

SALIM ERAY

LA NATURE JURIDIQUE
DES FIANÇAILLES

THÈSE

POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

LAUSANNE
IMPRIMERIE LA CONCORDE

1945

**LA NATURE JURIDIQUE
DES FIANÇAILLES**

Sur la proposition de Monsieur le professeur CHARLES KNAPP, le Conseil de la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel autorise l'impression de la thèse de M. SALIM ERAY, intitulée :

La nature juridique des fiançailles.

Approbation ou improbation n'est donnée aux opinions soutenues, qui doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, 23 juillet 1945.

Le Doyen de la Faculté de Droit :

CH. KNAPP.

En terminant cette thèse, nous tenons à exprimer à Monsieur le Doyen CHARLES KNAPP toute notre reconnaissance pour l'intérêt qu'il a bien voulu porter à notre travail et la bienveillance avec laquelle il nous a guidé de ses précieux conseils.

*En reconnaissance
à ma grand-mère et à mon père.*

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	15
INTRODUCTION	21

PREMIÈRE PARTIE

Les théories contractuelles.

CHAPITRE PREMIER : <i>Théorie du contrat purement obligationnel</i>	23
CHAPITRE II : <i>Théorie du contrat mixte</i>	31
CHAPITRE III : <i>Théorie du contrat du droit de famille</i>	33
§ 1. <i>Théorie du précontrat du droit de famille</i>	33
§ 2. <i>Théorie du contrat (principal) du droit de famille</i>	41
CHAPITRE IV : <i>Les fiançailles considérées comme contrat de société du droit de famille</i>	47
CHAPITRE V : <i>Critique générale de la théorie du contrat</i>	52

DEUXIÈME PARTIE

Les théories du fait.

CHAPITRE PREMIER : <i>La théorie délictuelle</i>	63
§ 1. <i>Exposé de la théorie</i>	63
§ 2. <i>Critique de la théorie délictuelle</i>	70
I. — <i>Critique générale</i>	70
II. — <i>Théorie de l'abus des droits</i>	76
III. — <i>Conclusion sur la théorie délictuelle</i>	79
CHAPITRE II : <i>Théorie de la promesse de garantie</i>	82
CHAPITRE III : <i>Théorie de la culpa in contrahendo</i>	85
CHAPITRE IV : <i>Théorie de l'équité</i>	90
CONCLUSION	102

BIBLIOGRAPHIE

- ANGELESCO, D.-G. : *Des promesses de mariage*. Thèse. Paris, 1911.
- ANGELESCO, R. : *De la rupture des promesses de mariage*. Thèse. Paris, 1914.
- AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, 4^e éd., 12 vol. Paris, 1872.
- BACKHAUS : *Das Verlöbniß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*. Thèse. Marburg, 1915.
- CARNET : *Les fiançailles*. Thèse. Lyon, 1903.
- COLIN, A. : *Des fiançailles et des promesses de mariage*. Thèse. Paris, 1887.
- COLIN, A. et CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^e éd. par Julliot de la Morandière, 3 vol. Paris, 1942.
- COLIN, P. : *Etude sur les fiançailles en droit comparé*. Thèse. Paris, 1921.
- CURTI-FORRER : *Commentaire du Code civil suisse*, trad. M.-E. Porret. Neuchâtel, 1912.
- DELVINCOURT : *Cours de code civil*, 4^e éd., 3 vol. Paris-Dijon, 1834.
- DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, 3 vol. Paris, 1866-1882.
- DEURBERGUE : *De la promesse de mariage dans le droit moderne*. Thèse. Paris 1932.
- DITTENBERGER : *Das Verlöbnißrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. Halle, 1901.
- DORN : *Das Verlöbniß als Rechtsbegriff*. Thèse. Tübingue, 1910.
- DURANTON : *Cours de droit français suivant le code civil*, 2^e éd. 22 vol. Paris, 1828-1842.
- EGGER : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. II, 1^{re} part., 2^e éd. Zurich, 1936.
- ENDEMANN : *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, t. I, 8^e éd. Berlin, 1903.

- ESSER : *Eine kritische Betrachtung über die Rechtsnatur des Verlöbnisses.* Thèse. Greifswald, 1917.
- GIRARD : *Manuel élémentaire de droit romain, 9^e éd.* Paris, 1929.
- GIRAUD : *Les promesses de mariage.* (Revue critique de droit et de jurisprudence, 1888.)
- GLASSON : *Le consentement des époux au mariage. — Le mariage civil et le divorce, 2^e éd.* Paris, 1866.
- GMÜR : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, t. II, 1^{re} part., 2^e éd.* Berne, 1923.
- GÖBBEL : *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses.* Thèse. Göttingue, 1920.
- GOLDMANN, LILIENTHAL, STERNBERG : *Das Bürgerliche Gesetzbuch, t. III.* Berlin, 1921.
- HAYRI : *Le contrat de fiançailles en droit et en jurisprudence suisses et turcs.* Thèse. Genève, 1933.
- HENLE : *Nicht-Ehe. Ein Beitrag zu den Grundbegriffen des deutschen bürgerlichen Eherecht.* Stuttgart, 1915.
- HORNING : *Das Recht des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung.* Thèse. Erlangen, 1916.
- HUC : *Commentaire théorique et pratique du Code civil.* Paris, 1892.
- JACOBI : *Das persönliche Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2^e éd.* Berlin, 1899.
- JACOMET : *Des fiançailles et des promesses de mariage.* Thèse. Montpellier, 1902.
- JOCHMANN : *Der Schadenersatzanspruch bei Verlöbnißbruch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.* Thèse. Breslau, 1921.
- JOSSE RAND : *Le problème juridique de la rupture des fiançailles.* (DALLOZ : *Recueil périodique et critique*, 1927, p. 21 ss.)
- *Cours de droit civil positif français, 3^e éd., 3 vol.* Paris, 1939.
- *L'abus des droits.* Paris, 1927.
- *De l'esprit des droits et de leur relativité.* Paris, 1939.
- JUNG : *Das Verlöbniß als familienrechtlicher Gesellschaftsvertrag.* Thèse. Kiel, 1931.
- KÖNIG : *Das Recht des Verlöbnisses, seine geschichtliche Entwicklung und heutige Gestaltung.* Thèse. Greifswald, 1916.

- KÖHN : *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses*. Thèse. Marburg, 1928.
- KUNZE : *Ueber die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*. Thèse. Leipzig, 1907.
- LAFOURCADE : *Etude historique des fiançailles*. Thèse. Bordeaux, 1902.
- LÄMMLER : *Das Verlöbnißrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*. Thèse. Leipzig, 1905.
- LAURENT : *Principes de droit civil français*, 33 vol. Bruxelles-Paris, 1876.
- LEFEBVRE : *Le problème de la rupture des fiançailles ou promesse de mariage en jurisprudence*. Thèse. Dijon, 1935.
- LEGROS : *De la responsabilité en cas de nullité des contrats*. Thèse. Dijon, 1900.
- LEITZMANN : *Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*. Thèse. Leipzig, 1906.
- LINDENMEYER : *Les fiançailles et les promesses de mariage dans le droit et la jurisprudence*. Thèse. Lausanne, 1901.
- DE MALLEVILLE : *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'Etat*, 2^e éd., 4 vol. Paris, 1807.
- MARCADÉ : *Explication théorique et pratique du code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, 7^e éd., 12 vol. Paris, 1873.
- MATTHIAS : *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Lehre und Rechtsprechung*. Thèse. Leipzig, 1931.
- MEISNER : *Kommentar zum vierten Buche des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*. Breslau, 1905.
- MERLIN : *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., 15 vol. Paris, 1812-1815.
- MEULENÈRE : *Le code civil allemand (traduit et annoté)*. Paris, 1897.
- MORR : *Das Verlöbniß in seiner juristischen Konstruktion und praktischen Bedeutung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. Thèse. Rostock, 1903.
- NATHAN : *Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*. Thèse. Rostock, 1902.

- NESS : *Natur und Inhalt des Verlöbnißvertrages*. Thèse. Heidelberg, 1909.
- NIXDORF : *Die Rechtsnatur des Verlöbnißes*. Thèse. Breslau, 1926.
- PETERSEN : *Begriff, Wesen und Rechtsnatur des Verlöbnißes, seine Eingehung und Auflösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*. Thèse. Iéna, 1908.
- PLANIOL : *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e éd., 3 vol. Paris, 1942.
- PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de droit civil français*, t. II, avec la collaboration de A. Rouast. Paris, 1926.
- RERBEIN : *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen*, t. I. Berlin, 1899.
- RIEGER : *Das Verlöbniß nach Bürgerlichem Recht*. Thèse. Heidelberg, 1913.
- ROCA : *Les fiançailles ou promesses de mariage*. Thèse. Montpellier, 1908.
- ROGUIN : *Traité de droit civil comparé*, 8 vol. Lausanne-Paris, 1904-1912.
- ROSSEL et MENTHA : *Manuel du droit civil suisse*, 2^e éd., 3 vol. Lausanne-Genève, 1922.
- SASSE : *Das Verlöbniß im Bürgerlichen Gesetzbuch. Seine Geschichte, juristische Konstruktion und rechtliche Bedeutung*. Thèse. Heidelberg, 1906.
- VON SCHEURL : *Das gemeine deutsche Eherecht und seine Umbildung durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung*. Erlangen, 1882.
- SCHMIDT : *Die Rechtliche Natur des Verlöbnißes*. Thèse. Iéna, 1933.
- SCHULTZ : *Willensmängel bei Verlöbnißes*. Thèse. Breslau, 1914.
- STAUDINGER-ENGELMANN : *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz*, t. IV, 1^{re} part., 9^e éd. Munich, Berlin et Leipzig, 1926.
- STUTZ : *Die Rechtsnatur des Verlöbnißes nach deutschem bürgerlichen Recht*. Tubingue, 1900.
- TITZE : *Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Liv. IV. Berlin et Leipzig, 1924.
- TOULLIER : *Droit civil français suivant l'ordre du code*, 17 vol. Paris, 1830-1835.

- VON TUHR : *Partie générale du Code fédéral des obligations.*
Trad. E. Thilo et M. de Torrenté, 2^e éd., 2 vol.
Lausanne, 1933.
- TUOR : *Le Code civil suisse*, 4^e éd., trad. H. Deschenaux.
Zurich, 1942.
- VAÏSSE : *De l'inexécution de la promesse de mariage.* Thèse.
Paris, 1901.
- VON DER WEID : *La réparation du tort moral causé par la rupture des fiançailles.* Thèse. Fribourg, 1942.

INTRODUCTION

Les fiançailles sont une institution assez singulière : organisées d'une façon à peu près identique par les droits modernes, il est cependant fort difficile, non seulement à première vue mais même après un examen sérieux, de les classer dans une catégorie juridique définie, bien que leurs effets soient réglés d'une manière relativement minutieuse par la législation ou la jurisprudence des divers pays. Aussi n'est-il pas surprenant que la doctrine se soit fréquemment attachée à résoudre le problème de leur nature juridique.

C'est ce même problème que nous abordons dans la présente étude. Nous tenons à insister d'emblée sur la limitation que nous apportons à notre sujet. La question que nous nous posons est la suivante : quelle est la valeur des fiançailles au regard du droit ? à quelle espèce d'acte juridique appartiennent-elles ? constituent-elles même un acte juridique ? C'est dire que nous laissons de côté toute étude des effets des fiançailles, et surtout de leur rupture, considérés en eux-mêmes ; nous ne les retiendrons et ne les examinerons que dans la mesure où ils seront propres à nous éclairer sur la nature juridique de l'institution elle-même.

Ce sont les théories modernes et notamment celles qui ont été émises depuis les récentes codifications qui retiendront notre attention. On peut ramener l'ensemble de ces théories à deux grandes catégories : celle qui considère les fiançailles comme un contrat et celle qui les regarde comme un fait.

Si tous les partisans de la première catégorie s'entendent pour donner aux fiançailles la valeur d'un acte juridique parfait, d'un contrat, il s'en faut qu'ils tombent d'accord sur la nature exacte de ce contrat : pour les uns, il s'agit d'un contrat analogue à un contrat du droit commun, pour d'autres, d'un contrat ou même d'un précontrat du droit de famille, ou encore d'un contrat mixte, participant à la fois du droit commun et du droit de famille ; il est un auteur enfin qui considère les fiançailles comme un « contrat de société du droit de famille ».

Le désaccord existe d'ailleurs également parmi les partisans des théories du « fait », qui se refusent à voir dans la promesse de mariage autre chose qu'un simple échange de projets sans aucune valeur juridique. Ils expliquent les divers effets, que cependant le droit leur attribue, par des considérations étrangères à toute existence juridique des fiançailles. Mais leur accord s'arrête là et les divergences apparaissent dès qu'il s'agit de donner une explication positive de la réglementation des fiançailles, les uns voyant dans la rupture injustifiée un acte illicite, d'autres, une *culpa in contrahendo*, d'autres encore voyant dans les fiançailles une simple promesse de garantie, les derniers enfin, auxquels nous nous rattacherons en principe, rendant compte des particularités de la promesse de mariage par des considérations tirées de l'équité.

C'est donc à l'étude et à l'examen critique de ces deux groupes de théories que nous consacrerons les deux parties de notre travail.

PREMIÈRE PARTIE

Les théories contractuelles

CHAPITRE PREMIER

Théorie du contrat purement obligationnel.

Ceux qui estiment que la promesse de mariage est un contrat sont loin de s'entendre sur la nature même de ce contrat. Pour les uns, *il s'agit d'un contrat purement obligationnel, c'est-à-dire relevant du droit des obligations* et auquel, par conséquent, les règles générales de cette partie de la législation doivent pouvoir être appliquées ; pour les autres, il s'agit bien d'un contrat, mais d'un contrat du droit de famille et donc soumis aux règles spéciales régissant cette catégorie d'actes juridiques ; et même parmi les partisans de cette dernière opinion, on peut distinguer ceux qui voient dans les fiançailles un précontrat du droit de famille et ceux qui en font un contrat principal. Enfin, d'autres se prononcent en faveur d'un contrat mixte, réunissant les caractères d'un contrat purement obligationnel et ceux d'un contrat du droit de famille.

Pour les tenants du contrat purement obligationnel, les fiançailles consistent dans la promesse réciproque que deux personnes de sexe différent font de se marier ensemble. L'objet du contrat est donc tout entier contenu dans l'obligation de contracter mariage.

Cette conception est une survivance manifeste de l'époque où les fiançailles étaient un contrat obligationnel, un *pactum de contrahendo*, dont on peut trouver l'origine dans la célèbre définition de Florentin : *Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum*. Elle a subsisté alors même que les fiançailles étaient progressivement dépouillées, en cas d'inexécution, de tous les effets qui résultaient pour elles de leur nature de contrat obligationnel, tels que l'action en exécution du mariage et l'action en réclamation de la valeur que représentait l'exécution du contrat (*Erfüllungsinteresse*).

Cependant, déjà à l'époque où l'on pouvait encore agir, en cas d'inexécution des fiançailles, pour réclamer l'intérêt que représentait leur exécution, on remarquait que l'obligation de contracter le mariage n'a pas pour objet une valeur pécuniaire ou une prestation appréciable en argent ; aussi apparaissait-il douteux qu'on pût en faire l'objet d'un contrat, cette valeur pécuniaire étant considérée comme le caractère essentiel de l'objet d'un contrat purement obligationnel.

La raison, cependant, ne paraît pas suffisante. Rien ne permet de dire que l'obligation ait nécessairement pour objet une prestation de valeur pécuniaire. On peut parfaitement admettre que tout intérêt digne d'être protégé puisse être l'objet d'une obligation, même s'il ne peut être apprécié en argent. Ainsi, en décidait déjà le droit romain, qui accordait par exemple une action sanctionnant la promesse d'affranchissement d'un esclave¹. Aussi le fait que les fiançailles ne sont pas susceptibles d'une appréciation pécuniaire ne suffirait donc pas pour dénier à celles-ci le caractère de contrat obligationnel.

En revanche, on peut voir un motif très pertinent de

¹ D. 54, 17, 1.

rejeter cette théorie dans le fait qu'elle méconnaît entièrement tout le côté moral des fiançailles et ne peut convenir en somme qu'aux obligations toutes matérielles et extérieures qui incombent aux fiancés comme la coopération en vue d'obtenir les publications, le fait de se procurer les papiers nécessaires, etc. Ces obligations, bien que dépourvues de tout caractère pécuniaire, sont loin de constituer l'essentiel des fiançailles, qui réside au contraire dans un ensemble de rapports étroits et personnels, de devoirs intimes, de relations d'affection. Tous ces rapports sont uniquement déterminés par les mœurs, la morale et le sentiment populaire, et ne relèvent en rien des règles régissant les obligations.

Voir dans ces rapports d'intimité un rapport obligatoire qui créerait entre fiancés une relation de créancier à débiteur révèle une méconnaissance complète des fiançailles, auxquelles il n'est donc pas possible de conférer le caractère d'un contrat purement obligationnel.

Cette théorie, qui n'a guère été soutenue en Allemagne ¹, a été celle de la jurisprudence française jusqu'en 1838.

La Révolution n'avait pas considéré les fiançailles avec sympathie. D'une part, les idées nouvelles de liberté faisaient envisager avec méfiance une institution qui exigeait avant tout le consentement des parents et se préoccupait fort peu de l'avis des intéressés eux-mêmes. D'autre part, le mouvement de laïcisation créait une prévention à l'égard des fiançailles, auxquelles on reprochait leur caractère ecclésiastique ; à tort, d'ailleurs, car si, en fait, les fiançailles se concluaient le plus souvent à l'église, en présence d'un prêtre, elles n'en étaient pas moins, en droit, un contrat civil. Enfin, l'esprit de liberté, mentionné

¹ Le seul représentant est REHBEIN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen*, t. I, p. 208.

plus haut, était poussé si loin que le mariage lui-même était considéré comme un simple contrat ordinaire, résoluble non seulement par consentement mutuel des époux, mais encore au gré de l'un d'eux, en cas d'incompatibilité d'humeur, par exemple ¹.

Dans ces conditions, on conçoit qu'il n'était pas possible de conférer aux fiançailles un effet juridique que le mariage lui-même n'avait plus. Aussi les lois révolutionnaires condamnent-elles les fiançailles, tout en les ignorant !

Pendant, lors de l'élaboration du Code civil, la question des fiançailles fut soulevée, mais seulement à propos de la discussion sur l'article 340 du Code civil, relatif à la recherche en paternité. Il s'agissait de savoir quels seraient les effets d'une promesse de mariage si celle-ci était suivie de grossesse. La question donna lieu à une délibération au Conseil d'Etat qui, n'ayant pas abouti à une décision, fut ajournée. Soit par oubli, soit intentionnellement, la discussion ne fut pas reprise. Giraud ² écrit à ce sujet : « Tirillés entre les souvenirs du passé et l'esprit qui avait dicté la loi de brumaire, an II (qui restreignait la recherche en paternité), partagés entre le respect des promesses de mariage contre lesquelles aucune protestation ne s'était élevée et des répugnances contre la recherche en paternité..., jouets enfin de courants contraires, ils n'ont pu que formuler de timides protestations... ils ont posé la question mais, comme elle était insoluble, ils l'ont bien vite abandonnée, politique suivie invariablement par ceux qui ont de bonnes intentions, mais ne savent pas accepter les conditions nécessaires pour les réaliser. »

Quoi qu'il en soit, le Code civil ne parle pas des fiançailles.

