

**56.** Les articles 1131 et 1133 étendent la portée du principe posé par l'article 6, mais ils augmentent aussi la difficulté de l'interprétation. Toute loi pénale rentre dans l'article 6. Mais le code pénal ne prévoit pas toutes les actions immorales. Naît donc la question de savoir comment le juge peut connaître si une convention est contraire aux bonnes mœurs. La cour de Turin a décidé qu'on doit réputer contraire aux bonnes mœurs ce que l'opinion publique répute illicite pour tous ou même pour certaines classes de personnes (1). La définition est très-vague et même fautive : il n'y a pas de distinction à faire entre les diverses classes de la société, quand il s'agit de mœurs; la morale doit être la même pour tous les hommes. Mais où chercher cette morale qui servira de règle au juge? Est-ce la morale religieuse? Tel sera certes le sentiment du juge, s'il est catholique. Si la société entière était catholique, la difficulté serait levée, il n'y aurait qu'une morale religieuse. Est-il nécessaire d'ajouter qu'il y a plusieurs religions et qu'elles ne s'accordent pas toujours sur la morale? Trouverons-nous plus de certitude dans la morale philosophique? Les philosophes sont divisés aussi bien que les religions. Est-ce à dire que le juge est sans règle en cette matière? Non; on exagère, quand on se plaint de l'incertitude de la morale (2); il faudrait dire que la morale est progressive; elle change donc, mais en s'épurant, en se perfectionnant. Et quel est l'organe de ce progrès incessant? La conscience humaine. Il y a, à chaque époque de la vie de l'humanité, une doctrine sur la morale que la conscience générale accepte, sauf des dissidences individuelles qui ne comptent pas. En ce sens, on peut dire qu'il y a toujours une morale publique; les conventions contraires à cette morale seront, par cela même, contraires aux bonnes mœurs, et, comme telles, frappées de nullité.

**57.** Quand des conventions sont contraires à une loi qui intéresse les bonnes mœurs, il va sans dire qu'elles sont

(1) Arrêt du 30 mai 1811 (Daloz, *Répertoire*, au mot *Culte*, n° 114).

(2) Manguin, dans *Sirey*. IX, 2, p. 348 et suiv.

nulles. L'article 6, comme nous l'avons dit pour l'ordre public, les frappe implicitement de nullité. Quant aux conventions contraires aux bonnes mœurs, dans le sens des articles 1131 et 1133, le code est on ne peut pas plus formel; il déclare qu'elles ne peuvent avoir aucun effet. C'est plus que la nullité; car ce qui est nul peut néanmoins produire un effet juridique, tandis que la loi ne reconnaît aucun effet aux conventions immorales; ces conventions n'existent pas à ses yeux. Le code déroge à ces principes, en matière de donations et de testaments; il répute non écrites les conditions contraires aux bonnes mœurs qui s'y trouvent, il les efface et maintient néanmoins les dispositions faites sous ces conditions. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans plus de détails sur ces points.

### § 3. Des lois prohibitives et impératives.

**58.** Nous arrivons à la question la plus difficile dans cette difficile matière. L'article 6 du code pose un principe d'une grande élasticité; tel que les orateurs du gouvernement et du Tribunat l'ont interprété, il comprend toutes les lois d'intérêt général. Mais la difficulté est de savoir quelles sont, dans le domaine du droit privé, les lois qui concernent l'intérêt de la société. Il y a des lois qui par leur nature indiquent qu'elles sont d'intérêt social: telles sont les lois qui règlent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui y est attachée: telles sont encore les lois qui intéressent les bonnes mœurs. Il y a d'autres lois qui sont de droit public, pour nous servir du langage de Portalis, parce que les motifs qui les ont fait porter sont puisés dans l'intérêt de la société: nous avons cité comme exemple l'article 815 qui interdit l'indivision forcée. Mais ces diverses catégories de lois n'épuisent pas la question des nullités. Il y en a qui sont étrangères à l'état des personnes et aux bonnes mœurs, et l'on ne sait si elles sont d'intérêt général; ou, si l'intérêt général est en cause, on ne peut pas préciser la limite où il s'arrête. Si l'on déroge

à ces lois, par des conventions particulières, ces conventions seront-elles nulles ?

