats réels	47
	Contrats formels et contrats non formels	49
	Contrats nommés et contrats innomés	54
	Contrats commutatifs, contrats aléatoires	57
	Promesse de contracter ou précontrat	59
<i>Chapitre III</i>	CLASSIFICATION DES CONTRATS SELON LE CODE CIVIL IRANIEN	61
	Contrats nécessaires ou obligatoires (lazem)	61
	Contrats facultatifs ou non nécessaires (djaez)	65
	Contrats avec droit de résiliation ou de résolution	72

TROISIÈME PARTIE

<i>Chapitre premier</i>	FORMATION DU CONTRAT	
	Les éléments intrinsèques ou conditions de fond de la validité des contrats	75
	Les éléments extrinsèques	80

QUATRIÈME PARTIE

<i>Chapitre premier</i>	LA VOLONTÉ	87
	Aperçu psychologique et philosophique de la volonté	88
	Les actes juridiques, particulièrement les contrats en tant qu'actes de volonté	89

<i>Chapitre II</i>	NATURE DE LA VOLONTÉ	94
	La conception intellectualiste de la volonté (théorie intellectualiste)	95
	La conception sensualiste de la volonté	95
	La volonté, faculté <i>sui generis</i> (théorie volontariste)	97

CINQUIÈME PARTIE

LA VOLONTÉ DANS LE DROIT

<i>Chapitre premier</i>	LA VOLONTÉ DES PARTIES ET LEUR CONSENTEMENT	101
<i>Chapitre II</i>	DÉCLARATION DE LA VOLONTÉ	105
	Concordance des manifestations de volonté	107
	Théorie de la volonté	108
	Théorie de la déclaration de volonté ou théorie de la confiance	109
	Système adopté par le Code civil irakien	113
	Réciprocité	114
	Points essentiels, points secondaires	115

SIXIÈME PARTIE

<i>Chapitre premier</i>	LA MANIFESTATION DE VOLONTÉ	121
	Manifestation expresse, manifestation tacite	123
	Manifestation de volonté en droit islamique (<i>chiit</i>)	127
	Silence	130
<i>Chapitre II</i>	LES PRÉSOMPTIONS	136
	<i>Praesumptio juris</i>	137
	<i>Praesumptio hominis</i>	138

SEPTIÈME PARTIE

<i>Chapitre premier</i>	LA CONCLUSION DU CONTRAT	141
	Les préliminaires du contrat	141
<i>Chapitre II</i>	L'OFFRE ET L'ACCEPTATION	145
	L'offre de contracter et les conditions auxquelles elle doit répondre	147
	L'offre implique la volonté de conclure (<i>intentio contrahendi, animus obligandi</i>)	148
	Caractère obligatoire de l'offre	150
	Temps pendant lequel l'offre est obligatoire	150
	Système français	152

	Système allemand	155
	L'auteur de l'offre décède ou devient incapable avant la déclaration d'acceptation	157
	Contrat conclu entre présents	159
	Contrat conclu au cours d'un entretien téléphonique	161
	Contrat entre absents	162
	Acceptation	169
	Le refus	171
	Retrait ou révocation de l'offre et de l'acceptation	171
<i>Chapitre III</i>	MOMENT OU LE CONTRAT PREND NAISSANCE, MOMENT A PARTIR DUQUEL LE CONTRAT DÉ- PLOIE SES EFFETS	175
	Entre présents	175
	Entre absents	176
	Les principes doctrinaux relatifs à la détermination du moment de la conclusion du contrat conclu entre absents	176
	Théorie de l'émission (Aeusserungstheorie)	176
	Théorie de l'expédition (Uebermittlungstheorie)	178
	Théorie de la réception (Empfangstheorie)	179
	Théorie de l'information ou de la perception (Verneh- mungstheorie)	180
	Système du Code suisse de obligations	181
<i>Bibliographie :</i>		185
<i>Liste des abréviations</i>		190

*Achévé d'imprimer le 1^{er} juin 1956
sur les presses
de l'Imprimerie Nouvelle L.-A. Monnier
à Neuchâtel-Suisse*