¹ Loi du 20 septembre 1792 et décrets des 8 nivôse et 4 floréal an II.

² L. GIRAUD, *Les promesses de mariage* (Revue critique de droit et de jurisprudence, 1888, p. 675 ss.).

Devant ce silence de la loi, il appartenait à la jurisprudence d'établir les règles relatives aux fiançailles ; car si celles-ci étaient ignorées du Code, elles n'en restaient pas moins une institution courante dans les mœurs, et il était par conséquent nécessaire d'établir au moins les règles relatives à leur rupture.

La jurisprudence a varié sur ce point au cours du XIX^e siècle. Les premières décisions judiciaires prises après la promulgation du Code¹ n'ont pas considéré que le silence du Code au sujet des fiançailles dût avoir pour conséquence que celles-ci fussent dépourvues de toute sanction. Au contraire, ils admirent que les fiançailles sont un contrat synallagmatique, ayant pour objet réciproque une obligation de « faire » (art. 1142)², et que, comme telles, elles doivent se résoudre, en cas d'inexécution, en dommages et intérêts. Ainsi la Cour de Trêves déclare dans un arrêt du 5 février 1808³ « que le mariage n'est que l'accomplissement d'une promesse préexistante de célébrer le mariage d'après les formalités prescrites par la loi ; que cette convention préliminaire, soit qu'on l'appelle fiançailles ou promesse de mariage, existe sous le Code Napoléon aussi bien qu'elle a existé dans les anciennes lois, et doit produire les mêmes effets puisqu'elle forme *un contrat synallagmatique obligatoire qui contient l'obligation de faire et qui entre dès lors dans l'application de l'article 1142 du dit Code dont la disposition générale renferme la chose quoique les mots fiançailles et promesses de mariage n'y soient pas nommément exprimés* ».

¹ Nîmes, 6 août 1806 (Sirey 1806, II, 476) ; Trêves, 5 fév. 1808 (Sirey 1808, II, 169) ; Agen, 2 avril 1810 (Sirey 1811, II, 118) ; Toulouse, 16 fév. 1813 (Daloz, Rép. v^o Mariage, n^o 73) ; Cour de Cassation 17 août 1814 (Sirey 1815, I, 18) ; Rouen, 28 fév. 1815 (Sirey 1815, II, 224) ; Colmar, 12 mai 1818 (Daloz, Rép., v^o Mariage, n^o 83).

² « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

³ 5 février 1808 (Sirey 1808, II, 169).

Ces arrêts mentionnés plus haut constituent la jurisprudence constante jusqu'en 1838 et s'inspirent de la doctrine de Toullier¹ et de Merlin². Ceux-ci, profitant du silence du Code et sous l'influence du droit canonique et de l'ancien droit, considèrent les fiançailles comme un contrat du droit des obligations. « Oserait-on mettre en doute, écrivait Merlin³, que les promesses de mariage sont réprouvées par le Code Napoléon ? Oserait-on bien tirer du silence du Code à cet égard une autre conséquence si ce n'est qu'il ne les assujettit pas à des règles spéciales et qu'il les laisse sous l'empire du droit commun des contrats ? » Toullier, de son côté, soutenait la même idée : « Les promesses de mariage contiennent l'obligation de faire une chose licite et honnête. Que toute obligation de faire une chose honnête doit être exécutée. Que tout ce qu'a pu faire la loi en faveur de la liberté bien entendue du mariage a été de ne pas permettre d'employer les voies juridiques pour contraindre une personne à l'accomplir et de résoudre en dommages-intérêts les promesses de mariage en cas de non exécution, à moins que le refus d'exécuter ces promesses, qui n'a le plus souvent d'autre cause que des motifs d'intérêts, de vanité ou d'inconstance, n'est pas moins condamnable que l'inexécution de toute autre promesse. Qu'ainsi, quoique le mariage doive être libre, néanmoins après que l'engagement de le contracter a été valablement formé, il n'est plus permis de manquer impunément à sa parole ; qu'en dispensant celui qui la viole de dommages-intérêts, qui sont dus toutes les fois qu'on ne justifie pas que l'inexécution de l'obligation a un motif légitime (art. 1147), ce n'est point la liberté du mariage qu'on favorise, mais la mauvaise foi, la vanité

¹ TOULLIER, *Droit civil français*.

² *Répertoire*.

³ *Rép.*, v^o Peine contractuelle, § 1, p. 102.

ou l'intérêt, tout au moins l'infidélité qui, comme le disait fort bien l'Avocat général Talon, doit être punie par des dommages-intérêts. »¹

Nous constatons que la jurisprudence et la doctrine étaient d'accord pour admettre que la promesse de mariage est une obligation de faire et que sa simple inexécution donnait lieu à des dommages-intérêts, mais il y avait divergence de vues sur les questions de la clause pénale et l'évaluation des dommages-intérêts. Ces derniers, d'après l'article 1149, doivent comprendre le dommage éprouvé (*damnum emergens*) et le gain manqué (*lucrum cessans*). Toullier prend en considération le gain manqué aussi bien que la perte causée par l'inexécution, mais Merlin refuse catégoriquement le *lucrum cessans*². Cette divergence d'opinions se trouve également dans la jurisprudence³.

Toullier⁴ et Merlin s'entendent sur la validité de la

¹ TOULLIER, VI, n° 300.

² MERLIN, *Rép.*, v° Fiançailles : « Les dommages et intérêts s'estiment eu égard au préjudice réel que l'autre fiancé a pu souffrir et non pas à l'avantage qu'il peut perdre. »

³ L'arrêt de la Cour de Colmar du 23 juillet 1806 (DALLOZ, *Rép.*, v° Mariage, n° 86) accorde des dommages et intérêts évalués d'après le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. La Cour d'Agen, au contraire, dans un arrêt du 2 avril 1810 (Sirey 1811, II, 18), affirme qu'il est de principe en cette matière que les dommages et intérêts ne sont dus qu'à raison du préjudice que l'on éprouve et non des avantages qu'on perd.

⁴ « Mais comme dans toutes les promesses de faire, l'évaluation des dommages et intérêts est toujours difficile et donne lieu souvent à des contestations et à des procès, le Code permet aux parties de les évaluer elles-mêmes d'avance par une clause pénale qui en tient lieu et de stipuler que celui des contractants qui manquera à sa parole paiera une somme déterminée à titre de dommages-intérêts, sans permettre au juge de la modifier et d'allouer une somme ni plus forte ni moindre (art. 1252). Le Code n'a point excepté les promesses de mariage de cette disposition ; il faut donc en conclure que les clauses pénales ajoutées aux promesses de mariage sont valables aussi bien que celles qui sont ajoutées aux autres promesses de faire. Toutefois, l'excès de la peine stipulée dans une promesse de mariage deviendrait un indice de surprise ou de séduction qui, joint à d'autres circonstances, pourrait en faire prononcer la nullité. » *Op. cit.*, t. VI, n° 301.

clause pénale stipulée dans le contrat de fiançailles qui fixe à l'avance les dommages-intérêts en cas de non exécution de la promesse.

Toute cette conception des fiançailles a été abandonnée dès 1838 pour être remplacée par la théorie qui voit dans la promesse de mariage un simple fait mais dans sa rupture, un acte illicite justifiant l'allocation de dommages-intérêts ¹.

En revanche, le droit anglo-saxon est resté fidèle à la notion des fiançailles considérées comme un pur contrat ² soumis aux règles générales du droit des obligations, notamment en ce qui concerne la capacité, l'exécution et l'inexécution du contrat ³, la réparation en cas de rupture. C'est ainsi qu'il n'est pas possible de se fiancer avant l'âge de vingt et un ans, et en cas de rupture, le fiancé fautif peut être tenu à des dommages-intérêts proportionnés à sa situation, et cela tant pour réparer la perte subie que le manque à gagner ⁴.

¹ Voir *infra*, p. 63) l'exposé de cette théorie et la critique qu'elle a faite de la conception française des fiançailles en tant que contrat obligationnel.

² Cf. notamment Haute Cour de Justice, King's Bench Division (*Clunet*, 1907, p. 792).

³ « Toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution, à moins que son exécution ne soit contraire à une loi d'ordre public » (Cour de l'Etat de Washington, 30 mai 1908, *Clunet*, 1908, p. 1254).

⁴ LINDENMEYER, *op. cit.*, p. 91.

CHAPITRE II

Théorie du contrat mixte.

La théorie du contrat purement obligationnel méconnaissant par trop le caractère de droit de famille des fiançailles, certains auteurs¹ ont été amenés à concevoir la promesse de mariage comme un contrat mixte relevant à la fois du droit des obligations et du droit de famille. Ainsi, pour von Scheurl², par exemple, les fiançailles sont un double rapport : « C'est un rapport juridique relevant en même temps du droit des obligations et du droit de famille et résultant des droits réciproques que les fiancés ont l'un vis-à-vis de l'autre. » Les fiançailles sont donc un contrat obligationnel produisant en même temps des effets de droit de famille. On reconnaît ainsi le caractère de droit de famille des fiançailles, sans considérer les fiancés comme de simples créancier et débiteur d'une obligation.

Ce contrat de nature mixte a, d'autre part, pour conséquence de donner naissance au *statut des fiançailles*, qui a pour contenu, d'après Dittenberger³ « d'une part, de faire tout ce qui est nécessaire pour la réalisation convenable du mariage promis et, d'autre part, de s'abstenir

¹ DITTENBERGER, *Das Verlöbnißrecht im B. G. B. für das Deutsche Reich*, p. 59-60 ; KÖNIG, *Das Recht des Verlöbnißes*, p. 105 ; KÖHN, *Die Rechtsnatur des Verlöbnißes*, p. 44 ; VON SCHEURL, *Eherecht*, t. I, p. 474 ss.

² *Loc. cit.*

³ *Loc. cit.*

de tout ce qui rendrait ce but impossible ou difficile à atteindre ».

A y regarder de près, cependant, cette théorie mixte n'est pas autre chose que la théorie du contrat obligationnel. Cela résulte tout d'abord de l'insistance avec laquelle ses partisans mettent l'accent sur l'élément obligatoire de ce contrat. Cela résulte aussi d'un arrêt du Reichsgericht¹ qui, bien que suivant la théorie de von Scheurl, déclare : « Mais, en outre et avant tout, les fiançailles sont un contrat obligationnel, soit un *pactum de contrahendo* au sens large. » Le fait que cette théorie prétend que la promesse de mariage engendre un statut des fiançailles ne suffit pas à la distinguer de la théorie du contrat obligationnel car celle-ci aboutit au même résultat bien qu'elle ne le déclare pas. Le critère de distinction est ainsi purement formel et extérieur.

Se confondant ainsi avec la théorie du contrat obligationnel, la théorie mixte mérite les mêmes critiques que la précédente. Bien qu'ayant amené quelque lumière dans le débat, elle doit également être rejetée parce que trop conçue encore sous l'influence des idées anciennes. C'est avec ces influences qu'ont résolument rompu les théories qui voient dans les fiançailles un contrat du droit de famille uniquement.

¹ T. 29, p. 98.

CHAPITRE III

Théorie du contrat du droit de famille.

Si tous les partisans de cette théorie s'accordent pour exclure de la notion de fiançailles tout élément qui ferait d'elles un contrat soumis entièrement au droit des obligations, il existe cependant entre eux une divergence sur un autre point, les uns estimant qu'il s'agit d'un précontrat du droit de famille, les autres, d'un contrat principal.

§ 1. THÉORIE DU PRÉCONTRAT DU DROIT DE FAMILLE.

Comme son nom l'indique, cette théorie voit dans les fiançailles un précontrat organisé par le droit de famille et dont l'objet consiste dans la conclusion future du contrat principal qu'est le mariage ¹.

De ce point de vue, les fiançailles peuvent être définies, selon Mathias ², « le précontrat du droit de famille par lequel un homme et une femme se promettent réciproquement le mariage futur ».

¹ DORN, *Das Verlöbniß als Rechtsbegriff*, p. 47 ss. ; HORNING, *Das Recht des Verlöbnißes nach dem B. G. B.*, p. 81 ss. ; LÄMMLER, *Das Verlöbnißrecht nach dem B. G. B.*, p. 44 ss. ; ESSER, *Eine kritische Betrachtung über die Rechtsnatur des Verlöbnißes*, p. 50 ; RIEGER, *Das Verlöbniß nach Bürgerlichem Recht*, p. 31 ss. ; KUNZE, *Ueber die juristische Konstruktion des Verlöbnißes nach dem B. G. B.*, p. 52 ss. ; MOHR, *Das Verlöbniß in seiner juristischen Konstruktion und praktischen Bedeutung...*, p. 48 ss. ; SASSE, *Das Verlöbniß im B. G. B.*, p. 47 ss. ; PETERSEN, *Begriff, Wesen und Rechtsnatur des Verlöbnißes...*, p. 45 ss. ; MATHIAS, *Die Rechtsnatur des Verlöbnißes nach dem B. G. B.*, p. 38 ss.

² *Op. cit.*, p. 42.

Contrairement à la conception qui voit dans les fiançailles un contrat principal et que nous examinerons plus loin ¹, l'accent est mis ici sur l'acte même des fiançailles. La théorie du précontrat, au lieu de faire des diverses obligations qui s'imposent aux fiancés la conséquence de la création du statut des fiançailles ², les considère au contraire comme l'effet de la promesse de mariage elle-même ; pour les partisans de cette théorie, « ces obligations ne sont nullement l'effet du statut des fiançailles : c'est précisément leur ensemble qui constitue ce statut » ³.

Partant de ce point de vue, les adeptes de la théorie du précontrat pensent pouvoir rendre compte des règles juridiques auxquelles sont soumises les fiançailles : la réparation imposée au fiancé qui rompt sans justes motifs est une conséquence de la violation d'une obligation contractuelle du droit de famille ; ce n'est qu'un cas d'application du principe général — encore qu'il soit un peu affaibli par le caractère de droit de famille des fiançailles — selon lequel les conventions doivent être respectées et leur violation engendre une obligation de réparer. Quant au droit des parents des fiancés et même de tiers d'exiger, dans certains cas, une indemnité, il s'expliquerait par le fait que les fiançailles ne créent pas seulement un lien entre les fiancés eux-mêmes mais encore entre chacun d'eux et la famille de l'autre. Ce rapport, analogue à un rapport de parenté, permet de fonder, en faveur de ces personnes, une action en dommages-intérêts contre le fiancé qui, par sa rupture injustifiée, a porté atteinte à leur patrimoine.

On peut porter à l'actif de cette théorie l'élément suivant : c'est que si l'on adopte les prémisses dont partent ses partisans et qu'on admette que les fiançailles sont un

¹ *Infra*, p. 41 ss.

² Cf. *infra*, p. 42.

³ MATHIAS, *op. cit.*, p. 42.

acte de nature contractuelle, force est de conclure que les fiançailles sont un précontrat et non pas un contrat principal, comme le veulent d'autres adeptes des théories contractuelles. Qu'est-ce, en effet, qu'un précontrat ? C'est un acte par lequel on tend à assurer la conclusion d'un contrat et qui tire de ce dernier toute sa raison d'être. Le précontrat n'a aucune valeur et n'offre aucun intérêt indépendamment du contrat principal. Il en va de même des fiançailles : elles finissent soit par le mariage, soit par la rupture. On se fiance, non pas pour rester fiancé, mais pour se marier. Les fiançailles existent donc en fonction du mariage qu'elles ont pour but de préparer. Elles n'offrent aucun intérêt pour elles-mêmes et ne tirent leur valeur que du mariage, auquel elles sont liées et dans lequel elles doivent s'achever. Elles sont donc bien, à l'égard du mariage, dans le même rapport que le précontrat à l'égard du contrat principal.

Cette conception a cependant fait l'objet de diverses critiques.

1. On a fait valoir, tout d'abord¹, que les fiançailles ne sauraient être un précontrat, car celui-ci remplit essentiellement une fonction de garantie.

Or cette fonction ne serait pas assurée en la matière, puisque le fiancé fidèle ne peut réclamer, en cas de rupture, la valeur de l'intérêt que représentait pour lui l'exécution du contrat ; il n'a pas droit, en effet, à l'*Erfüllungsinteresse*.

Sans contester la fonction de garantie du précontrat, on ne saurait, cependant, en tirer une conséquence aussi extrême. Car toutes les législations accordent aux fiancés une protection contre la rupture injustifiée et leur donnent par là une certaine garantie. Il importe peu que la loi

¹ STUTZ, *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichen Recht*, p. 34 et 35.

limite cette garantie au dommage effectivement subi et ne l'étende pas au manque à gagner¹.

2. Une seconde critique consiste à dénier aux fiançailles le caractère du précontrat pour la raison que, le mariage étant obligatoirement précédé de fiançailles, celles-ci sont inévitables. Or le précontrat n'est qu'un moyen facultatif mais non obligatoire d'arriver au contrat principal².

Il est incontestable que le précontrat a un caractère essentiellement facultatif, mais on peut douter qu'il devienne obligatoire lorsqu'il s'agit de fiançailles. Il n'est pas du tout établi en effet que le mariage ne puisse être conclu s'il n'a été précédé de fiançailles. Bien au contraire, le mariage a une existence indépendante et rien ne le prouve mieux que le fait qu'il peut être valable alors même qu'il a été précédé de fiançailles nulles pour une raison ou pour une autre, ou qu'il a été célébré sans fiançailles préalables. C'est ainsi que les fiançailles conclues par un mineur sans le consentement de son représentant légal sont nulles, alors que le mariage qui les suit peut être valable dans certaines conditions³.

Reste à savoir cependant si la publication de la promesse de mariage dont parle l'article 105 C. C. S. notamment, et qui constitue le début de la procédure de mariage, peut être considérée comme des fiançailles. Si tel est le cas, cette publication étant obligatoire, il s'ensuivrait que l'on ne pourrait se marier sans fiançailles préalables alors même que le mariage n'aurait pas été précédé du tout de

¹ En ce sens, BACKHAUS, *Das Verlöbniß nach dem B. G. B.*, p. 26 ; LEITZMANN, *Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem B. G. B.*, p. 77.

² DITTENBERGER, *op. cit.*, p. 16, Rem. 2 ; NATHAN, *Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem B. G. B.*, p. 71, Rem. 4 ; STUTZ, *op. cit.*, p. 24.

³ Article 128, al. 2, C. C. S.

fiançailles au sens courant du terme. En déclarant leur promesse de mariage à l'officier de l'état civil, les parties se trouveraient inmanquablement fiancées alors même qu'elles ne seraient pas précédemment fiancées selon l'article 90 C. C. S. ¹.

A l'appui de cette thèse, on peut faire valoir tout d'abord que dans leurs dispositions sur la célébration du mariage les lois parlent couramment des « fiancés » ², ce qui implique que, dès avant le mariage, les futurs époux sont considérés comme des fiancés ; d'autre part, la publication de la promesse de mariage est le point de départ d'un délai que les parties doivent mettre à profit pour apprendre à se connaître ³, ce qui est le but même des fiançailles ; enfin, les termes mêmes de la loi indiquent que la publication à laquelle on procède est celle d'une promesse préexistante, qui a précédé au moins immédiatement la publication elle-même.