**59.** Un de nos grands jurisconsultes a cru trouver, dans la forme que le législateur donne à sa pensée, une marque de sa volonté : Toute loi prohibitive, dit Merlin, implique la nullité des actes qui y sont contraires, sans que la loi ait besoin de la prononcer. Il se fonde sur une constitution des empereurs Théodose et Valentinien : « Nous voulons, disent-ils, que tout pacte, toute convention, tout contrat passé entre ceux à qui la loi défend de le faire, soient regardés comme non venus ; en sorte qu'il suffise au législateur d'avoir défendu ce qu'il ne veut pas qu'on fasse, et que tout le reste s'ensuive de l'intention de la loi, comme s'il était expressément ordonné ; c'est-à-dire que tout ce qui est fait contre la défense de la loi soit non-seulement inutile, mais encore considéré comme non fait, quoique le législateur se soit borné à le défendre et n'ait pas déclaré qu'il le défendait à peine de nullité. Et s'il se fait ou s'il arrive quelque chose, soit en conséquence, soit à l'occasion de ce qui a été fait au mépris de la défense de la loi, nous voulons qu'on le regarde pareillement comme nul et de nul effet. D'après cette règle, par laquelle nous anéantissons tout ce qui est contraire aux lois prohibitives, il est certain que l'on ne doit ni admettre une stipulation de cette nature, ni donner un mandat de cette espèce, ni avoir égard au serment qui tendrait à couvrir la nullité de l'un ou de l'autre (1). »

**60.** Il va sans dire que cette constitution n'a plus de force obligatoire depuis la publication du code. Pour que nous puissions admettre le principe qu'elle pose, il faut que le législateur français l'ait consacré, sinon en termes formels, du moins implicitement. Ce qui donne déjà quelque autorité à la loi romaine, c'est que la commission chargée de rédiger un projet de code civil avait formulé le même principe dans le livre préliminaire qui devait servir de peristyle à l'édifice de la législation nouvelle (2). On lit

(1) L. 5, C., de legg. (I, 14).

(2) On le trouve dans Lerminier, *Introduction à l'histoire du droit*, chap. XX.

dans le titre IV, article 6 : « Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée. » Le livre préliminaire fut retranché ; on ne conserva que les six articles qui forment le titre préliminaire. Cela n'empêche pas que les maximes que les auteurs du code y avaient admises n'aient une valeur scientifique ; presque toutes ces règles sont reçues par la doctrine et par la jurisprudence. Il faut voir si elles sont fondées en raison, et si elles trouvent quelque appui dans nos textes. Eh bien, nous croyons que le principe emprunté au droit romain par les auteurs du code a pour lui la raison tout ensemble et la volonté du législateur.

Quand le législateur prohibe un acte, il faut qu'il ait des raisons majeures pour le faire ; car, en général, il respecte la liberté des citoyens. Les dispositions prohibitives limitent cette liberté, elles l'enlèvent, pour mieux dire, quant aux actes qu'elles défendent aux citoyens de faire. Malgré cette défense, des particuliers font ce qu'ils n'ont pas le droit de faire : dès lors leurs actes ne peuvent pas avoir de valeur. C'est le cas de dire, avec les jurisconsultes romains, que les individus ne peuvent pas s'élever contre la volonté du législateur ; s'ils le pouvaient impunément, que deviendrait l'autorité de la loi ? Quoi ! la nation souveraine, par l'organe du pouvoir législatif, déclare qu'il est défendu aux citoyens de faire telle convention ; il se trouve des citoyens qui méprisent la défense et prétendent mettre leur volonté au-dessus de la volonté générale : ils violent audacieusement la loi, en faisant ce qu'elle leur défend de faire. Puis le législateur viendrait donner sa sanction à ces mêmes actes qui ont insulté à son autorité ! Car ne pas les annuler, c'est les maintenir, c'est les approuver, c'est leur accorder l'appui de la puissance publique. Le législateur ferait mieux de ne pas porter de lois prohibitives, si, dans sa pensée, il était permis de les violer. Il ne faut point favoriser la violation de la loi, car le respect des lois est la base de l'ordre social.

**61.** Quand y a-t-il disposition prohibitive impliquant nullité ? Il n'est pas nécessaire que le législateur se serve des mots défendre, prohiber, interdire ; le plus souvent il

se borne à dire que telle personne *ne peut pas* faire tel acte, ou que telle chose *ne peut se faire*. Cela suffit pour marquer sa volonté d'annuler ce qui se ferait contrairement à ses dispositions. C'est ce que dit un de nos grands jurisconsultes, Charles Dumoulin : « Le mot *ne peut* ôte toute puissance de droit et de fait ; il en résulte une nécessité précise de se conformer à la loi, et une impossibilité absolue de faire ce qu'elle défend (1). » Dire qu'un acte est impossible, légalement parlant, c'est déclarer énergiquement que si cet acte était fait, il serait nul. Conçoit-on que le législateur proclame que telle convention est impossible, et que néanmoins il la maintienne ?

Reste à prouver que telle est la doctrine du code civil. Nous avons un texte remarquable qui l'établit bien clairement. L'article 215 dit que « la femme *ne peut* ester en jugement sans l'autorisation de son mari. » L'article 217 dit de même que « la femme *ne peut* donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. » Si la femme fait ce que la loi la déclare incapable de faire, quel sera le sort de l'acte ? Le code ne prononce pas la nullité dans les articles 215 et 217 ; mais elle y est virtuellement. En effet, il s'agit de lois d'ordre public, l'incapacité juridique de la femme mariée étant une conséquence de la puissance maritale. Il y a donc lieu d'appliquer le principe de l'article 6, qui défend de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ; défense qui, nous l'avons démontré, entraîne la nullité des conventions dérogatoires. Le texte même du code le prouve dans notre espèce. En effet, après avoir dit ce que la femme *ne peut* faire, le code ajoute, dans l'article 225 : *La nullité fondée sur le défaut d'autorisation* ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. » Qu'on le remarque bien ! La loi ne prononce pas la nullité, et tel n'est pas le but de l'article 225 ; car il ne commence pas par dire que les actes juridiques faits par la femme mariée sont nuls ; il suppose, au contraire, cette nullité, et décide seu-

(1) Dumoulin, sur la loi 1, D., de *verborum obligationibus*, n° 2.

lement la question de savoir si la nullité est absolue ou relative, question qui, dans l'ancien droit, avait fait naître d'innombrables procès. Donc la combinaison des articles 215, 217 et 225 prouve que la prohibition indiquée par les mots *ne peut* emporte nullité, sans que la loi ait besoin de le dire (1).

Le principe que nous venons d'établir fut contesté au conseil d'Etat, lors de la discussion de l'article 1388. Cet article porte que les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants. Bérenger et Bigot-Préameneu prétendirent que la locution *ne peut* n'était pas par elle-même prohibitive ; dans leur pensée, il eût fallu ajouter une clause irritante pour que les conventions contraires à l'art. 1388 fussent nulles. Mais les amendements qu'ils proposèrent furent rejetés. Preuve que, dans l'esprit du législateur, les mots *ne peuvent* ont l'effet d'une disposition prohibitive ; or, dans l'article 1388, la prohibition emporte certainement nullité, puisqu'il ne fait qu'appliquer le principe de l'article 6, lequel, de l'aveu de tout le monde, implique nullité.

62. On voit, par ces exemples, pourquoi les clauses prohibitives emportent nullité : c'est que la prohibition implique qu'il y a un intérêt général en cause. Cela est évident quand il s'agit de l'état et de la capacité des personnes, et il est tout aussi évident que les conventions contraires à l'ordre public ne peuvent pas être maintenues, l'intérêt de la société devant l'emporter sur l'intérêt des particuliers. Nous allons parcourir les dispositions du code qui contiennent une clause prohibitive, et partout nous trouverons que la nullité en doit être la conséquence, sauf les exceptions, que nous aurons soin d'expliquer.

Nous avons déjà mentionné l'article 6, qui pose un principe général. Le principe reçoit son application dans tous les cas où il s'agit de l'état et de la capacité des personnes. Nous venons de le dire pour les articles 215, 217, 1388. Les articles 344 et 346, qui règlent les conditions de

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Nullité*, § 1, n° 6.

l'adoption, se rapportent aussi au mariage et à la puissance paternelle, matières qui sont essentiellement d'ordre public; d'où suit que la dérogation à ces dispositions prohibitives serait frappée de nullité. La tutelle et les garanties que la loi établit en faveur des mineurs sont également d'ordre public; de là les dispositions prohibitives des articles 463, 464 et 935. Il en est de même de la minorité et de l'incapacité qui y est attachée; les dispositions prohibitives des articles 903 et 904 sont par cela même sanctionnées par la nullité. On peut encore rattacher à l'ordre public l'article 1097, puisqu'il a pour objet d'empêcher que l'un des époux n'abuse de l'influence qu'il a sur son conjoint.