Quelque apparence de solidité que présentent ces arguments, il ne nous paraît pas qu'ils soient suffisants pour permettre de conclure que les fiançailles sont inévitables et précèdent obligatoirement la conclusion du mariage. Il ne faut pas oublier, en effet, lorsqu'on aborde ce problème, que l'on considère les fiançailles comme les projets ou les promesses qu'échangent deux personnes, en privé, *en dehors de toute intervention officielle*. C'est fausser les données du problème que de confondre les fiançailles ainsi comprises avec les démarches administratives préliminaires au mariage que certaines lois imposent aux futurs époux, mais dont les dispensent d'autres législations — les anglo-saxonnes, par exemple — ce qui montre bien que ces formalités n'ont rien d'indispensable. Le fait que les lois parlent des

¹ CURTI, *Commentaire*, p. 77, n° 1.

² Articles 110 et suivants C. C. S.

³ PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. I, n° 885.

futurs époux comme de « fiancés » n'a rien de décisif ; car, il est évident que cette expression a été employée pour plus de commodité et de brièveté ; elle n'a pas ici son sens courant, mais uniquement une signification que l'on peut qualifier d'« administrative », et désigne les personnes dont la promesse de mariage a été *publiée*.

Au surplus, il est excessif de dire que le délai qui court dès la publication est institué en vue de donner aux futurs époux la possibilité de se connaître ; en effet, la durée de dix jours est notoirement insuffisante pour qu'elle remplisse la fonction qu'on veut lui assigner. Par ailleurs, au bout d'un certain temps (six mois en droit suisse, article 113 C. C. S.) la publication cesse de produire ses effets, et les « fiancés » doivent recommencer les formalités s'ils n'ont pas donné suite à leur projet dans ce délai — alors que les fiançailles « privées » peuvent durer indéfiniment sans rien perdre de leur valeur.

Ainsi, passé le délai de six mois, les futurs cessent d'être considérés comme des « fiancés » au sens de l'article 105 C. C. S., alors qu'ils peuvent parfaitement continuer à l'être, au sens de l'article 90 C. C. S. Ce qui prouve bien que les deux actes sont foncièrement différents ¹ ;

¹ GMÜR, *op. cit.*, n° 4 ad article 90 ; CAPITANT et COLIN, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, n°s 177 et ss. ; ROSSEL et MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, t. I, n°s 323 et ss. ; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, n° 747 : « La publication a pour but de porter à la connaissance du public le projet de mariage, afin que les empêchements qui feraient obstacle à sa réalisation soient signalés à l'officier de l'état civil : elle tend ainsi à provoquer des *oppositions*, soit officielles, soit officieuses.

» Au regard de cet avantage, la publication présente un inconvénient qui en est la rançon : *elle retarde la célébration du mariage.*

» On s'est efforcé dans ces dernières années, de réduire cet inconvénient au minimum et cela afin de favoriser le mariage, de le rendre aussi facile que possible : à ce point de vue, comme à tant d'autres, l'histoire du sujet est une abolition continue et progressive de la procédure ancienne. »

d'ailleurs, s'il fallait considérer l'acte prévu à l'article 105 C. C. S. comme des fiançailles, la plupart des couples se verraient fiancés deux fois puisque, le plus souvent, ils se sont fiancés préalablement selon l'article 90 C. C. S.

Tout ce qui précède montre que la publication des promesses de mariage de l'article 105 C. C. S. n'est qu'une phase de la procédure de mariage, dont elle constitue une des formalités. Certes, les personnes dont la promesse a été publiée doivent incontestablement être considérées comme étant décidées à se marier ; la publication elle-même en sera une preuve certaine, et une rupture survenue après cette publication aura les mêmes effets qu'une rupture de fiançailles proprement dites. Mais l'analogie s'arrête là, car les fiançailles au sens courant du terme comprennent, outre la promesse de mariage, tout un ensemble d'obligations et de devoirs moraux qui font de ces dernières une institution bien à part ¹. Aussi est-ce une erreur que de se référer à l'acte dont il est question à l'article 105 C. C. S. pour déterminer la nature juridique des fiançailles et examiner si elles précèdent ou non obligatoirement le mariage. Ce n'est pas à cet acte, mais aux fiançailles telles qu'elles sont prévues aux articles 90 et suivants C. C. S. que l'on pense lorsqu'on tente de résoudre ces problèmes. Seule la terminologie défectueuse de la loi ² permet une confusion : car, tandis que les fiançailles contiennent la promesse de conclure le mariage *dans l'avenir*, la publication visée à l'article 105 C. C. S., à y regarder de près, est moins celle d'une promesse que celle de la volonté de se marier *immédiatement* ; seule, la loi impose, pour diverses raisons, aux inté-

¹ Voir *infra* (p. 90 ss.).

² ROSSEL et MENTHA, *op. cit.*, t. I, n° 323 : « Cette expression de « promesse de mariage » — *Eheversprechen*, *promessa nuziale* — n'est peut-être pas très exacte, car en réalité, les futurs époux ne promettent rien et ils annoncent seulement leur intention de se marier ; elle a passé dans notre langage juridique et l'on a cru pouvoir la conserver. »

ressés de différer de quelques jours au minimum l'exécution de cette volonté.

Nous pouvons ainsi conclure que ce qui est obligatoire, ce ne sont pas les fiançailles, au sens usuel du terme, mais le fait qu'il doit s'écouler un certain temps (délai de publication) entre la manifestation officielle de la volonté de se marier et la célébration du mariage — ce que la loi déclare d'ailleurs expressément.

Ainsi donc, les fiançailles ne sont pas obligatoires ; on peut se marier sans avoir été fiancé. Les considérations qui précèdent ne s'opposeraient donc pas à ce que l'on considère les fiançailles comme un précontrat qui *peut*, comme tous les précontrats, précéder le contrat principal, en l'espèce le mariage. C'est pourquoi, si l'on se refuse à voir un précontrat dans les fiançailles, c'est ailleurs qu'il faut en trouver la raison.

3. Les critiques qui précèdent ne sont donc pas suffisantes pour rejeter la théorie du précontrat du droit de famille. Mais l'argument décisif que l'on peut faire valoir contre elle est que si l'on admet que les fiançailles sont un précontrat, il n'est pas possible de leur accorder le caractère de droit de famille.

Certes, un précontrat ne précède pas obligatoirement un contrat ordinaire seulement ; il peut aussi avoir pour objet la conclusion d'un contrat réel ou d'un contrat du droit de famille (tel que l'adoption ou un contrat de mariage). Mais, dans ce dernier cas, le précontrat ne prend pas lui-même le caractère du droit de famille parce qu'il a pour objet un contrat du droit de famille, pas plus qu'il ne devient un contrat réel lorsqu'il a pour objet un acte de cette espèce. Le précontrat est toujours un acte relevant du droit des obligations quel que soit l'objet auquel il s'applique, puisqu'il consiste toujours en une obligation de faire, qui est une obligation de droit commun.

Aussi n'est-il pas possible, si l'on veut voir dans les fiançailles un précontrat, d'en faire en même temps un acte du droit de famille. Les partisans de cette théorie s'exposent donc, qu'ils le veuillent ou non, à toutes les objections qui s'adressaient à la notion du contrat obligationnel appliquée aux fiançailles¹, notion qui méconnaît entièrement tout l'aspect moral et social des fiançailles.

On peut ajouter encore que les fiançailles, en tant que précontrat, devraient être conclues dans les mêmes formes que le contrat principal, soit le mariage, ce qui n'est plus le cas nulle part.

§ 2. THÉORIE DU CONTRAT (PRINCIPAL) DU DROIT DE FAMILLE.

Cette théorie est la plus importante de celles qui veulent voir un contrat dans les fiançailles. Elle a elle-même revêtu deux formes.

I

Selon Stutz², qui a présenté la première, les fiançailles se définissent comme « la déclaration réciproque de deux personnes de sexe différent exprimant leur volonté de participer ensemble à la communauté de vie des fiancés »³.

L'objet de ce contrat est donc de créer, actuellement, un rapport de droit déterminé, le statut des fiançailles, et non de s'engager à contracter, dans l'avenir, le mariage. Les intéressés veulent, avant tout, être des *fiancés*, et ne pensent que plus tard à se marier. Selon Stutz, l'idée de mariage futur n'existe qu'objectivement, elle n'est pas liée subjectivement à la volonté de se fiancer. A l'appui

¹ Voir *supra*, p. 24-25 ss.

² *Op. cit.*

³ *Op. cit.*, p. 59.

de sa thèse, il déclare : « Je voudrais savoir combien, parmi les couples qui se fiancent en Allemagne, se promettent réellement le mariage futur. Ils s'avouent leur amour, ils déclarent vouloir s'appartenir tout entiers et pour la vie. Au moment des fiançailles, une petite minorité peut penser au mariage ; c'est une idée qui, au début, est à l'arrière-plan et ne prend souvent la première place que vers la fin des fiançailles. ¹ »

Ainsi ce n'est pas dans la promesse de mariage comme telle que se trouve la source des obligations entre fiancés, mais dans leurs rapports que cette promesse a créés, dans le statut des fiançailles.

Cette théorie permet donc d'apercevoir pourquoi l'on ne peut agir en exécution du mariage ni pour demander l'intérêt que présentait l'exécution du contrat (*Erfüllungsinteresse*). En effet, sitôt les fiançailles conclues, il ne peut plus être question d'exécution du contrat, puisque le contrat est exécuté par l'établissement des rapports de fiançailles.

L'avantage de cette théorie consiste à avoir éliminé du droit des fiançailles tout élément obligatoire et d'avoir rompu avec la définition romaine de Florentin, qui ne convient plus à nos droits modernes. Mais elle a l'inconvénient de rester trop attachée à la notion de contrat, bien que limitée à la création du statut des fiançailles. Cette position oblige en effet ses défenseurs à nier chez les fiancés toute volonté de mariage ; car s'ils l'admettaient, ils ne pourraient l'expliquer autrement que par une obligation de faire, obligation du droit commun, dont ils ne veulent, à juste titre, rien savoir.

Or c'est précisément le point faible de cette théorie que de nier toute promesse de mariage dans les fiançailles.

¹ *Op. cit.*, p. 40-41.

Il s'agit pourtant là d'un élément capital puisque, pour établir l'existence des fiançailles et permettre, par conséquent, l'allocation de dommages-intérêts en cas de rupture, il faut précisément établir l'intention sérieuse des fiancés de conclure le mariage. S'il peut être juste de dire que peu de personnes pensent au mariage en se fiançant, il serait certainement plus exact de dire que bien peu de personnes peuvent penser à la valeur juridique de leur serment au moment des fiançailles¹. Mais ceci implique une tout autre conception des fiançailles que nous examinerons plus loin². Disons pour terminer, avec Nathan³, que « les fiançailles sans promesse formelle ou tout au moins tacite de mariage, c'est-à-dire sans l'intention précise réciproque de se marier dans l'avenir, sont une absurdité. On peut parler dans ce cas d'amour mais non de fiançailles. En effet, se demande-t-on, quand les parties veulent-elles entrer dans la « communauté de vie des fiancés » ou, comme Stutz la définit ailleurs, dans le « lien unissant un homme et une femme dans une communauté de vie étroite et préparant la conclusion du mariage entre eux » ? C'est seulement quand ils ont en vue, comme but, le mariage futur. Comment Stutz peut-il vouloir dire à ce propos que « cette idée est au début à l'arrière-plan et ne prend souvent la première place que vers la fin des fiançailles » ! Il se réfute au fond par sa propre définition. Car, lorsque deux personnes veulent entrer dans une communauté de vie non pas quelconque mais qui doit préparer le mariage, leur volonté doit nécessairement tendre dès le début vers le mariage.

¹ HENLE, *Nicht-Ehe*, p. 25, Rem. 1.

² *Infra*, Théories du fait.

³ *Op. cit.*, p. 66 ss.

II

Il est donc indéniable que la promesse de mariage est un élément essentiel des fiançailles, dont elle ne peut raisonnablement être exclue. C'est ce qu'ont reconnu l'immense majorité des auteurs allemands¹ et suisses² qui sont attachés à la conception considérant les fiançailles comme un contrat. C'est également l'opinion du *Reichsgericht* dans le dernier état de sa jurisprudence³ et celle du Tribunal fédéral dans ses premiers arrêts⁴.

Cette théorie est, de toutes les théories contractuelles que nous avons examinées jusqu'à maintenant, celle qui convient le mieux aux fiançailles. D'après elle, la volonté des parties ne tend pas seulement à la création du statut des fiançailles, mais encore à la conclusion future du mariage. Elle a donc un double objet. Les fiançailles sont ainsi, d'après cette opinion, un contrat du droit de famille par lequel deux personnes de sexe différent s'engagent, d'une part, à adhérer au statut des fiançailles et, d'autre part, à contracter mariage.

En tant que contrat, les fiançailles sont donc soumises aux règles générales des contrats, qui s'appliquent en tout cas à titre subsidiaire, lorsque les dispositions propres aux fiançailles n'y dérogent pas expressément ou lorsqu'il ne

¹ BACKHAUS, *op. cit.*, p. 31 ss. ; ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, t. II, 2^e part., § 151 a, p. 46 ; GÖBELL, *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses*, p. 53 ss. ; GOLDMANN, LILIENTHAL, STERNBERG, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, § 1, p. 3 ; JOCHMANN, *Der Schadenersatzanspruch bei Verlöbnißbruch nach dem B. G. B.*, p. 32 ss. ; NESS, *Natur und Inhalt des Verlöbnißvertrag*, p. 68 ss. ; NIXDORF, *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses*, p. 30 ; STAUDINGER-ENGELMANN, *Rem. prélim. II a*, p. 8 ; LITZMANN, *op. cit.*, p. 134.

² EGGER, *Kommentar*, *Rem. 7 et 8 ad article 90* ; GMÜR, *Kommentar*, *Rem. 2 ad article 90* ; TUOR, *Le Code civil suisse*, p. 120.

³ T. 59, p. 103.

⁴ R. O. 19, p. 158 ; 22, p. 532.

convient pas plutôt d'appliquer par analogie les règles du mariage par exemple (en matière de capacité notamment).

Quant à l'effet de ce contrat, il est double : d'une part, il crée le statut des fiançailles, soit cet ensemble d'obligations que les fiancés assument en vue de préparer moralement et matériellement leur future union : obligations de fidélité, d'égards, de loyauté, d'assistance personnelle, obligations de s'occuper d'acquérir des moyens d'existence, de faire des préparatifs divers en vue du ménage, etc. D'autre part, en se fiançant, les intéressés s'engagent à conclure le mariage pour autant que les circonstances le permettent.

Et il ne s'agit pas là « de simples obligations morales mais de véritables obligations juridiques, encore que les principes qui régissent l'exécution, l'accomplissement, l'inobservation de ces obligations soient en partie fort différents... de ceux qui s'appliquent aux contrats ordinaires »¹. Une de ces différences, et peut-être la plus importante, tient à l'existence du principe exigeant que la volonté des époux soit absolument libre et entière au moment du mariage ; en conséquence, la promesse de mariage ne lie pas les fiancés de façon aussi rigide que le ferait une obligation contractuelle ordinaire. Et c'est là, par exemple, une des dérogations au droit commun des contrats dont nous parlions plus haut et qui font des fiançailles un contrat soumis à un régime spécial.

Toute cette conception a le grand avantage de correspondre à la nature de l'institution et au sentiment populaire relatif aux fiançailles, puisque, tout en proclamant nettement leur caractère juridique, elle met l'accent sur l'aspect moral de l'institution et tient compte de son caractère de droit de famille.

¹ TUOR, *op. cit.*, p. 120.

Il ne semble pas cependant qu'elle rende un compte suffisant de la situation juridique que la loi a faite aux fiançailles et qu'elle explique de façon satisfaisante la réglementation dont elles ont été l'objet. Cela tient, à notre avis, à ce que cette conception reste attachée à la notion de contrat, qui, appliquée aux fiançailles, offre le grand inconvénient de se heurter aux importantes objections que nous exposons plus loin ¹.

¹ Voir *infra*, p. 52 ss.

CHAPITRE IV

Les fiançailles considérées comme contrat de société du droit de famille.

La dernière en date des théories qui partent de l'idée que les fiançailles sont un contrat est celle qui voit en elles un contrat de société du droit de famille. L'auteur de cette thèse, Jung¹, constate que « les fiançailles sont un contrat du droit de famille par lequel deux personnes de sexe différent s'engagent mutuellement à atteindre un but commun par leur action commune »². Cette constatation lui permet de voir dans le contrat de fiançailles les éléments qui en font l'équivalent, dans le droit de famille, du contrat de société en droit des obligations.

On a affaire, en effet, à un contrat de société aussitôt qu'on est en présence d'un acte par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts dans la poursuite d'un but commun. Pour qu'il y ait contrat de société, il faut donc qu'il contienne les deux éléments essentiels suivants : un but, d'une part, et, d'autre part, les apports des associés, qui constituent les moyens qu'ils mettent à disposition en vue de la réalisation du but commun, ces apports pouvant d'ailleurs être fort variés et consister en biens prêtés, loués ou transférés en propriété, en argent, en travail, en crédit, etc.

¹ *Das Verlöbniß als familienrechtlicher Gesellschaftsvertrag.*

² *Op. cit.*, p. 21.

Ces éléments se retrouvent-ils dans le contrat de fiançailles ? Abstraction faite de ce que cette institution est dépourvue de tout caractère patrimonial, qui est le propre du contrat de société proprement dit et dont l'absence, dans les fiançailles, tient à ce que celles-ci sont un contrat du droit de famille, on peut dire cependant que, tout comme le contrat de société, les fiançailles ont un but, qui est le mariage, et des apports, constitués par les efforts que doivent fournir les fiancés pour que le mariage se fasse.

Il y aurait donc, à première vue tout au moins, des raisons suffisantes pour établir une analogie entre les fiançailles et le contrat de société et appliquer, par conséquent, aux premières les dispositions relatives au second¹.

A l'examen, cependant, il ne semble pas que cette solution du problème de la nature juridique des fiançailles puisse être retenue. L'analogie avec le contrat de société ne vaut qu'aussi longtemps que l'on considère la promesse de mariage en soi, indépendamment des effets qu'elle peut avoir. C'est seulement en restant sur ce terrain que l'on peut voir dans les fiançailles une sorte de contrat de société, puisque les fiancés se promettent bien moins un échange de prestations qu'une action commune en vue d'atteindre un but commun². C'est un point que l'on peut accorder à la théorie bien que son défenseur, Jung, aille trop loin, à notre avis, lorsqu'il affirme que par les fiançailles les contractants ne s'obligent pas à se marier mais à favoriser par leur activité la réalisation du but des fiançailles³. Comme, de son propre aveu, « le but des fiançailles est la célébration du mariage »⁴, il nous paraît difficile de nier

¹ JUNG, *op. cit.*, p. 21.

² Cf. JUNG, *op. cit.*, p. 23.

³ *Op. cit.*, p. 24.

⁴ *Ibid.*

que les fiançailles, si elles doivent être un contrat, contiennent la promesse de célébrer le mariage.