Le principe de l'article 6 comprend aussi les lois qui intéressent les bonnes mœurs. Quand l'article 335 dit que la reconnaissance *ne pourra* avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux, il fait une prohibition dans l'intérêt de la moralité publique, en sacrifiant l'intérêt des enfants à celui de la société. Toute convention contraire serait nulle, le législateur ne pouvant pas favoriser l'immoralité. C'est encore dans l'intérêt des bonnes mœurs que la loi prohibe les pactes successores (art. 1600, 791, 1389); il n'y a pas de doute que ces pactes ne soient frappés de nullité, bien que le code ne la prononce pas. Le principe de l'article 6 suffit pour le décider ainsi.

**63.** Nous avons dit que l'article 6, dans l'esprit des auteurs du code, embrasse aussi les lois de l'ordre politique, et généralement toutes les lois qui sont d'intérêt général. L'article 5 contient une disposition prohibitive sous forme de défense: « *Il est défendu* aux juges de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises. » L'infraction à cette défense constitue un délit (code pénal, art. 237). Il va donc sans dire que les dispositions réglementaires prises par un tribunal seraient nulles. Cela a été décidé ainsi par un grand nombre d'arrêts de la cour de cassation (1).

L'intérêt général suffit pour entraîner la nullité; seule-

(1) Merlin, *Repertoire*, au mot *Cour royale*, § 2.

ment, dans le domaine du droit privé, il est difficile parfois de préciser ce qui est d'intérêt général; la forme prohibitive dont le législateur se sert vient en aide à l'interprète, car il doit supposer que c'est pour des motifs graves et, partant, dans un intérêt général que la loi établit une prohibition. Ouvrons le code, nous trouvons une disposition prohibitive dans le contrat le plus favorable. « Les époux, dit l'article 1390, *ne pourront plus stipuler* d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes qui sont abrogées par le présent code. » La prohibition emporte nullité, parce que le législateur a voulu assurer l'unité de la législation, ce qui est certes un intérêt général.

L'intérêt des tiers est aussi un intérêt général; il explique, en partie, la disposition de l'article 1395, aux termes duquel « les conventions matrimoniales *ne peuvent* recevoir aucun changement après la célébration du mariage. » Il y a encore une autre raison de cette disposition qui tient également à l'intérêt général; le législateur a voulu assurer la liberté des parties contractantes, que le mariage altère plus ou moins. A ce double point de vue, la nullité est la sanction nécessaire de la prohibition. On peut encore rapporter à l'intérêt des tiers la disposition de l'article 1981 qui porte que « la rente viagère *ne peut* être stipulée insaisissable que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit. » Le texte ne prononce pas la nullité; il est néanmoins hors de doute que la clause qui déclarerait insaisissable une rente constituée à titre onéreux serait nulle et n'empêcherait pas les créanciers de la saisir. Tel est encore l'article 2214. Quand la loi établit des garanties au profit des incapables, elle dispose dans un intérêt général, car elle protège ceux qui ne peuvent pas se protéger eux-mêmes. Il en est ainsi de la disposition de l'article 2126: la nullité n'est pas douteuse, quoiqu'elle ne soit pas écrite dans la loi. C'est encore un intérêt général qui explique l'article 2205; il justifie la nullité qui y est impliquée.

**64.** Enfin, il y a des dispositions prohibitives qui résultent des conditions établies par la loi pour la validité d'un acte juridique. Il va sans dire que les parties con-

tractantes n'y peuvent pas déroger, malgré la liberté dont elles jouissent; car cette liberté ne va pas jusqu'à vouloir qu'un acte soit valable quand il ne réunit pas les conditions prescrites pour sa validité. Aux termes de l'article 128, les envoyés en possession provisoire *ne pourront* aliéner les biens de l'absent. S'ils les aliénaient, l'aliénation serait évidemment nulle, car pour aliéner il faut être propriétaire, et les envoyés ne sont qu'administrateurs. De même l'article 2045 dit que le tuteur *ne peut* transiger pour le mineur; il n'est qu'administrateur, il ne peut donc faire aucun acte de disposition. Il y a d'ailleurs des garanties prescrites au profit du mineur en matière de transaction, ce qui serait un nouveau motif de nullité, si le tuteur ne se conformait pas à la loi.