Mais même si avec cette réserve on peut admettre, pour les raisons et dans la mesure que nous avons dites, que les fiançailles sont un contrat de société, on ne voit plus l'utilité de cette dernière notion pour rendre compte des particularités caractéristiques des fiançailles, ce qui serait la pierre de touche de sa pertinence. Il ne semble même pas que Jung ait songé à démontrer le bien-fondé de sa théorie à cet égard. Car il ne suffit pas de faire entrer les fiançailles dans une catégorie de contrats à laquelle elles se rattachent par leurs éléments constitutifs; encore faut-il que l'on puisse expliquer par là pourquoi les fiancés ont toute liberté de ne pas donner suite à leur projet, pourquoi la rupture donne lieu, dans certains cas, à une action en dommages-intérêts et pourquoi cette action est conférée parfois à des personnes autres que les fiancés eux-mêmes. Ce sont ces aspects du problème, les plus importants, que Jung néglige d'examiner à la lumière de sa théorie, alors qu'il s'étend longuement sur la place que devrait occuper le contrat de société dans le droit des obligations et pour démontrer que la rupture des fiançailles constitue une dénonciation et non une résiliation du contrat ¹. Il n'a aucunement cherché à voir s'il suffisait d'invoquer la notion de contrat de société pour rendre compte de

¹ Jung (*op. cit.*, p. 27-31) distingue en effet entre la résiliation (*Rücktritt*) (qui met fin au contrat, avec effet rétroactif, et place à nouveau les parties dans la situation où elles se trouvaient avant la conclusion, les obligeant ainsi à se restituer mutuellement les prestations effectuées) et la dénonciation (*Kündigung*) qui n'a d'effet qu'*ex nunc* et laisse intact tout ce qui a été exécuté antérieurement en vertu du contrat. Sont seules susceptibles d'être dénoncées les obligations d'une certaine durée, comme celles qui résultent du bail ou du contrat de société, par exemple. C'est pourquoi la rupture des fiançailles, qui, aux yeux de Jung, sont un contrat de société du droit de famille, ne peut jamais constituer, selon lui, qu'une dénonciation.

façon satisfaisante de toutes les singularités des fiançailles. Il ne semble pas d'ailleurs qu'il y serait arrivé s'il l'avait tenté.

En effet, même dépouillé de tout caractère patrimonial, le contrat de société est soumis à des règles qui non seulement sont inapplicables aux fiançailles, mais dont on ne peut s'inspirer utilement pour expliquer celles qui régissent la promesse de mariage.

Et d'abord, les associés sont strictement tenus de déployer tous leurs efforts et d'accomplir tous les actes prévus par le contrat de société en vue d'atteindre le but commun qu'ils se sont assigné. Si l'un d'eux refuse de s'exécuter, il sera, il est vrai, souvent impossible de le contraindre lorsqu'en raison des circonstances, son refus équivaut à la dissolution de la société ; c'est le cas notamment lorsque les associés ne sont que deux. Mais étant donné ses engagements, il n'en sera pas moins passible de dommages-intérêts. Bien plus, s'il entend dénoncer le contrat, il ne peut le faire que moyennant un avertissement fixé par la convention ou, à défaut, par la loi (six mois, d'après l'art. 546 C. O.).

Or on ne trouve rien de semblable en matière de fiançailles. Leur rupture ne rend pas, par elle-même, son auteur passible de dommages-intérêts ; bien au contraire, puisque c'est là, pour lui, un droit que lui confèrent les fiançailles elles-mêmes. D'autre part, il lui est permis d'en user en tout temps et sans délai, sans qu'il soit tenu à aucun avertissement. On voit donc que sur ces points, il n'y a aucune analogie possible entre les règles du contrat de société et celles qui concernent les fiançailles.

Mais il y a plus : les règles sur le contrat de société sont impuissantes à expliquer certains aspects de l'organisation des fiançailles. En particulier, il n'existe aucune disposition relative au contrat de société qui justifie le droit

de l'un des fiancés de n'exiger des dommages-intérêts que si la rupture est due à une faute de l'autre partie, étant entendu que la faute résulte des circonstances dans lesquelles est intervenue la rupture et non pas du fait qu'elle se serait produite en temps inopportun (circonstance qui autorise des dommages-intérêts en matière de société mais non en cas de fiançailles). On ne trouvera pas davantage de disposition régissant le contrat de société sur laquelle on pourrait fonder le droit des parents des fiancés ou celui d'autres tiers encore de réclamer à l'auteur de la rupture injustifiée le remboursement des dépenses faites en vue du mariage.

On arrive ainsi à la conclusion que si les fiançailles ont ceci de commun avec le contrat de société qu'elles sont la promesse qu'échangent deux personnes de poursuivre un but commun par leur action commune, l'analogie s'arrête là, et il est exagéré de dire que les fiançailles *sont* un contrat de société, fût-ce du droit de famille. Si l'on peut admettre que cette théorie approche, mieux que les autres théories contractuelles, de la nature des fiançailles, en mettant l'accent sur la poursuite du but commun, il s'en faut donc de beaucoup, même si l'on admet que les fiançailles sont un contrat, que l'on puisse y souscrire entièrement et sans réserve. Mais elle se heurte en outre aux graves objections qui atteignent les théories qui considèrent les fiançailles comme un contrat, objections que nous allons exposer maintenant.

CHAPITRE V

Critique générale de la théorie du contrat.

Nous avons examiné en détail, dans les pages qui précèdent, les diverses théories qui, avec des variantes, se sont efforcées d'expliquer la nature juridique des fiançailles en voyant dans ces dernières un contrat. Nous avons indiqué les critiques particulières que mérite chacune de ces théories, en relevant qu'une fois admises leurs prémisses, c'est la théorie du contrat du droit de famille, sous sa deuxième forme, qui rend, malgré ses insuffisances, le moins imparfaitement compte de la nature juridique des fiançailles.

Les unes et les autres cependant méritent toutes ensemble les mêmes critiques communes qui visent l'idée même sur laquelle elles sont fondées, savoir l'idée de contrat.

C'est en effet leur erreur de rester attachées à l'ancienne notion du contrat. Appliquée aux fiançailles, cette notion est loin de donner une explication satisfaisante des particularités de l'institution. Il suffit pour s'en convaincre de voir combien les règles générales auxquelles sont soumis les contrats conviennent mal aux fiançailles et contredisent même les règles spéciales qui régissent ces dernières.

I

La différence entre le contrat et les fiançailles apparaît déjà en ce qui concerne la naissance de chacune de ces

institutions, notamment à propos de la capacité. Certes, les règles en cette matière ne peuvent être les mêmes dans les deux cas et la capacité de se fiancer est bien plutôt régie par les règles sur la capacité de contracter mariage que par les règles régissant la capacité de contracter. De fait, l'article 90, al. 2, C. C. S., notamment, prévoit expressément que les fiançailles « n'obligent le fiancé mineur ou interdit que si le représentant légal y a consenti ».

Quelle est alors la valeur de fiançailles conclues par des mineurs ou des interdits ? Marquons bien, tout d'abord, qu'elles ne sauraient être que radicalement nulles si les intéressés se trouvent privés de discernement ; les fiançailles sont en effet un acte essentiellement personnel qui doit être conclu par les parties elles-mêmes, et leurs représentants légaux ne peuvent agir en leur lieu et place ; dans ces conditions, l'autorisation du représentant légal peut d'autant moins suppléer au défaut de discernement des pupilles.

Les dispositions de l'article 90, al. 2, C. C. S., ne visent donc que les mineurs ou interdits capables de discernement. Mais le sort de leurs fiançailles variera selon qu'ils sont tous deux incapables ou que seul l'un d'eux l'est.

1. *Les deux fiancés sont incapables.* Dans cette hypothèse, les mineurs ou interdits capables de discernement peuvent se fiancer, mais leurs fiançailles seront nulles s'ils n'ont pas été autorisés par leur représentant légal ou leur tuteur. Cette solution résulte explicitement de l'article 90, al. 2, C. C. S., et constitue une dérogation à la règle générale de l'article 19, al. 2, C. C. S., en faveur des dispositions sur la capacité de contracter mariage (art. 98, al. 1, C. C. S.).

2. *Un des fiancés est mineur ou interdit, l'autre est capable.* Ici encore, les fiançailles seront parfaites si l'incapable a obtenu le consentement de son tuteur ou de son repré-

sentant légal. Mais *quid*, si ce consentement fait défaut ? Selon les règles ordinaires (art. 410, al. 2, C. C. S.), le fiancé capable serait seul lié, en pareil cas, mais provisoirement seulement, et il se trouverait dégagé de toute obligation, si la ratification du représentant légal ou du tuteur n'intervient pas dans un délai raisonnable. Il en va autrement en matière de fiançailles où l'on admet que le fiancé majeur est tenu sans autre formalité, que l'autorisation requise pour l'incapable intervienne ou non. Ainsi le fiancé incapable pourra faire valoir contre l'autre partie tous les droits découlant des fiançailles, tandis que lui-même reste libre de tout engagement et peut, par conséquent, rompre sans s'exposer à une action en dommages-intérêts¹.

Mais à cette situation, déjà exceptionnelle, s'ajoutent d'autres règles qui constituent de nouvelles dérogations sans marquer un retour à la règle normale. C'est ainsi qu'il sera possible de rechercher en paternité, selon l'article 323 C. C. S., le mineur ou l'interdit auteur de la grossesse de sa fiancée, même s'il s'est fiancé sans le consentement de son représentant légal², pourvu, bien entendu,

¹ « Lorsqu'un majeur conclut des fiançailles avec une mineure, le contrat a la valeur du *negotium claudicans*. Le contractant capable est lié ; l'incapable seul peut se dégager. »

Cour de Justice civile de Genève (*Semaine judiciaire* 1921, p. 428) ; EGGER, n° 18 ad article 90 ; GMÜR, n° 11 ad article 90 ; TUOR, *Le Code civil suisse*, p. 120 : « L'article 90, al. 2 impose, toutefois, certaines restrictions à la capacité des *mineurs* et *interdits*. Ces personnes ont besoin pour se fiancer du consentement de leur représentant légal, des parents ou du tuteur. A ce défaut, le contrat de fiançailles n'est cependant pas complètement dépourvu d'effets. S'il n'oblige évidemment pas la partie incapable, il engage, en revanche, l'autre partie qui est, peut-être, majeure et libre de ses droits. En cas de rupture de fiançailles injustifiée, imputable à celle-ci, le fiancé mineur ou interdit peut fort bien intenter les actions ordinaires, bien que les fiançailles n'aient pas reçu l'approbation des parents ou du tuteur. On est en présence d'un acte juridique boiteux, qui n'est nul que pour l'une des parties. »

² EGGER, *ibid.* Cf. aussi R. O. 44.2.207, J. des Tribunaux 1919, p. 7 ; R. O. 42.2.189, J. des Tribunaux 1912, p. 617 ; selon un autre

qu'il ait été capable de discernement. A plus forte raison, en est-il ainsi lorsque les deux fiancés, mineurs ou interdits, se sont promis le mariage sans l'autorisation de leurs représentants légaux¹. D'autre part — et ici on peut voir un retour à la règle de l'article 441, al. 2, C. C. S., et de l'article 19, al. 3 — l'incapable qui s'est *faussement donné pour capable* répondra envers son fiancé capable du dommage qu'il lui cause², toujours à condition qu'il ait joui de son discernement.

On voit donc que les conditions de validité des fiançailles diffèrent sensiblement de celles des contrats ordinaires et que même lorsque les fiançailles sont nulles, soit en vertu des règles générales sur les contrats, soit en vertu de leurs règles propres, elles produisent cependant des effets qui leur seraient refusés s'il s'agissait d'un contrat ordinaire. Ne peut-on y voir déjà la preuve que les fiançailles ne peuvent être un contrat ?

On s'en convaincra peut-être davantage en considérant les conséquences auxquelles aboutirait l'application stricte des règles générales sur la capacité à des fiançailles réputées nulles pour les motifs indiqués plus haut. On sait, en effet, que les législations refusent le témoignage de certaines personnes dans les procès mettant en cause un de leurs proches, notamment un fiancé, ou tout au moins dispensent ces personnes de l'obligation de témoigner. S'il s'agit

arrêt du Tribunal fédéral (R. O. 67.2. p. 76, J. des Tribunaux 1941, p. 445) : « une promesse de mariage antérieure à la cohabitation, émanant d'un mineur ou d'un interdit capable de discernement, autorise ensuite à déclarer la paternité du promettant avec effets d'état civil (art. 323 C. C. S.), *quand bien même sa promesse n'obligeait pas le promettant* (art. 90, al. 2, C. C. S.) ; il suffit que la mère de l'enfant ait ignoré le fait qui viciait la promesse de mariage (minorité ou interdiction) et ait cru de bonne foi au sérieux de cette promesse ».

¹ R. O. 48, 2, p. 190 et 53, 2, p. 275.

² GmBR, n° 18 ad article 90.

de fiancés et que l'un ou l'autre ou chacun d'eux s'est engagé sans l'autorisation de son représentant légal, bien que mineur ou interdit, leurs fiançailles, selon les partisans de la théorie du contrat, seront donc considérées comme nulles. En conséquence, l'un des pseudo-fiancés devrait être admis et, le cas échéant, obligé à témoigner dans une cause intéressant l'autre. Or il est infiniment peu probable que le tribunal appelé à se prononcer sur le cas se refuse à considérer les intéressés comme des fiancés pour des raisons tirées de leur incapacité, circonstance somme toute secondaire en la matière ; il est bien plus vraisemblable qu'il les tiendra au contraire pour des fiancés, à raison de l'étroitesse des relations qui ont existé entre eux, qu'on le veuille ou non, et qui constitue la *ratio legis* de la disposition de procédure en question. Peu importera, en l'espèce, croyons-nous, qu'ils n'aient pas eu leur entière capacité civile, pourvu, bien entendu, qu'ils aient joui de leur plein discernement.

On est ainsi bien obligé de constater qu'en fait, de par leur nature même, les fiançailles s'affranchissent de certaines règles valables pour les contrats et qu'on ne peut les leur faire subir qu'avec violence. Ainsi, par leur naissance déjà, les fiançailles apparaissent comme une institution différente du contrat. C'est pourquoi on peut se demander si les auteurs du C. C. S. ont été bien inspirés d'assimiler, sur un point important, ces deux institutions en établissant la règle de l'article 90, al. 2, règle d'ailleurs vaine, car l'article 91, al. 1, lui enlève la plus grande partie, sinon toute son utilité, comme nous allons le voir ¹.

¹ On pourrait soutenir cependant que l'article 90, al. 2, C. C. S., ne fait que dispenser le fiancé mineur ou interdit de l'obligation de réparer le dommage que cause sa rupture injustifiée. Dans ce cas, cet alinéa serait simplement mal placé et devrait figurer dans l'article 92.

II

Il était en effet inutile de déclarer qu'un mineur ou un interdit ne s'oblige pas en contractant les fiançailles sans l'autorisation de son représentant légal, puisque d'une façon générale, n'importe quel fiancé, même pleinement capable, n'est pas tenu de contracter mariage et ne peut pas y être contraint par aucune action. C'est précisément en examinant les effets des fiançailles que nous trouverons les raisons les plus décisives de refuser aux fiançailles le caractère d'un contrat. Comme nous le verrons, en effet, les fiançailles ne produisent juridiquement aucun effet positif et elles n'ont de conséquences juridiques que lorsqu'elles viennent à être rompues, ce qui n'est certes pas le propre d'un contrat.

1. La caractéristique des fiançailles, la plus compréhensible si l'on songe à leur nature et à celle du mariage, mais la plus paradoxale si l'on fait des fiançailles un contrat, c'est bien qu'elles n'obligent pas au mariage. Si elle se justifie parfaitement, étant donné la liberté qui doit présider à la conclusion du mariage et étant donné que le but des fiançailles est précisément de permettre aux fiancés de voir s'ils sont bien faits pour se lier définitivement l'un à l'autre, on voit mal comment on pourrait donner le nom de contrat à un acte que la loi non seulement ne sanctionne pas, mais dont elle refuse formellement de sanctionner l'« obligation » capitale que cet acte engendre.

2. A cela, on pourrait objecter, avec raison, que l'obligation de se marier étant une obligation de faire, on ne peut être contraint à une exécution spécifique ; à cette raison tirée des règles générales des obligations, s'ajoute le fait que ni les intéressés, ni la société n'ont davantage à voir célébrer des mariages imposés par la force.

Mais rien n'empêcherait juridiquement de sanctionner le refus d'exécuter l'obligation de contracter mariage par une action en dommages-intérêts, comme c'est le cas pour toutes les obligations de faire. Mais ici encore, la loi refuse cette sanction et, réserve faite des cas de rupture sans justes motifs, n'accorde aucune action à la suite d'un simple refus de célébrer le mariage.

Ici encore, on pourrait songer à expliquer le refus de la loi par des considérations tirées de la difficulté d'évaluer les dommages-intérêts en cette matière et du fait qu'on n'admet pas de réclamation tendant à obtenir l'intérêt que représentait l'exécution du contrat (*Erfüllungsinteresse*). Mais rien ne se serait opposé à ce que l'on admît, dans tous les cas de rupture, une action en dédommagement des dépenses faites en vue du futur mariage comme on l'admet en cas de rupture sans justes motifs ; les dommages-intérêts ne sont pas plus difficiles à évaluer dans un cas que dans l'autre.

3. Au surplus, rien n'eût empêché d'accorder aux parties la faculté de sanctionner, elles-mêmes, l'obligation de faire qui naît des fiançailles, si on les considère comme un contrat, par la stipulation d'une peine conventionnelle fixant d'avance et d'une manière forfaitaire le montant de la réparation due en cas de rupture. C'est d'ailleurs le procédé le plus fréquemment utilisé pour sanctionner les obligations de faire. Mais, partout, le droit interdit, en matière de fiançailles, de pareilles stipulations et les déclare nulles. C'est en particulier le cas de l'article 91, al. 2, C. C. S.

On pourrait, il est vrai, songer à expliquer cette interdiction en disant que le législateur a voulu empêcher que les parties ne réussissent par ce moyen à obtenir des dommages-intérêts même dans les cas autres que ceux de rupture sans justes motifs ou n'utilisent cette voie détournée

pour s'assurer, en toutes circonstances, l'intérêt qu'elles ont à l'exécution du contrat, toutes hypothèses que la loi refuse de prendre en considération.

Mais, si judicieux que soient ces motifs et quelque part de vérité qu'ils contiennent incontestablement, il n'en reste pas moins, à notre avis, qu'il faut chercher, avant tout, le véritable motif de l'interdiction et de la nullité de la clause pénale en matière de fiançailles dans le fait que la promesse de mariage ne lie pas ceux qui l'ont faite, ceci pour que leur liberté soit intacte au moment du mariage. Dans ces conditions, on conçoit fort bien l'impossibilité de sanctionner par la stipulation d'une peine conventionnelle un engagement qui, d'après la loi elle-même, ne crée aucune obligation pour ceux qui l'ont souscrit. L'interdiction et la nullité d'une clause pénale accessoire aux fiançailles est donc une preuve de plus de l'inefficacité de l'obligation qui découle de ces dernières.

Cela étant, on peut se demander si l'on peut donner le nom de contrat à un acte qui crée une « obligation » dépourvue de toute validité juridique. En effet, non seulement la loi n'accorde pas, sauf circonstances très particulières, de sanction directe ou indirecte à la promesse de mariage, non seulement elle interdit aux parties de prévoir cette sanction, mais encore elle déclare formellement elle-même que cette promesse ne peut donner lieu à une action en exécution du mariage, ce qui revient à dire que cette obligation est dépourvue de tout effet juridique. Qu'est-ce donc qu'un contrat qui n'oblige pas ceux qui y sont parties à l'exécuter ? un contrat dont on sait, au moment même où on le conclut, qu'on n'est pas tenu de le respecter ? On ne saurait, à moins de forcer les mots, donner ce nom aux fiançailles.

Mais il y a plus. Non seulement les fiancés sont en principe libres de donner ou non suite à leur promesse de

mariage¹, mais il est des cas où ils sont tenus, par les mœurs, de mettre fin aux fiançailles et de renoncer à contracter le mariage prévu. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'un ou l'autre des fiancés ou même tous les deux s'aperçoivent, au cours de leurs relations, qu'ils ne sont pas faits l'un pour l'autre et qu'ils ne peuvent envisager de vivre en commun dans le mariage. Même si l'on ne veut pas considérer cette circonstance comme un juste motif de rupture au sens juridique du terme, elle constitue cependant, d'après les usages, une raison suffisante pour considérer la rupture non seulement comme permise mais encore comme recommandable². C'est pour nous une raison de plus de refuser de voir dans les fiançailles un contrat, car on ne saurait admettre qu'un contrat puisse aboutir à des conséquences aussi paradoxales. C'est ailleurs qu'il faut chercher la nature juridique des fiançailles et l'explication des particularités de cette institution.

4. Il est enfin, parmi les effets des fiançailles, l'un d'eux qui marque encore nettement que l'on ne saurait voir un contrat dans cette catégorie de rapports : c'est le droit qu'ont certains tiers de réclamer au fiancé à qui la rupture est imputable le remboursement des dépenses que leur ont occasionnées les préparatifs par eux faits en faveur de l'autre fiancé. C'est ainsi que l'article 92 C. C. S. prévoit que « la partie en faute doit à l'autre, aux parents ou aux tiers ayant agi en lieu et place de ces derniers, une indemnité équitable pour les dépenses faites de bonne foi en vue du mariage ».

Ce droit de personnes autres que les deux qui sont parties aux fiançailles ne résulte pas d'un acte spécial dis-

¹ « Lors même qu'il n'aurait rien eu à reprocher à sa fiancée... le défendeur était libre de rompre... » (R. O. 56, II, p. 329.)

² Ce point de vue a été admis par la Cour de Justice civile de Genève (*Semaine Judiciaire*, 1922, p. 491).

tinect de ces dernières ; il naît des fiançailles elles-mêmes. S'il fallait voir dans celles-ci un contrat, nous aurions affaire à un contrat produisant des effets à l'égard de tiers qui non seulement n'y sont pas expressément mentionnés mais encore auxquels il n'est fait aucune allusion, même tacite. Ce serait là un phénomène absolument contraire à toutes les règles des contrats et d'autant moins compréhensible qu'en principe, les fiançailles n'intéressent, par essence, que les fiancés, entre lesquels, seuls, elles produisent des effets.

III

Les développements qui précèdent ont suffisamment fait ressortir, croyons-nous, que les fiançailles ne posent de problème véritablement juridique que lorsqu'elles viennent à être rompues. En elles-mêmes, elles ne donnent naissance qu'à des effets relevant du domaine des mœurs ou de la conscience et que le droit ne mentionne ni ne sanctionne (obligations d'égards, de fidélité, de pourvoir à l'acquisition des moyens d'assurer l'existence du futur ménage). Ce qui revient à dire que si les fiançailles étaient un contrat, il s'agirait d'un contrat qui ne produirait ses effets qu'en cas d'inexécution.

Or ce serait là un contrat d'une nature bien spéciale et, pour tout dire, directement contraire à la notion que le droit se fait de cette institution. Car un contrat sortit ses effets dès sa conclusion même ; il a précisément pour but de donner naissance à des obligations aussitôt qu'il arrive à chef. S'il vient à ne pas être respecté, des sanctions sont mises en œuvre pour parer aux conséquences de l'inexécution des obligations préexistantes.

C'est précisément le contraire qui se passe en matière de fiançailles, qui ne donnent naissance à aucune obligation

juridiquement exécutoire ; seule la violation de la promesse de mariage confère des droits à ceux auxquels cette rupture a porté préjudice. Nous avons donc là une raison de plus de refuser de voir dans les fiançailles un contrat.

L'on pourrait certes songer, en dépit des graves obstacles que nous venons d'exposer longuement, à persister à faire des fiançailles un contrat, en voyant en elles un contrat *sui generis*, dérogeant sur de nombreux points, et des plus importants, il faut le reconnaître, aux règles ordinaires des contrats. Mais les exceptions que l'on devrait apporter au principe seraient telles qu'elles détruiraient le principe du contrat lui-même, dont il ne resterait plus qu'une figure mutilée et méconnaissable. Mieux vaut reconnaître que le contrat est un moule auquel les fiançailles ne réussissent pas à s'adapter. Aussi préférons-nous abandonner franchement la notion de contrat pour rendre compte de la nature juridique des fiançailles et en chercher l'explication dans une autre institution.

DEUXIÈME PARTIE

Les théories du fait

CHAPITRE PREMIER

La théorie délictuelle.

§ 1. EXPOSÉ DE LA THÉORIE.

Cette théorie, la première en date de celles qui renoncent à voir, dans les fiançailles, un contrat, mais les considèrent comme un fait, est l'œuvre de la jurisprudence française. Dans un arrêt du 30 mai 1838, la Cour de cassation a rompu avec la doctrine de Toullier et de Merlin, qui donnait une valeur contractuelle aux fiançailles : « Toute promesse de mariage est nulle en soi comme contraire à la liberté du mariage ; l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage, mais dans le fait du préjudice causé et dans l'obligation imposée par la loi à celui qui en est l'auteur de le réparer. »¹

Depuis cette époque, la jurisprudence n'a pas varié sur la nature juridique des fiançailles ; elle a été soutenue et défendue par les grands civilistes du siècle dernier et actuel². Planiol proclame l'inefficacité des fiançailles :

¹ DALLOZ, *Rép.*, v^o Mariage, n^o 82, 8^o.

² LAURENT, t. II, n^{os} 305 et ss. ; DEMOLOMBE, n^{os} 28 et ss. ; DELVINCOURT, t. I, p. 127 ; MALLEVILLE, *Sur l'article 172* ; DURANTON, t. II, p. 187 et t. X, p. 319 à 321 ; AUBRY et RAU, t. IV, p. 31 et note 26 ;

« Aujourd'hui, dit-il, la ruine des fiançailles comme institution juridique est consommée. Toute promesse de mariage est civilement inefficace. Les parties doivent arriver devant l'officier de l'état civil ayant encore leur pleine indépendance afin que le consentement qu'elles donnent alors soit réellement libre ; la loi n'en connaît pas d'autre. Aussi bien, le fait de se marier ne saurait-il être l'objet d'une obligation valable : il est en dehors du commerce juridique. ¹ »

Cette théorie est fondée sur le grand principe de la liberté du mariage. Toute atteinte à cette liberté est nulle. Le jour du mariage les époux doivent avoir une entière liberté. Si l'on reconnaît une force obligatoire aux fiançailles, elles exerceront une contrainte sur le consentement des parties pendant la célébration du mariage ².

La jurisprudence et la doctrine, se basant sur la liberté du mariage, qui est d'ordre public, ont rejeté la thèse qui voyait dans les fiançailles un contrat de faire. D'ailleurs, il ne serait pas conforme à la nature et à l'objet de la promesse de mariage de lui attribuer une valeur juridique. Car les fiançailles sont un temps d'essai, de préparation et d'épreuve. Si les fiancés voient qu'ils ne sont pas faits l'un pour l'autre, il est préférable qu'ils rompent au lieu de se marier pour divorcer ensuite. « Les fiançailles, dit Huc ³, sont une sorte de préparation au mariage, destinée à per-

MARCADÉ, t. I, p. 414 ss. ; GLASSON, *Consentement des époux au mariage*, nos 95 et ss. ; HUC, t. II, nos 5 et ss. ; COLIN et CAPITANT, t. I, nos 151 et 152, p. 136 ss. ; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, nos 874 à 883, p. 324 ss. ; PLANIOL et RIPERT (avec le concours de ROUAST), *Traité pratique de droit civil français*, t. II, p. 65-75.

¹ PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. I, p. 325.

² « Le consentement ne peut, en matière de mariage, être donné qu'au moment de la célébration et doit, à ce moment, être dégagé de toute espèce de contrainte » (AUBRY et RAU, t. V, § 45, note 26).

³ HUC, *Commentaire du code*, t. II, n° 7.

mettre aux fiancés de se mieux connaître et par conséquent impliquent la faculté de se retirer librement, si les résultats de l'expérience ne paraissent pas satisfaisants. »

Les fiançailles n'ont aucune valeur juridique, elles sont hors du commerce. D'ailleurs, on ne peut pas leur appliquer les principes généraux du droit des obligations. Assimiler la promesse de mariage à une obligation de faire, c'est trahir la nature juridique de celle-ci. C'est avec raison que Laurent déclare¹ : « Peut-on dire que les principes généraux applicables aux choses régissent aussi le mariage ? L'obligation de faire suppose qu'il y a un débiteur et un créancier. L'article 1142 dit que le débiteur est condamné à des dommages-intérêts s'il n'exécute pas l'obligation qu'il a consenti de faire. Est-ce que, dans les promesses de mariage, il y a un créancier et un débiteur ? Chose remarquable ! Toullier, en transcrivant l'article 1142, omet les mots : *de la part du débiteur*. Sa plume s'est refusée à transcrire des mots qui jurent avec la doctrine qu'il soutient. Non ! une promesse de mariage n'est pas une promesse faite par un débiteur à un créancier. Le mariage est le lien de deux âmes. Ce mot n'est pas d'un poète ou d'un philosophe ; il a été prononcé au sein du Conseil d'Etat par un esprit éminemment positif : le premier Consul. »

La critique de Laurent est sévère, mais elle est juste et logique. On voit que la thèse de l'assimilation des fiançailles à un contrat de faire est insoutenable.

L'adjonction d'une clause pénale à une promesse de mariage pour obtenir des dommages-intérêts en cas d'inexécution est nulle. La stipulation pénale est inopérante pour deux raisons. D'abord la nullité des fiançailles entraîne avec elle la nullité de la clause pénale. L'accessoire subit le même sort que le principal. Puis, la clause pénale est

¹ LAURENT, *Principes de droit français*, t. II, n^o 305.

contraire aux bonnes mœurs et elle constitue une menace, une contrainte à la liberté du mariage.

La jurisprudence¹ et la doctrine², qui avaient déclaré le principe de la nullité des fiançailles, n'ont pas hésité à rejeter la clause pénale, alors même qu'elle est déguisée sous forme d'une disposition testamentaire³.

Ainsi, d'après le principe de la nullité des promesses de mariage, chaque fiancé a le droit de rompre. En frappant d'une sanction la rupture des fiançailles, on porterait une grave atteinte à la liberté du mariage. Dans un arrêt du 11 juin 1838⁴, la Cour de cassation déclare que « le seul fait de l'inexécution du mariage projeté ne peut pas lui-même motiver une condamnation à des dommages-intérêts puisque ce serait sous une nouvelle forme porter atteinte à la liberté du mariage ».

Mais de ce que la promesse de mariage est juridiquement nulle, on ne doit pas conclure que les fiancés n'encourent aucune responsabilité quelconque. La jurisprudence n'a pas trouvé équitable qu'un fiancé puisse impunément rompre dans n'importe quelles circonstances. Le fiancé qui rompt sans justes motifs est responsable, l'équité exige une réparation. Le droit de rétractation des fiancés doit

¹ Caen, 6 mars 1850 (Dalloz 1855, 2, 365) ; Nîmes, 25 janvier 1839 (Sirey 1839, 2, 279).

² AUBRY et RAU, t. V, § 454, p. 36, note 26 ; DEMOLOMBE, t. I, n° 31 ; LAURENT, t. II, n° 308.

³ Caen, 6 mars 1850, précité. Il s'agissait d'un acte écrit en entier, daté et signé de la main de son auteur, qui promettait le mariage à une fille en s'engageant à lui payer une certaine somme s'il venait à épouser une autre personne ; il ajoutait que s'il décédait avant d'être marié, la somme serait payée par ses héritiers. La Cour a estimé que cet acte, bien que revêtant toutes les formes d'un testament, ne pouvait être considéré comme tel et qu'il fallait n'y voir qu'une simple promesse de mariage avec clause pénale, l'une et l'autre également nulles.

⁴ Sirey 1838, 1, 492.

être exercé sans causer de dommage, et si la rupture, en soi, n'entraîne aucune responsabilité, la rupture injustifiée donne droit à une indemnité.

Ainsi les tribunaux, tout en déclarant la nullité des fiançailles, admettent cependant la réparation du dommage en cas de rupture injustifiée. Telle la Chambre des Requêtes, qui, dans son arrêt du 1^{er} novembre 1901, proclame : « Si le seul fait de l'inexécution du mariage projeté ne peut, par lui-même, motiver une condamnation à des dommages-intérêts, puisqu'une telle condamnation porterait une atteinte indirecte à la liberté du mariage, il en est autrement lorsque son inexécution est accompagnée de circonstances indépendantes de la rupture elle-même et constituant une faute dommageable. »¹

On peut se demander sur quelle règle de droit est basée l'obligation de payer des dommages-intérêts.

L'action en dommages-intérêts prend sa source dans les règles sur les actes illicites². La jurisprudence et la doctrine ont vu un acte illicite dans la rupture injustifiée. La demande de dommages-intérêts est fondée sur les articles 1382 et 1383³ et non pas sur l'article 1142, comme dans l'ancienne jurisprudence qui soutenait la thèse de la validité des fiançailles en les assimilant à un contrat de

¹ Dalloz 1902, 1, 46.

² La Cour de cassation a déclaré : « Attendu que sans porter atteinte à ce principe (la liberté illimitée du mariage) l'arrêt attaqué a pu décider que l'inexécution de semblables promesses pouvait, dans certaines circonstances, donner lieu à des actions en dommages-intérêts, lorsque cette inexécution avait causé un préjudice réel, parce que dans ce cas l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage mais dans le fait du préjudice causé et de l'obligation imposée par la loi à celui qui en est l'auteur de le réparer » (Sirey 1838, 1, 492).

³ Des délits et des quasi-délits. — Article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Article 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou son imprudence. »

faire. La responsabilité du fiancé fautif au lieu d'être contractuelle est maintenant délictuelle.

Mais le seul fait de la rupture ne constitue pas une faute ; les tribunaux ont toujours refusé d'allouer des dommages-intérêts en cas de rupture justifiée¹. Le fiancé qui, sans juste motif, rompt les fiançailles peut causer par sa faute un préjudice ; dans ce cas, il est responsable et il doit réparer le dommage². Mais comment la faute sera-t-elle établie ? Le conseiller Onorfio déclare, dans son rapport : « Dans nos lois modernes, les fiançailles ont été supprimées, mais en fait elles subsistent et alors la faute engageant la responsabilité est-elle possible ? Dans notre droit, on ne répond pas seulement de la faute proprement dite (exemple : promesse délictueuse), mais encore de la simple imprudence ; or la légèreté, à tout le moins, en est une. D'autre part, lorsque cet homme fait les préparatifs nécessaires à l'accomplissement de cette promesse, y a-t-il faute à faire soi-même les préparatifs réciproques que le mariage rend nécessaires... Le législateur ancien avait donné des règles à ces préliminaires du mariage qui sont inévitables, le législateur moderne a trouvé ces règles défectueuses. Il les a effacées. La matière lui a paru trop délicate pour être soumise à des règles tracées à l'avance ;

¹ « L'inexécution d'une promesse de mariage ne constitue pas par elle-même une faute et ne peut dès lors, quelque préjudice qui en résulte, donner ouverture à une action en dommages-intérêts ; or les promesses de mariage sont nulles... l'autre partie, en acceptant une promesse qui légalement n'engageait pas son auteur, a su ou dû savoir que celui-ci était libre de ne la point tenir. Autrement la partie qui voudrait rétracter sa promesse se trouverait invariablement placée sous la menace de cette action, de sorte qu'elle n'aura pas la liberté absolue qui jusqu'à la dernière heure doit présider à son choix... » (Cour de cassation, 16 janvier 1877, Sirey 1877, 1, 85).

Dans le même sens, Cour de Dijon, 14 juin 1927 (*Gazette du Palais*, 1927, 2, 408).

² Req. 16 janvier 1877 précité. Voir aussi Req. 1^{er} mars 1938 (*Gaz. Pal.* du 7 mai) ; Dijon, 7 février 1928 (*Dalloz* 1928, 2, 169).

que doit-on en conclure ? Qu'il a laissé les promesses, les projets, les préliminaires du mariage dans le domaine du fait ; or la règle commune des faits dommageables, c'est l'article 1382.

Les promettants ne sont pas libres de se jouer l'un de l'autre par des promesses fallacieuses, ou faites ou rompues sans réflexion ; l'un d'eux ne peut prétendre engager l'autre en ne s'engageant pas lui-même, et il ne peut impunément induire une famille en des dépenses extraordinaires. Les juges du fait examineront surtout jusqu'à quel point les choses étaient avancées et si le projet injustement rompu touchait plus ou moins à son dénouement.¹ »

Demolombe aussi trouve toute naturelle l'application de l'article 1382 en cas de rétraction sans justes motifs : « Celui qui abandonne sans motif légitime un projet de mariage peut certainement causer à l'autre futur époux un dommage très réel. Donc il doit être tenu à le réparer. C'est là une application des plus naturelles et des plus légitimes de notre article 1382. Sans doute tout projet de mariage est conditionnel, et chacun des futurs époux conserve jusqu'au moment de la célébration la faculté de s'en départir, mais n'en concluez pas pourtant que l'un d'eux puisse se jouer impunément de l'autre, et qu'après l'avoir constitué en frais, il lui soit permis de le laisser là par caprice ou par inconstance, par cupidité peut-être et pour faire un établissement meilleur.² »

En résumé, d'après la théorie délictuelle, les fiançailles sont nulles ; elles ne sont qu'un fait ; les fiancés ont le droit de rompre. Seulement la rupture injustifiée constitue un acte illicite, par conséquent une faute, donnant lieu à des dommages-intérêts.

¹ Sirey 1877, 1, 85.

² DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. III, n° 28.

§ 2. CRITIQUE DE LA THÉORIE DÉLICTUELLE.

I. — *Critique générale.*

A. — D'après la théorie délictuelle, les fiançailles sont nulles parce qu'elles portent atteinte au principe de la liberté du mariage. Mais ce n'est pas là une raison suffisante pour les déclarer sans valeur juridique. Les droits anciens et certains droits modernes — ainsi les droits allemand, suisse et turc — proclament formellement le principe de la liberté du mariage dans leurs codes sans cependant déclarer nulle la promesse de mariage. Par ailleurs, ainsi que l'a fort justement relevé Josserand, le fait que les fiançailles sont ou non déclarées nulles est sans influence pratique sur la liberté réelle des époux le jour du mariage. Exposant tout d'abord, avant de le critiquer, le point de vue qu'il combat, il écrit : « ... La promesse de mariage est contraire à la notion de l'ordre public, car sa validité, sa force obligatoire seraient de nature à compromettre la liberté du consentement des époux ; le législateur tient essentiellement à ce que, le jour où les candidats au mariage se présentent devant l'officier de l'état civil, la situation soit entière, en sorte que leur liberté de détermination soit intégrale ; or elle ne le serait pas si les fiançailles valaient contrat ; en prononçant le « oui » sacramentel, ce n'est pas un libre consentement qu'ils exprimeraient ; c'est un engagement dont ils s'acquitteraient, en débiteurs exacts et scrupuleux ; ils se trouveraient ainsi placés dans une situation inadmissible, soumis qu'ils seraient à une contrainte incompatible avec le vœu du législateur comme avec la gravité de la décision à prendre. »

« Cette argumentation, poursuit Josserand, se retrouve dans la plupart des décisions judiciaires se référant à la

question et refusant à la promesse de mariage toute valeur juridique ; elle peut paraître d'abord logique ; mais à la réflexion, elle se ramène à un préjugé plutôt qu'à un jugement, à une apparence plutôt qu'à une réalité. L'idéal entrevu et poursuivi par notre jurisprudence, à savoir l'intégrité de la situation au jour de la comparution des intéressés devant l'officier de l'état civil, constitue une pure utopie ; de toute façon, et même si l'on dénie aux fiançailles toute valeur contractuelle, l'abandon du projet de mariage implique ou peut impliquer diverses sanctions dont la perspective est susceptible d'exercer une pression sur la volonté des intéressés : c'est la restitution des présents effectués en prévision de l'union imminente ; et surtout c'est l'éventualité d'une condamnation à des dommages-intérêts à l'encontre du fiancé récalcitrant, par l'application d'une jurisprudence constante dont nous signalons plus haut l'établissement ; sans doute, la décision qui prononcera cette condamnation ne fera pas état d'un engagement contractuel précédemment assumé par le fiancé défaillant ; sans doute ce n'est pas sa responsabilité contractuelle qui entrera en jeu, mais uniquement sa responsabilité délictuelle : nous ne pensons pas que cette nuance juridique soit de nature à entrer dans ses prévisions, à l'impressionner, ni à modifier en quoi que ce soit la décision qu'il prendra. Contractuelle ou délictuelle, la mise en œuvre de sa responsabilité constitue une menace à laquelle il pourra être sensible. et peu lui importe que le fil qui retient cette épée de Damoclès suspendue sur sa tête soit fait d'un tissu conventionnel ou purement délictuel : le danger est le même pour lui dans tous les cas.¹ »

D'ailleurs est-on certain que, même sans fiançailles, le

¹ JOSSERAND, *Le problème juridique de la rupture des fiançailles* (Dalloz, Recueil périodique et critique, 1927, p. 23).

mariage serait toujours contracté avec une entière liberté ? Non : l'intérêt, la situation sociale de l'une ou l'autre des parties, la sauvegarde de l'honneur, lorsque l'annonce d'un enfant illégitime force la fiancée à accepter le mariage même après une déception, l'autorité des parents, le respect qui leur est dû et bien d'autres facteurs indépendants de la volonté des futurs époux peuvent influencer leur liberté. Celle-ci n'est donc pas absolue mais toujours relative.

Dans ces conditions, pourquoi les fiançailles seraient-elles nulles ? Elles ne sont interdites ni par la loi ni par les mœurs.

B. — D'autre part, en déniaut à la promesse de mariage toute valeur juridique, la jurisprudence française semble être allée très loin, sans d'ailleurs tirer du principe qu'elle posait toutes les conséquences nécessaires.

Comment concevoir en effet que la promesse de mariage n'engendre aucune obligation à la charge de celui qui la souscrit et l'expose néanmoins à des dommages-intérêts en cas de rupture ? Car si les fiançailles sont dépourvues de toute valeur juridique, c'est comme si elles n'existaient pas. Dès lors, chacun des fiancés est libre d'agir à sa guise et de ne pas respecter un prétendu engagement qui ne le lie pas. En refusant de donner suite au projet de mariage, il ne viole donc aucun contrat mais fait seulement usage de son droit. En conséquence, il ne saurait être tenu de payer des dommages-intérêts puisque « *neminem lædit qui suo jure utitur* » ; il ne peut être question pour lui de responsabilité, même délictuelle, puisque ayant fait usage de son droit, il n'a pas commis d'acte illicite ¹.

Certains tribunaux ², il faut le reconnaître, ont tiré

¹ ROGUIN, *Traité de droit civil comparé : Le mariage*, p. 27 ; LINDENMEYER, p. 73 ; P. COLIN, p. 22 et 23.

² Aix, 23 février 1865 (Sirey 1866, 2, 28) ; Chartres, 21 janvier 1897 (*Gaz. des Trib.*, 28 janv. 1897) ; Châteaudun, 6 août 1896 (*Gaz. du Pal.* 1896, 2, 273) ; Seine, 12 janvier 1904 (*Pandectes françaises* 1905, 2, 1).

cette conséquence de leur théorie, mais le reste de la jurisprudence et la Cour de cassation, notamment, n'en ont pas moins admis la possibilité de dommages-intérêts à la charge de l'auteur d'une rupture injustifiée, bien que cette possibilité soit incompatible avec la nullité proclamée des fiançailles. Devant cette contradiction, Josserand n'hésite pas à rejeter le principe de la nullité des fiançailles et, pour donner à l'action en dommages-intérêts un fondement juridique solide, il confère à la promesse de mariage toute la force qui découle d'un engagement juridique. « L'existence de ce lien obligatoire, écrit-il, est tellement évidente que notre jurisprudence, en dépit de tous ses efforts, ne peut parvenir à s'en évader ; malgré qu'elle en ait, elle s'y réfère instinctivement ; c'est constamment qu'il est question, dans les arrêts, de la « violation de la foi promise », de la « rupture de la promesse », du « manquement à la parole donnée », et la Cour suprême elle-même évoque l'« engagement » qui résulte, pour les fiancés, de la promesse de mariage (Req. 10 fév. 1909, D. P. 1909.1.157). Et non seulement on se réfère à l'engagement antérieurement assumé, mais encore on veut que la preuve soit faite que cet engagement a bien été pris et l'on se montre exigeant en pareille matière au point de proscrire la preuve testimoniale pour s'en remettre à la preuve littérale (Civ. 2 décembre 1907 ; D. P. 1908.1.201 ; Req. 10 février 1909 précité). Ainsi, d'une part, la Cour de cassation proclame la nullité absolue, la complète inefficacité de la promesse de mariage, et d'autre part elle subordonne l'allocation de dommages-intérêts au profit de la victime à la preuve péremptoire de la réalité de la dite promesse : il nous paraît difficile d'accumuler en quelques idées plus de contradictions.¹ »

¹ JOSSERAND, *loc. cit.*, p. 22-23.

C. — En effet, à la première contradiction qui consiste à dénier toute valeur juridique à la promesse de mariage et à accorder en même temps des dommages-intérêts en cas de violation de cette promesse, s'ajoutent deux autres contradictions :

C'est tout d'abord le fait d'exiger, comme condition de l'octroi de dommages-intérêts, la preuve de l'existence des fiançailles. Car « ou bien la promesse de mariage est nulle et alors elle ne doit pas intervenir dans les éléments de la cause, ou bien elle est valable et obligatoire, ce qui justifie alors son importance »¹.

Mais il y a plus : non contente d'exiger que l'existence des fiançailles soit établie, la jurisprudence française n'admet pas que cette preuve soit faite simplement par témoins comme peut l'être la preuve de tout délit ou quasi-délict. La Cour de cassation² n'admet la preuve par témoins que si elle est accompagnée d'un commencement de preuve par écrit ; mais en règle générale c'est par titre qu'il faut démontrer l'existence de la promesse de mariage. Or c'est là le régime des preuves auquel sont soumis les contrats. Pourtant la rupture des fiançailles est considérée comme délit et non comme la violation d'un contrat (puisque ce contrat est réputé nul). La preuve des fiançailles devrait donc pouvoir être faite par témoins, comme tous les faits visés par l'article 1382.

La décision de la Cour de cassation a été défendue par certains auteurs³, tandis qu'une autre partie de la doctrine

¹ LINDENMEYER, *op. cit.*, p. 85.

² Civ., 2 déc. 1907 (Dalloz 1908, 1, 201) ; Req. 10 fév. 1909 (Dalloz 1909, 1, 157 ; Sirey 1909, 1, 553) ; Req. 3 déc. 1924 (*Gaz. Pal.* 28 déc. 1924) ; Civ., 12 nov. 1929 (*Gaz. Pal.*, 1 déc. 1929).

³ LAURENT, t. III, n° 310 ; HUC, t. II, n° 9 ; GAUDEMET, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 378.

la critique¹. Planiol, entre autres, déclare à ce propos : « Par un singulier illogisme, pourtant, la jurisprudence n'admet la preuve de la faute délictuelle que si le demandeur a prouvé, au préalable, la promesse de mariage au moyen d'un écrit. Cette solution est ancienne et a été donnée primitivement à propos de la séduction. Il semble impossible d'en donner une justification rationnelle : si la promesse ne vaut pas en tant que contrat, pourquoi la soumettre aux règles de preuve des contrats ? Elle n'a été que la circonstance à propos de laquelle une faute délictuelle a été commise.² »

D. — Ainsi toute la conception de la jurisprudence française qui ne voit dans les fiançailles qu'un fait sans valeur juridique et dans leur rupture un simple délit civil, aboutit à des contradictions trop graves pour que cette conception puisse être justifiée. Ces contradictions proviennent toutes, d'ailleurs, du principe erroné qui est à la base de la théorie et qui veut que les fiançailles soient nulles. Il s'en faut, en effet, que la promesse de mariage soit dépourvue de tout effet juridique : outre les diverses obligations qu'elle crée entre fiancés (obligation de fidélité par exemple), outre certaines conséquences qu'elle produit en matière de recherche en paternité notamment, on doit reconnaître, qu'on le veuille ou non, que c'est elle qui fonde, en réalité, l'action en dommages-intérêts consécutive à sa rupture. Car cette rupture, lorsqu'elle est injustifiée, constitue une infraction aux devoirs qui existent entre fiancés ; et ces devoirs n'existent que parce qu'ils sont fiancés. Une même attitude venant d'une personne qui ne serait liée par aucune promesse antérieure ne pourrait donner lieu à

¹ DEMOLOMBE, t. III, n° 33 ; GLASSON, *Du consentement des époux au mariage*, n° 101 ; ROUAST, PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, p. 73.

² PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. I, p. 326.

une action en réparation. « Supposons la conduite de l'époux réfractaire, les circonstances qui s'y rattachent, exactement les mêmes, mais sans la promesse de mariage. Aussitôt toute indemnité cesse d'être due, aucune réclamation n'est admise.¹ »

Il ne peut ainsi y avoir de dommages-intérêts que dans la mesure où une promesse a été faite et où elle a été rompue : c'est donc que cette promesse a, au moins, une certaine valeur juridique, et, d'autre part, que s'il y a lieu à réparation, c'est d'autant moins à raison de la commission d'un acte illicite que les fiancés ont toujours le *droit* de rompre.

II. — *Théorie de l'abus des droits.*

Devant l'insuffisance et les contradictions de la théorie délictuelle, il s'est élevé une théorie récente qui rompt résolument avec la tradition ; tout en admettant le même résultat que celui auquel aboutit la théorie délictuelle, elle le justifie cependant par la notion de l'abus des droits².

¹ LINDENMEYER, *op. cit.*, p. 73.

² On peut déjà trouver dans des arrêts plus anciens quelque allusion à cette idée de l'abus des droits : Alger, 9 avril 1895 (Dalloz 1895, 2, 320 ; Sirey 1896, 2, 79) ; Paris, 26 juin 1894 (Dalloz 1895, 2, 86 ; Sirey 1894, 2, 264) ; Lyon, 23 janvier 1907 (Dalloz 1908, 2, 73 ; Sirey 1909, 2, 310) et surtout Trib. de Chartres, 21 janvier 1897 (*Gaz. Trib.*, 28 janvier 1897), qui déclare entre autres : « Attendu que lorsque deux personnes se sont promis le mariage, elles sont libres de se rétracter et que cela ne constitue point la violation d'une obligation valable ; que cette rétractation n'est que *l'exercice d'un droit*. Attendu en l'espèce que le défendeur n'a donc fait qu'*user d'un droit* et qu'il n'aurait *commis une faute que s'il eût abusé de ce droit*, guidé par un sentiment de méchanceté ou coupable de quelque négligence ou de quelque imprudence ; mais attendu que les faits et les circonstances de la cause ne révèlent contre lui aucune faute de cette nature et que dès lors sa responsabilité n'est pas engagée. » Rapp. Paris, 20 nov. 1913 (*Gaz. Pal.*, 29 déc. 1913).

Toutefois ces arrêts sont restés sans influence sur la jurisprudence.

Cette théorie qui, s'agissant des fiançailles, a été principalement soutenue par Josserand¹, se refuse à considérer comme nulle la promesse de mariage. Comment, peut-on en effet se demander, justifier les dommages-intérêts que l'on impose à celui qui rompt un engagement qui ne le lie pas ? Tout au contraire, la promesse de mariage est un contrat ayant pleine efficacité juridique, comme tout accord de volonté qui a pour objet un acte licite. La promesse de mariage est bien valable et oblige les parties qui l'ont souscrite.

Ce contrat, cependant, présente une certaine particularité en ce qu'il confère à chacune des parties un « droit de résiliation unilatérale »². En effet, les fiançailles ne doivent pas faire obstacle à ce que la situation des futurs époux soit entière au moment de la célébration du mariage ; les fiancés ne doivent en aucune façon voir leur liberté restreinte par des promesses qu'ils auraient pu formuler antérieurement. Aussi chacun doit-il être en mesure de renoncer en tout temps au projet qu'il avait fait avec son fiancé si des motifs sérieux viennent s'opposer au mariage envisagé ou le rendent peu souhaitable.

Mais ce droit de résiliation n'est point un droit absolu, mais bien un « droit relatif »³. Les fiancés ne peuvent rompre à la légère, par caprice, sans motifs légitimes. Ils ne peuvent en faire usage qu'« à bon escient »⁴. Or le droit de résiliation n'est prévu que pour permettre d'éviter qu'un mariage ne soit conclu, uniquement parce qu'il a été promis, alors qu'il est peu recommandé qu'il soit célébré

¹ JOSSERAND, *L'abus des droits*, p. 41 ; *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 189 ss. ; *Le problème juridique de la rupture des fiançailles* (Dalloz, Recueil périodique et critique, 1927, p. 21 ss.).

² JOSSERAND, *Le problème juridique de la rupture des fiançailles*, loc. cit., p. 24.

³ JOSSERAND, *ibid.*

⁴ JOSSERAND, *ibid.*

parce que, pour une raison quelconque, il apparaît que les futurs ne sont guère assortis l'un à l'autre. C'est dans ce cas seulement que la résiliation des fiançailles est admise ; en toute autre hypothèse, l'exercice du droit de résiliation est injustifié et constitue un abus. Cet abus est une faute qui expose celui qui la commet à devoir réparer le dommage qu'il peut avoir ainsi causé.

Cette théorie n'a pas manqué de faire l'objet de critiques de la part des partisans de l'opinion traditionnelle. Nous laissons de côté celles qui s'adressent à la théorie générale de l'abus des droits¹ et qui n'atteignent que par contre-coup l'application que Josserand en a faite au domaine des fiançailles.

Le principal grief qui a été fait à cette théorie sous cette dernière forme consiste à dire qu'un contrat ayant pour objet une prestation unique (en l'espèce, la célébration du mariage) ne peut être doté d'une faculté de résiliation unilatérale. « Cette prétendue résiliation, écrit Rouast², ne serait plus un terme mis à l'exécution du contrat, comme dans le louage ou l'assurance, mais une condition suspendant cette exécution au gré de chacun. Ce serait une condition purement potestative, et la promesse de mariage devrait dès lors être annulée en vertu de l'article 1174³. Il n'y a donc pas à parler d'abus du droit de rupture, parce qu'il n'y a pas de droit défini de rupture, il y a simplement la liberté d'ordre public de ne pas consentir à un mariage. »

¹ PLANIOL, *Traité élém.*, t. II, n° 871 ; COLIN et CAPITANT, t. II, n° 324.

² Dans PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. II, p. 70.

³ « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

III. — *Conclusion sur la théorie délictuelle.*

Ainsi ni la théorie délictuelle, telle que l'a élaborée la jurisprudence française, ni la théorie de l'abus des droits, qu'on a tenté de lui substituer et qui se rallie aux théories contractuelles, ne fournissent une explication suffisante de la nature juridique des fiançailles. Bien que chacune d'elles semble réduire l'autre à néant, nous ne croyons pas qu'elles doivent être intégralement rejetées ; chacune d'elles contient certains éléments qu'il peut être utile de retenir pour la solution du problème qui nous occupe.

Il ne nous paraît en tout cas pas possible d'adhérer aux principes de la théorie de l'abus des droits, qui, en tant qu'elle voit dans les fiançailles un contrat, encourt toutes les critiques que nous avons formulées à l'égard des théories contractuelles. Elle a, cependant, le mérite d'avoir critiqué la proposition qui est à la base de la théorie délictuelle et selon laquelle les fiançailles sont radicalement nulles ; si elle l'a fait en tombant dans l'excès contraire, il faut reconnaître que cet excès peut s'expliquer par la forme trop absolue que la théorie délictuelle a donnée à sa proposition initiale.

En effet, cette proposition ne peut être vraie qu'en ce qui concerne la promesse de contracter mariage ; il est incontestable qu'un engagement de cette sorte ne lie en aucune façon ceux qui l'on souscrit, et c'est en ce sens seulement que l'on peut dire que les fiançailles sont nulles. Mais les fiançailles ne se réduisent pas à cela ; elles constituent tout un ensemble de relations de fait qui s'établissent entre fiancés. Ces relations, tout comme l'échange de promesses ou, mieux, l'échange de projets qui leur donne naissance, sont des faits dont il est exagéré de dire qu'ils sont nuls et non avenus parce que le droit ne reconnaît

pas, ici, à la manifestation de la volonté les mêmes effets juridiques que dans d'autres domaines. La promesse de mariage, les diverses relations entre fiancés, nulles comme actes juridiques, n'en existent pas moins comme faits et c'est sur cette existence que la loi se fonde pour accorder dans certaines circonstances des droits aux fiancés.

Il n'est donc pas possible de suivre Josserand ¹ lorsque, voulant enfermer les partisans de la théorie délictuelle dans un dilemme, il écrit : « Il faudrait cependant choisir : de deux choses l'une, ou bien la promesse de mariage est dénuée de toute valeur juridique, elle est comme si elle n'existait pas et alors sa méconnaissance ne saurait jamais et à aucun titre devenir productive de responsabilité ; ou bien cette méconnaissance est susceptible d'engager la responsabilité du défaillant, et alors c'est que celui-ci était lié par les fiançailles qui ont donc une force obligatoire. »

C'est confondre là acte juridique et fait juridique ; car la promesse de mariage peut parfaitement être « dénuée de toute valeur juridique » sans qu'on puisse dire que c'est alors « comme si elle n'existait pas ». Est-ce à dire que c'est à bon droit que Josserand attribue cette opinion aux partisans de la théorie délictuelle ? Il est difficile de l'affirmer, mais on peut voir un indice en faveur de l'affirmative dans le fait que cette théorie a fondé l'action en dommages-intérêts née des fiançailles sur la responsabilité délictuelle, ce qui indique qu'à elles seules, les fiançailles ne lui ont pas paru un fondement suffisant.

En tout état de cause, il faut mettre à l'actif de la théorie délictuelle son refus de voir dans les fiançailles un contrat ou un acte juridique quelconque et d'avoir proclamé le principe que les fiançailles n'obligent en aucune

¹ *Le problème juridique de la rupture des fiançailles, loc. cit., p. 22.*

façon au mariage. Mais à cause de cela, précisément, et parce que les fiancés ont toujours le droit de rompre, il n'est pas possible de suivre cette théorie lorsqu'elle assimile la rupture des fiançailles à un acte illicite¹ et considère que cette rupture engage la responsabilité délictuelle de son auteur.

¹ La doctrine et la jurisprudence suisses refusent de considérer la rupture des fiançailles comme un acte illicite. C'est ainsi que le T. F. déclare : « Ainsi que le Tribunal fédéral l'a jugé en jurisprudence constante, la rupture des fiançailles ne constitue pas en elle-même un acte illicite au sens des articles 50 et suivants C. O. ; pour qu'elle revête ce caractère, il faut de plus que la partie qui a rompu l'ait fait d'une façon offensante pour l'autre partie et l'ait ainsi atteinte dans son sentiment de l'honneur » (12 avril 1912, *J. T.*, 1913, I, p. 2).

CHAPITRE II

Théorie de la promesse de garantie.

La théorie qui voit dans les fiançailles la promesse d'une garantie ¹ pourrait être rangée dans la catégorie de celles qui considèrent les fiançailles comme un contrat. Or, à y regarder de près, cependant, elle apparaît plutôt, en réalité, comme se rattachant aux théories du fait.

En effet, selon cette conception, les fiançailles consistent dans la promesse, que l'un des fiancés fait à l'autre, de réparer le dommage que ce dernier pourrait subir au cas où le premier romprait de façon injustifiée les rapports de fait qui existent entre eux ².

Ainsi, dans cette théorie, la promesse de mariage, qui constitue pour tout le monde l'essence même des fiançailles, n'a que la valeur d'un simple fait, d'un simple échange de projets. Ce qui est au contraire essentiel, d'après les partisans de cette conception, c'est la promesse, au fond accessoire mais dont on fait le principal, de ne répondre que du dommage qui résulterait pour l'un des fiancés de la rupture injustifiée de leurs rapports ou du fait que le mariage ne pourrait être conclu par la faute de l'autre partie. Ainsi les fiançailles apparaissent comme une disposition accessoire ayant pour objet d'assurer à la victime

¹ Soutenue par HORNING, *op. cit.*, p. 69, et ESSER, *op. cit.*, p. 57 ss.

² ROUVIN, *Traité de droit civil comparé : Le mariage*, p. 26, n^o 12.

d'une rupture injustifiée la réparation du dommage que cette rupture lui a causé.

Telle est la théorie, dite de la promesse de garantie, qui prétend rendre compte de la nature juridique des fiançailles. Il ne semble pas qu'elle mérite d'être retenue, car elle prête le flanc à de nombreuses et sérieuses critiques.

1. Tout d'abord, on peut lui reprocher de reposer sur un fondement psychologique bien faible, car il est excessif d'admettre qu'au moment où elles se fiancent, deux personnes pensent à la rupture de leurs fiançailles et fassent, des conséquences de cette rupture, l'objet principal de leurs préoccupations.

2. D'autre part, comment concevoir que les fiançailles ne soient qu'une promesse de garantie alors que les lois excluent formellement la stipulation d'une peine conventionnelle, qui remplit une fonction analogue à celle de la promesse de garantie ?

3. En outre, cette théorie ne réussit pas à rendre compte de certaines dispositions de la loi, notamment de celle qui permet non seulement au fiancé lésé mais encore à ses parents ou à des tiers d'intenter une action en dommages-intérêts en vue d'obtenir la réparation du préjudice que la rupture leur a causé. Car il faudrait admettre alors que la promesse de garantie est faite en faveur de tiers, s'il s'agit des parents, ou même en faveur d'incertains, s'il s'agit d'autres personnes. Or si la première de ces promesses est théoriquement possible, bien qu'en fait cette hypothèse ne soit guère réalisée au moment des fiançailles, ce serait cependant aller trop loin que d'admettre une promesse en faveur de personnes incertaines, qui peuvent être parfaitement inconnues du fiancé tenu à réparation, et cela non seulement au moment des fiançailles mais encore au moment de la rupture.

4. Enfin, et surtout, cette théorie doit être rejetée car, au fond, elle ne rend pas du tout compte de la nature juridique des fiançailles mais s'attache uniquement à en expliquer un des effets. Son insuffisance résulte d'ailleurs nettement de ce que l'explication des règles légales relatives aux fiançailles n'est pas tirée du contenu des fiançailles mêmes, mais d'un contrat accessoire qui paraît du reste bien imaginaire ; car ce que les fiancés se promettent c'est un mariage futur et non la réparation du dommage résultant d'une rupture à laquelle ils ne songent même pas. Au surplus, même considérée en soi, « cette conception est singulière, puisque la même personne promettrait le mariage et se soumettrait implicitement à une deuxième obligation, en cas de violation de la première. Il semblerait alors plus naturel d'admettre l'existence d'une obligation alternative.¹ »

¹ ROGUIN, *ibid.*

CHAPITRE III

Théorie de la « culpa in contrahendo ».

Parmi les auteurs qui voient dans les fiançailles un simple fait dépourvu de toute valeur juridique, il en est qui les assimilent aux négociations qui précèdent la conclusion d'un contrat, le contrat étant ici le mariage ; cela les amène à assimiler d'autre part la rupture des fiançailles à la faute que l'une des parties commet lors des pourparlers précédant un contrat et qui aboutit à la conclusion d'un contrat nul.

On entend en effet par *culpa in contrahendo* la faute dont on se rend coupable alors que les tractations sont encore en cours, avant même la conclusion du contrat, et qui a pour effet de rendre le contrat impossible ou nul. Sans vouloir entrer dans les détails de cette théorie générale de la *culpa in contrahendo*¹, qui ne nous intéresse qu'en tant qu'appliquée aux fiançailles, il faut cependant remarquer qu'elle comporterait une très grande extension de la responsabilité s'il fallait considérer comme une faute le fait de rompre, même arbitrairement, des pourparlers, ce qui est le droit de chacun des futurs contractants. Chacun d'eux doit s'attendre à une telle éventualité et s'il en était autrement, on n'entamerait des pourparlers que lorsque l'on serait certain qu'ils aboutiraient à une conclusion positive.

¹ Théorie due à IHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 4, p. 16.

S'il n'est donc pas possible de considérer comme une faute le fait de rendre la conclusion du contrat impossible par suite de la rupture des pourparlers, il peut en revanche être question d'une *culpa in contrahendo* lorsque l'une des parties, avant la conclusion du contrat, trompe l'autre en la faisant croire à la validité du contrat futur, alors que le cocontractant est de bonne foi et ne connaît pas ni n'est tenu de connaître la circonstance qui rendra ce contrat nul ou sa prestation impossible. « La partie qui rompt les pourparlers ne commet pas une *culpa in contrahendo*. Chaque partie a le droit de rompre, sans avoir à rendre compte des raisons qui l'y ont décidée. Si l'autre partie a subi un dommage du fait qu'elle s'attendait à la conclusion du contrat, elle supporte elle-même ce préjudice : en effet, elle devait compter avec l'incertitude de la situation juridique. Il n'en serait autrement que si quelqu'un engageait des pourparlers dans l'intention de les rompre et de causer de la sorte un préjudice à la partie adverse.¹ »

Comment cette théorie s'applique-t-elle aux fiançailles ? Comme nous l'avons déjà dit, elle consiste à considérer que les fiançailles sont au mariage ce que les négociations sont à un contrat ; les fiançailles sont donc préalables à toutes relations juridiques, un simple fait ; elles ne sont qu'un temps d'essai qui permet aux fiancés d'examiner s'il convient qu'ils contractent le mariage. Tant qu'ils sont fiancés, ils sont encore dans la phase des pourparlers qui précèdent la conclusion du contrat, soit le mariage, et n'ont par conséquent, entre eux, que des relations de fait dans lesquelles le droit n'intervient pas encore.

Pendant, bien qu'aucun contrat n'ait été conclu et qu'aucune des parties ne soit juridiquement liée, le fiancé

¹ VON THUR, t. I, p. 170-171. Voir d'ailleurs, sur toute la question, p. 169-171 et 229.

qui rompt se rend coupable de la même faute que celui qui, par son attitude, rend la conclusion du contrat impossible ou favorise la naissance d'un contrat nul. Il commet ainsi une *culpa in contrahendo*, c'est-à-dire pendant les tractations précédant le contrat, et est par conséquent passible de dommages-intérêts¹.

Cette théorie cependant ne paraît pas devoir résister à un sérieux examen. On peut tout d'abord lui faire les critiques adressées à la théorie de la *culpa in contrahendo* dans sa forme la plus étendue : tant qu'aucun acte juridique ne lie les parties, chacune d'elle a le droit et la faculté de rompre à sa guise les négociations commencées. Si donc on assimile les fiançailles à de simples pourparlers précédant le mariage, la rupture des fiançailles ne constitue qu'une rupture de pourparlers et ne peut être, en soi, taxée de coupable, alors même qu'elle serait intervenue de la façon la plus arbitraire, puisque c'est là un droit absolu pour chacune des parties. Cette rupture ne pourra être une faute que si elle est accompagnée de circonstances qui permettront de la considérer comme telle. C'est alors seulement qu'elle pourra donner lieu à une action en dommages-intérêts et c'est bien à ces conditions seulement que les articles 92 et 93 C. C. S. tout au moins accordent une action au fiancé abandonné.

Mais il y a plus. Pour que la rupture puisse être considérée comme une faute, il faudrait, conformément à la théorie de la *culpa in contrahendo* réduite à ses justes proportions, que celui qui en est l'auteur ait fait naître dans l'esprit de l'autre partie, au sujet de la conclusion future du mariage, des espoirs dont il savait lui-même qu'ils seraient déçus. Or c'est là un point de vue difficilement

¹ JACOBI, *Das persönliche Eherecht des B. G. B. für das Deutsche Reich*, p. 19 ; ALBERT LEGROS, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, p. 151 ss.

soutenable si l'on admet les prémisses mêmes de la théorie de la *culpa in contrahendo* appliquée aux fiançailles, qui assimile ces dernières à des tractations en vue du mariage et si l'on admet la conception que le principal partisan de cette théorie, Jacobi, se fait des fiançailles. En effet, si l'on veut voir dans ces dernières des pourparlers précédant le mariage et, comme Jacobi¹, non pas une préparation au mariage mais un temps d'essai au cours duquel les intéressés examinent s'ils sont vraiment faits l'un pour l'autre, une rupture pourra difficilement être considérée comme une faute. Car la conclusion des fiançailles ne peut jamais faire naître une espérance que l'on pourrait décevoir², puisque les fiançailles ne constituent qu'un temps d'essai. Chacune des parties doit prévoir une rupture possible, qui ne peut frustrer ainsi aucune espérance. La rupture est donc toujours licite et ne peut donc constituer une faute.

Enfin, on peut rejeter la théorie de la *culpa in contrahendo* pour des motifs d'ordre plus général tirés de la conception que cette théorie se fait de la promesse de mariage. Il est en effet contraire au sentiment commun de dire que les fiancés sont, tant que durent leurs fiançailles, en pourparlers permanents au sujet de leur futur mariage. Bien que l'on puisse douter que leurs rapports soient d'ordre juridique, ils n'en sont pas moins très étroits, beaucoup plus étroits que ceux que créent des négociations préliminaires à un contrat. Il convient de dire une fois de plus que si les fiançailles sont un essai, il s'agit d'un essai très sérieux, relevant de la morale et des mœurs, et auquel les règles contractuelles ne sont pas applicables.

Ainsi la théorie de la *culpa in contrahendo* appliquée aux fiançailles non seulement aboutit à une conclusion

¹ *Op. cit.*, p. 19.

² Cf. R. O. 56, II, p. 329.

en contradiction avec ses prémisses, mais encore repose sur des prémisses d'une exactitude très douteuse. Ajoutons que cette théorie, si elle réussit à rendre compte de l'obligation qu'ont les fiancés de se restituer, après la rupture, les cadeaux qu'ils se sont faits au cours des fiançailles, est impuissante à expliquer le droit des parents et d'autres tiers de réclamer des dommages-intérêts pour les dépenses qu'ils ont faites en vue du mariage. Il est manifeste en effet que la *culpa in contrahendo* ne confère de droit qu'à celui qui a été directement lésé par la non-conclusion du contrat, c'est-à-dire l'autre partie uniquement, et qu'elle reste sans influence sur la situation juridique des tiers.

CHAPITRE IV

Théorie de l'équité.

L'insuffisance de toutes les théories que nous avons examinées jusqu'ici nous amène à chercher dans une tout autre direction une explication des caractéristiques des fiançailles. Nous avons vu en effet pourquoi les théories dites contractuelles, c'est-à-dire voyant dans la promesse de mariage un contrat, ne fournissaient pas de réponse satisfaisante à la question que nous nous sommes posée. Mais une fois admis que les fiançailles sont un fait, il s'agissait de justifier l'existence de l'action en dommages-intérêts que la loi donne contre celui qui rompt les fiançailles sans justes motifs. C'est dans cette tâche que les diverses théories du fait ne semblent pas avoir pleinement réussi, que ce soit la théorie de la garantie, la théorie délictuelle ou celle de la *culpa in contrahendo*. Chacune d'elles, en effet, va chercher dans des motifs d'ordre strictement juridique une explication des particularités des fiançailles. C'est pourquoi nous croyons qu'il faut abandonner ce terrain purement juridique pour en aborder un autre.

C'est ce que fait la théorie de l'équité. Elle continue, bien entendu, à ne voir dans les fiançailles qu'un simple fait, mais justifie les conséquences de la rupture par des considérations qui n'ont plus rien de commun avec les constructions juridiques ordinaires, mais sont tirées de la notion de l'équité.

Qu'est-ce en effet que les fiançailles ? Un simple rapport de fait, résultant bien d'un échange de promesses, si l'on veut, mais de promesses se rapprochant beaucoup plus d'un échange de projets que de déclarations de volonté donnant lieu à des obligations ayant une validité juridique. Si l'on peut dire qu'il y a dans les fiançailles un engagement, une obligation, ce ne peut être qu'une obligation d'ordre moral, au sens le plus courant du terme, et non d'une obligation juridique. Les fiançailles relèvent entièrement du domaine de la morale et des mœurs, et non pas de celui du droit.

Si cependant la loi fait produire des effets à la rupture des fiançailles, au refus d'un des fiancés de donner suite aux projets échangés, c'est également pour des raisons d'ordre moral que l'on peut qualifier d'équité. Il s'agit en effet, avant tout, de protéger la bonne foi et non pas de sanctionner des obligations ou des droits déterminés quelconques. La loi estime qu'en échangeant leurs promesses, les fiancés, sans se créer des obligations, ont fait naître tant en eux-mêmes que chez des tiers l'espoir ou la perspective d'un mariage ; se fondant sur l'attitude qu'ils ont adoptée, sur leur volonté présumée de conclure le mariage, diverses personnes, dont les intéressés eux-mêmes, se sont peut-être livrés à des dépenses qu'ils n'auraient pas faites si ce mariage n'avait pas été en vue ; il est donc juste que celui par la faute duquel le mariage ne peut avoir lieu répare le dommage qu'il cause en rendant vains les espoirs qu'il a fait naître et les dépenses que son attitude justifiait — et il doit cette réparation alors même qu'il n'était pas juridiquement tenu de donner suite à la promesse qu'il avait faite.

Telle est, en substance, la théorie de l'équité, dont les partisans se recrutent essentiellement parmi les auteurs

allemands¹, qui invoquent notamment à l'appui de leur thèse l'Exposé des Motifs du B. G. B. Cette théorie a été attaquée par un certain nombre d'auteurs, allemands eux aussi, qui en ont critiqué le principe même, en quelque sorte préjudiciellement, sans examiner le détail de sa construction.

En premier lieu, a-t-on dit², il est exagéré d'invoquer l'Exposé des Motifs pour prétendre que toute l'organisation des fiançailles ne relève que du domaine de l'équité. En effet, si les Motifs parlent de raison d'équité, il ne faut voir là que des lignes directrices générales indiquant de quel côté il faut chercher l'explication des particularités des fiançailles, mais cela n'excluerait nullement, au contraire, que cette explication soit d'ordre juridique.

Cette critique ne mérite pas d'être retenue. On ne voit pas pourquoi il faudrait absolument trouver un motif juridique à l'action en dommages-intérêts née de la rupture des fiançailles, du moment que l'Exposé des Motifs abandonne résolument le terrain juridique pour se tourner vers celui de l'équité. On ne peut persister à rechercher une explication juridique que si l'on s'écarte et si l'on refuse de tenir compte des indications fournies par les lignes directrices de l'Exposé des Motifs, ce qu'il n'y a aucune raison de faire.

Il n'y a d'ailleurs aucun inconvénient à recourir à la notion d'équité dans ce domaine et il est inexact d'y voir, selon la formule de Stutz³ reprise par tous les adversaires

¹ En particulier TITZE, *Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Liv. 4, p. 14 ; SCHULTZ, *Willensmängel bei Verlobnissen*, p. 34 ; MEISNER, *Kommentar zum vierten Buche des Deutschen B. G. B.*, § 1297, chiff. 4, p. 7.

² NIXDORF, *Die Rechtsnatur des Verlobnisses*, p. 16-17.

³ STUTZ, *Die Rechtsnatur des Verlobnisses nach deutschem bürgerlichen Recht*, p. 27, n° 4. Bornons-nous à citer, parmi les nombreux auteurs qui ont repris son idée sur ce point, les plus récents : NIXDORF, *op. cit.*, p. 17 ;

de la théorie, un simple expédient, auquel on ne devrait recourir qu'après avoir épuisé toute possibilité d'une autre explication, expédient qui ne ferait d'ailleurs que masquer l'impuissance des partisans de cette théorie à rendre compte de façon satisfaisante de la nature juridique des fiançailles.

On remarquera, tout d'abord, que ce n'est qu'après avoir constaté l'insuffisance des diverses théories émises sur la matière, que l'on a recours à la théorie de l'équité pour essayer de trouver une explication satisfaisante. Les théories contractuelles, notamment, ne nous ont pas paru mériter d'être retenues et le point de vue de Stutz à l'égard de la théorie de l'équité s'explique uniquement par le fait qu'il considère les fiançailles comme un contrat.

Au surplus, vouloir, comme certains auteurs, que la théorie de l'équité ne soit qu'une pseudo-explication dénote un singulier parti pris de voir dans les fiançailles un acte juridique et dans leurs effets les conséquences strictement juridiques de cet acte. Pourquoi en effet prétendre *a priori* qu'une théorie qui fait appel à l'équité ne peut rendre convenablement compte des singularités des fiançailles ? Cette position est d'autant moins soutenable que la théorie de l'équité ne se borne pas à invoquer simplement le terme d'équité mais indique, comme nous le verrons plus loin, pourquoi la notion d'équité permet de comprendre l'institution des fiançailles. On ne saurait faire grief à cette théorie de ne pas donner du système des fiançailles une justification d'ordre strictement juridique puisqu'elle prétend qu'il n'est pas possible de donner de ce système une explication juridique.

Le problème consiste à trouver, pour les fiançailles,

JUNG, *Das Verlöbniß als familienrechtlicher Gesellschaftsvertrag*, p. 9 ;
MATTHIAS, *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach dem B. G. B. in Lehre und Rechtsprechung*, p. 10 ; SCHMIDT, *Die rechtliche Natur des Verlöbnisses*, p. 14.

une explication convenable, qui soit la plus simple et la moins artificielle ; peu importe qu'on y arrive par des raisons juridiques ou non, pourvu qu'elles soient satisfaisantes. Ce sont ces raisons que nous allons examiner.

Un point paraît difficilement contestable : c'est que les fiançailles sont les préliminaires du mariage. Lorsque deux personnes se fiancent, elles manifestent par là leur intention de procéder, dans un avenir plus ou moins éloigné, à l'acte juridique qui fera d'eux des époux ; elles savent qu'elles devront mettre à profit le temps qui s'écoulera jusqu'à ce moment-là pour préparer matériellement ce futur mariage et examiner même s'il est opportun de le conclure, c'est-à-dire si ces personnes sont faites pour se convenir mutuellement. Mais il n'y a dans tout cela aucune obligation juridique à proprement parler. Le mariage peut parfaitement être célébré alors que les deux fiancés auraient négligé de se livrer aux habituels préparatifs matériels et moraux précédant le mariage ; il peut même être célébré d'emblée, sans fiançailles préalables, réserve faite de la période entre la publication des bans et la célébration du mariage, à laquelle on peut donner le nom de fiançailles, mais sans négliger de remarquer qu'il s'agit là d'une période d'attente purement administrative à laquelle personne ne songe lorsqu'on parle de fiançailles¹.

L'habitude des fiançailles, prises dans leur sens usuel et courant, le seul qui mérite d'être retenu, relève uniquement des usages et des mœurs. Il en est de même de l'ensemble des actes et de l'attitude qui s'imposent aux fiancés, et si l'on veut user ici du terme d'« obligation », il faut bien voir qu'il ne peut s'agir d'obligation au sens juridique du terme, mais d'obligation d'ordre moral et social. Le droit serait d'ailleurs fort embarrassé de sanctionner des obligations aussi vagues dans leur contenu et dans leur

¹ *Supra*, p. 36 ss., n° 2.

étendue, aussi variables dans leur essence même suivant le temps, le lieu, la situation des fiancés et le milieu auquel ils appartiennent. Il est d'ailleurs fort simple de remarquer que le droit ne mentionne aucune de ces obligations, pas même celle de fidélité, qui serait la plus simple à proclamer et à sanctionner juridiquement.

C'est au mariage, but des fiançailles, que la loi voue tous ses soins et c'est lui qu'elle organise avec une diligence qu'elle ignore pour les fiançailles. Car ce qui revêt à ses yeux de l'importance et de la gravité ce n'est pas l'intention d'assumer dans l'avenir des obligations matrimoniales, mais la volonté définitivement arrêtée d'entrer immédiatement dans les liens du mariage. Aussi impose-t-elle à la manifestation de cette volonté une série de formes précises et rigoureuses.

Qu'est-ce, en effet, que le mariage ? C'est une communauté de vie qui se manifeste sur le plan physique et sur le plan économique, et selon certaines conceptions, sur le plan spirituel aussi. Le mariage étant essentiellement l'union durable de deux personnes de sexe différent en vue de la procréation, constituant donc une communauté physique corporelle, entraîne également la mise en commun des efforts et des moyens propres à assurer aux époux leur vie matérielle et une communauté morale comprenant et dépassant la vie spirituelle de chacun des époux.

Cette triple communauté, mais surtout la communauté physique, qui limite fortement pour chacun des époux la libre disposition de son corps, constitue une atteinte considérable à la liberté personnelle des époux et implique de leur part une grave renonciation à cette liberté. Or il n'est pas possible de renoncer, même partiellement, de son propre chef, par une simple manifestation de volonté à une telle liberté. Seul l'Etat, la société, peuvent autoriser un acte de cette sorte lorsqu'une raison supérieure le justifie ; dans le mariage, c'est la procréation, à laquelle la société

est intéressée, qui permet à la loi de consacrer et de sanctionner l'atteinte à la liberté personnelle que le mariage constitue pour les époux.

Les fiançailles n'impliquent pas encore la triple communauté de vie que nous avons vue mais constituent simplement la promesse d'entrer dans cette communauté. Cette promesse est sans valeur juridique car les fiancés ne doivent pas être liés par des obligations d'une rigueur que ne justifie en aucune façon le but qu'ils assignent à la promesse échangée. Ce n'est pas, en effet, à la procréation que tendent les fiançailles, mais à la préparation au mariage, en vue duquel elles ne sont qu'un temps d'essai. Ce but est loin d'être assez important pour que la loi sanctionne l'engagement des fiancés en lui imposant une forme solennelle comme dans le mariage, où le but de la procréation justifie la rigueur et l'importance des obligations. Les promesses qu'échangent les fiancés sont ainsi nulles comme sont nulles toutes les promesses comportant une grave atteinte à la liberté personnelle de ceux qui les ont formulées, tant que la loi n'a pas de motifs suffisants de trouver légitime et de sanctionner cette limitation de la liberté (art. 27, al. 2, C. C. S.) ; et ces motifs n'existent pas en matière de fiançailles.

Au surplus, si les fiançailles avaient un effet obligatoire et contraignaient au mariage, elles feraient double emploi avec cette institution et on ne voit pas pour quelle raison il serait nécessaire de procéder à la célébration du mariage ; cette cérémonie, si elle était néanmoins maintenue, n'aurait plus la valeur que d'une simple formalité d'enregistrement.

Les fiançailles apparaissent donc bien comme la simple volonté d'instituer un temps d'essai avant le mariage ; et puisque le droit exige que les futurs époux soient absolument libres au moment du mariage et procèdent en toute liberté à la célébration, il faut admettre qu'aucun engage-

ment antérieur ne peut juridiquement lier les intéressés. La promesse de mariage est donc juridiquement nulle et son exécution est laissée à la seule appréciation et à la conscience des fiancés ¹.

Il reste cependant que, même sans valeur juridique, la promesse de mariage qu'échangent des fiancés n'en existe pas moins. Nulle comme acte juridique, elle existe néanmoins comme fait. C'est ce fait qui permet à chacun d'eux de compter que le mariage projeté sera célébré, comme cela se produit dans la majorité des cas ². Et c'est en considération de cette issue normale des fiançailles que l'un et l'autre et même des tiers se livrent à des dépenses en vue du futur mariage.

Si celui-ci ne peut avoir lieu, il est évident que ces dépenses auront été faites en pure perte. Chacun supportera les siennes sans pouvoir demander aucune indemnité à qui que ce soit, car il s'agit là d'un risque inhérent aux fiançailles et l'on ne peut mettre à la charge d'un des fiancés les conséquences d'une rupture « justifiée » des fiançailles puisque c'est là une faculté ³ que, par essence, les fiançailles

¹ Cf. arrêt du *Reichsgericht* (T. 80, p. 88) : « Le principe du premier projet, selon lequel *les fiançailles ne créent pas une obligation juridique*, une contrainte juridique en vue de la conclusion du mariage, qu'elles ne doivent pas porter atteinte à la liberté de la volonté lors du mariage, s'est aussi maintenu dans le B. G. B. ».

² Cf. arrêt du T. F. du 14 mars 1918 : « Les fiançailles, en effet, créent à tout le moins une *présomption* qu'elles seront suivies de mariage » (R. O. 44, II, p. 67 ; *Semaine judiciaire*, 1918, p. 276). Arrêt du 19 décembre 1940 : « Si les fiançailles créent une présomption qu'elles seront suivies du mariage et permettent dès lors de voir dans le fiancé un futur soutien, il n'en reste pas moins qu'elles comportent toujours un élément d'*incertitude* ; on ne peut assimiler, pour apprécier le dommage visé par l'article 45, al. 3, C. O., la fiancée qui perd un futur époux à la femme qui perd son mari » (R. O. 66, II, p. 206 ; *J. T.*, 1941, I, p. 194 ; *Semaine judiciaire*, 1941, p. 193).

³ « Il ressort des articles 92 et 93 C. C. S. que la rupture des fiançailles ne donne pas lieu nécessairement à des dommages-intérêts — ce qui serait du reste inconciliable avec le but de l'institution — mais

confèrent aux fiancés, une faculté impliquée dans la notion même d'essai qui caractérise les fiançailles. Chacun peut se tromper et nul ne peut être recherché pour avoir tiré les conséquences de son erreur lorsque la loi n'impute pas cette erreur à faute.

Mais il est évident que cette solution n'est admissible que lorsque la rupture des fiançailles est due à de justes motifs, c'est-à-dire à des circonstances qui, sans qu'aucune faute puisse être retenue à la charge de l'un des fiancés, révèle qu'une rupture entraînerait des conséquences moins graves, constituerait un moindre mal que la célébration d'un mariage ¹. Le cas typique est fourni par la modification des sentiments chez l'un ou l'autre des fiancés ou chez chacun d'eux. Comme il serait injuste, et d'ailleurs peu souhaitable, que la crainte de dommages-intérêts engageât les fiancés à persister dans un projet de mariage voué à la désunion, aucun d'eux ne peut être tenu à réparation à raison de faits dont la loi ne leur tient pas rigueur ².

qu'au contraire et en principe chacun des fiancés est en droit de reprendre sa parole, sa responsabilité pécuniaire n'étant engagée que dans certaines conditions déterminées » (Trib. féd., 10 oct. 1930, R. O. 56, II, p. 331 ; *Semaine judiciaire*, 1931, p. 33).

¹ « On doit admettre qu'il y a justes motifs lorsque, comme en l'espèce, la rupture apparaît comme désirable pour l'avenir des fiancés auxquels le mariage n'apporterait aucune garantie de bonheur » (Cour de justice civile de Genève, *Semaine judiciaire*, 1922, p. 491).

² « Il est infiniment préférable, dans des cas de ce genre, que la rupture ait lieu avant le mariage, et si la crainte de dommages-intérêts éventuels devait inciter des fiancés à contracter mariage à tout prix, les dispositions des articles 92 et 93 du Code civil auraient plus d'inconvénients que d'avantages » (arrêt précité de la Cour de justice civile de Genève).

« Assurément, comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *Sem. jud.*, 1922, p. 486, il est des cas où il vaut mieux que la rupture ait lieu avant le mariage qu'après, la crainte de dommages-intérêts éventuels ne devant pas inciter les fiancés à contracter mariage à tout prix, mais c'est aux tribunaux qu'il appartient de déterminer quels sont ces cas et apprécier quelles sont les circonstances de fait, qui peuvent différer d'un cas à l'autre » (Cour de justice civile de Genève, *Semaine judiciaire*, 1942, p. 295).

Mais il ne saurait en être de même lorsque la rupture est fautive, soit qu'elle provienne d'un fiancé qui n'a aucun grief à formuler contre l'autre, soit que l'initiative en ait été prise par l'un des fiancés à la suite d'une faute commise par l'autre.

En effet, les fiancés sont tenus par les usages et les mœurs d'observer une certaine attitude et d'avoir certains égards l'un vis-à-vis de l'autre. Il ne s'agit pas là d'obligation au sens juridique du terme mais de devoirs moraux, tout comme l'échange de promesses que constituent les fiançailles n'est pas un acte juridique mais un simple engagement moral. Or la violation de ces devoirs moraux constitue une faute que la loi est libre de sanctionner ou non, mais qu'elle sanctionne lorsqu'il serait contraire à la justice et à l'équité de les laisser commettre impunément.

En matière de fiançailles, la faute que constitue la violation des devoirs des fiancés n'est pas sanctionnée en soi, ce qui prouve bien que ces devoirs n'ont pas leur source dans un acte juridique et n'ont pas eux-mêmes de valeur juridique (il suffit de comparer à cet égard la fidélité que se doivent les fiancés et celle qui est imposée aux époux, et les conséquences de la violation de ce devoir dans l'un et l'autre cas). La loi ne sanctionne la faute génératrice de rupture des fiançailles que lorsque celle-ci porte une grave atteinte aux intérêts personnels du fiancé non coupable (art. 93 C. C. S.)¹ ou lui cause un dommage matériel

¹ « Pour ce qui est de l'indemnité à titre de réparation morale... la loi prévoit qu'elle ne peut être allouée que dans le cas où la rupture a causé une grave atteinte aux intérêts personnels de la partie demanderesse sans qu'il y ait eu faute de sa part et à la condition encore que la partie adverse ait été en faute... S'il n'est pas douteux que les répercussions physiques et morales d'une rupture de fiançailles peuvent être éventuellement retenues comme un indice de l'atteinte portée aux intérêts personnels de la partie prétendue lésée, elles ne sauraient en revanche être considérées comme suffisantes en soi pour justifier l'allocation d'une

(art. 92 C. C. S.)¹. Si la loi en arrive à cette solution, c'est qu'elle considère comme inadmissible qu'un des fiancés puisse, par son comportement coupable et en dehors du risque inhérent aux fiançailles, causer un préjudice à l'autre. Car si celui-ci subit une perte à raison des dépenses qu'il a faites en vain en vue du mariage, c'est parce que l'attitude de son fiancé, qui lui avait promis le mariage, avait pu lui laisser espérer que ces frais ne seraient pas faits inutilement. Si la faute du coupable vient réduire cet espoir à néant, il serait inéquitable qu'il ne subisse pas les conséquences de sa faute et qu'il n'indemnise pas l'autre fiancé des dépenses que celui-ci a faites pour acquérir des biens destinés au futur ménage, pour autant que ces biens ne présentent désormais aucune valeur pour lui.

Ce qui prouve bien que cette obligation de réparer n'est pas fondée sur des motifs d'ordre juridique mais sur l'équité, c'est que l'autre fiancé n'est pas seul à pouvoir l'invoquer : ses parents et des tiers peuvent également s'en prévaloir lorsqu'eux aussi ont fait des dépenses en vue du mariage. Or il n'existe entre ces personnes et le fiancé coupable

indemnité ; car une rupture de fiançailles s'accompagnera presque toujours d'une déception pour l'un au moins des fiancés, et cette déception se traduira forcément par un chagrin ou une douleur qui seront plus ou moins vifs selon les tempéraments (cf. Gm̄r, note 7 à l'art. 93). Pour juger s'il y a eu atteinte grave aux intérêts personnels de la partie demanderesse, il ne suffit pas donc de constater que cette dernière a souffert de la rupture ; il faut encore chercher si, à raison des circonstances, l'atteinte qu'elle en a ressentie présentait un caractère de gravité spécial, excédant la mesure habituelle » (Trib. féd., 10 oct. 1930, R. O. 56, II, p. 329 ; *Semaine judiciaire*, 1931, p. 33).

¹ « L'action en dommages-intérêts (art. 92) a pour but de réparer certains dommages négatifs causés par le projet de mariage ; elle ne vise pas à réparer le préjudice subi par le fiancé lésé par suite de non-exécution du contrat, ni à lui attribuer les avantages qu'il aurait acquis par le mariage (*positives Vertragsinteresse*), mais à lui rembourser les dépenses faites en vue du mariage ou occasionnées par ce projet (*negatives Vertragsinteresse*) » (P. VON DER WEID, *La réparation du tort moral causé par la rupture des fiançailles*, p. 23).

aucun lien quelconque, pas même un lien d'une nature aussi spéciale que celui qui unit les fiancés et dont l'apparence pouvait faire croire qu'il était d'ordre juridique. Ce n'est donc pas pour des motifs juridiques que ces personnes peuvent actionner le fiancé coupable mais pour la même raison d'équité qui fondait l'action de l'autre fiancé : c'est qu'eux aussi se sont livrés à des dépenses parce qu'ils ont cru au futur mariage en se fiant à l'attitude du fiancé, et que si celui-ci se départit fautivement de son attitude, il est juste que ce soit lui et non les autres qui en subissent les conséquences.

Au surplus, on remarquera que la loi n'accorde aucune action pour indemniser le fiancé innocent de l'éventuel manque à gagner qu'entraîne pour lui la non-célébration du mariage, et cela même si la rupture est due à la faute de l'autre fiancé. Elle ne sanctionne pas la perte de l'espoir des avantages matériels qu'aurait procuré le mariage¹. Le mariage, pour la loi, n'est pas une affaire, et si elle admet que l'un des fiancés soit indemnisé des pertes effectives qu'il a subies, elle n'entend point protéger les spéculations, même légitimes, auxquelles peut donner lieu même la perspective d'un mariage. Et ceci nous paraît encore un argument en faveur de la thèse selon laquelle les actions nées des fiançailles sont fondées sur l'équité.

¹ « On ne peut par exemple réclamer une indemnité pour la dot perdue ou l'espérance successorale évanouie » (TUON, *Le Code civil suisse*, p. 122).

CONCLUSION

Parvenu au terme de notre étude, il ne nous paraît pas inutile d'en prendre une vue d'ensemble et raccourcie, qui nous permette de dégager nettement les conclusions définitives auxquelles nous sommes arrivé.

Ainsi qu'on a pu le voir, et comme nous l'avions déjà relevé au début de notre travail, toutes les théories relatives à la nature juridique des fiançailles peuvent, malgré leur multitude, être ramenées à deux positions essentielles : l'une selon laquelle les fiançailles sont un contrat, l'autre qui voit en elles un simple fait dépourvu, en soi, de toute valeur juridique.

Nous avons exposé en détail ces diverses théories et indiqué pour quelles raisons il ne nous paraissait pas possible de nous rallier à celles qui font des fiançailles un contrat, fût-ce un contrat du droit de famille ; on ne saurait, en effet, sans forcer les mots, donner ce nom à un acte qui n'engendre, pour ceux qui l'accomplissent, aucune obligation que sanctionne le droit. Quant à en faire un contrat *sui generis*, qui n'aurait de commun avec les autres contrats que le fait qu'il naîtrait, lui aussi, par l'accord de volonté des parties, on ne voit guère l'utilité d'un pareil procédé, qui aurait au surplus l'inconvénient de jeter la confusion dans les esprits.

Mais il faut bien reconnaître que le contrat est la seule qualification que l'on peut raisonnablement donner aux fiançailles aussi longtemps que l'on veut voir en elles un

acte juridique, c'est-à-dire un acte qu'accomplissent les parties en vue de produire certains effets juridiques. Aussi, en rejetant la notion de contrat appliquée aux fiançailles, refuse-t-on du même coup de faire d'elles un acte juridique.

C'est bien la conclusion à laquelle arrivent toutes les théories que nous avons groupées dans le nom général de théories du fait. Mais il s'en faut que, pour être privées de la qualité d'acte juridique, les fiançailles doivent être considérées, ainsi qu'elles le sont par certains adversaires de la théorie du contrat, comme radicalement *nulles*. Au vrai, ce terme est assez déplacé ici, car si les fiançailles ne sont pas un acte juridique, elles n'en sont pas moins un fait, et il n'y a pas grand sens à déclarer un fait nul. Un fait existe ou n'existe pas. En matière de fiançailles, c'est de son existence que la loi fait dépendre certains effets juridiques dans certaines circonstances. Et, à notre avis, elle le fait pour des motifs d'équité ; elle n'admet pas qu'une personne, après avoir adopté, vis-à-vis d'une ou plusieurs autres, une certaine attitude (même dépourvue en soi de toute valeur juridique) en prenne à son aise avec les déclarations qu'elle a librement faites même si elles ne la lient pas juridiquement. Aussi la rend-elle responsable des dommages qu'elle peut causer aux autres intéressés par sa légèreté, alors même que son comportement ne pourrait être considéré comme un acte illicite au sens des articles 41 et suivants C. O. On peut voir dans la réglementation des fiançailles un cas particulier de l'article 2, al. 1, C. C. S. : aucun fiancé n'est jamais juridiquement lié par sa promesse ; il a toujours le droit de rompre, mais il doit le faire selon les règles de la bonne foi, et la protection accordée à la partie innocente et même à des tiers peut être considérée tout simplement comme la sanction du respect dû à la bonne foi.