L'article 1035 dit que les testaments *ne pourront* être révoqués que par un testament postérieur ou par un acte devant notaires. Tout étant solennel en cette matière, la solennité devient une condition de validité de la révocation. Aux termes de l'article 1076, les partages d'ascendant faits entre vifs *ne pourront* avoir pour objet que les biens présents. La prohibition implique nullité, parce que la donation ne peut comprendre que les biens présents; l'article 943 prononce expressément la nullité quand elle comprend des biens à venir; or, le partage entre vifs est une donation. « On *ne peut*, dit l'article 1119, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même. » La nullité résulte des principes les plus élémentaires de droit, bien que le code ne la prononce pas: celui qui, en son propre nom, promet le fait d'un tiers ne s'oblige pas, dès lors il n'y a aucun lien d'obligation: celui qui, en son nom, stipule pour autrui n'acquiert aucun droit, parce qu'il n'a aucun intérêt appréciable à ce que la stipulation soit exécutée, et sans intérêt il n'y a pas d'action.

L'article 1422 met des limites au pouvoir du mari, comme chef de la communauté. Ces limites résultent de la notion même de communauté et des droits qui en résultent pour la femme associée; dès lors la prohibition emporte nullité, parce que les principes s'opposent à ce que le mari, copropriétaire, puisse disposer à titre gratuit et dépouiller la femme de sa copropriété.

Quand l'article 2012 dit que le cautionnement *ne peut* exister que sur une obligation valable, il exprime une idée juridique très-simple, c'est qu'il ne saurait y avoir d'obligation accessoire sans obligation principale. L'art. 2127 porte que l'hypothèque conventionnelle *ne peut* être consentie que par un acte notarié, pour marquer que la forme est requise comme élément substantiel de l'acte, le consentement étant censé ne pas exister, s'il n'est pas donné dans la forme authentique. Aux termes de l'article 2128, les contrats passés à l'étranger *ne peuvent* donner d'hypothèque sur des biens de France: le législateur l'a décidé ainsi par une fausse notion de l'hypothèque et de la souveraineté; toujours est-il que les mots *ne peut* indiquent l'absence d'une condition essentielle pour la validité du fait juridique. Il en est de même dans les cas prévus par les articles 2213 et 2214.

Au titre de la Prescription, nous trouvons la même locution dans plusieurs articles, et emportant toujours peine de nullité, en vertu des principes que nous venons de poser. « On *ne peut* d'avance renoncer à la prescription, » dit l'article 2220; il n'ajoute pas que la renonciation est nulle; on ne peut néanmoins douter de la nullité, parce que la prescription est d'ordre public, dans le sens de l'article 6. « Celui qui ne peut aliéner, *ne peut* renoncer à la prescription acquise (2222); » c'est une condition qui dérive de la renonciation. « Les juges *ne peuvent* pas d'office suppléer le moyen résultant de la renonciation (2223): » encore une conséquence de la nature de la prescription. « On *ne peut* prescrire le domaine des choses qui ne sont pas dans le commerce (2226); » toujours par application des principes élémentaires de droit; la prescription étant un moyen d'acquérir, suppose évidemment que la chose est dans le commerce.

65. La doctrine de Merlin a été vivement attaquée par Toullier (1), et elle est aujourd'hui presque abandonnée (2). Il est vrai qu'elle n'est pas toujours consacrée par le légis-

(1) Toullier, *le Droit civil français*, t. VII, nos 491 et suiv.

(2) Zachariæ, *Cours de droit civil*, t. 1<sup>er</sup>, § 36.

lateur, en ce sens que la forme prohibitive n'est pas la seule qui emporte nullité. Il y a des articles rédigés dans la forme impérative qui sont sanctionnés par la même peine, sans que le législateur la prononce, ce qui semble prouver que la rédaction de la loi ne nous apprend pas par elle-même quand un acte est nul. Ainsi l'article 1325 est conçu dans une forme prohibitive et la nullité est évidente. Mais il y a aussi nullité dans le cas de l'article 1326, qui est impératif. On voit que dans une seule et même matière, celle des actes sous seing privé, le législateur se sert indifféremment de la forme impérative et de la forme prohibitive. Il en est de même dans les articles 1394 et 1395; le premier, quoique seulement impératif, implique la nullité, aussi bien que le second qui est prohibitif. Mais qu'importe, si les dispositions impératives sont au fond prohibitives? et n'en est-il pas ainsi des articles 1326 et 1394? Dire que « toutes conventions matrimoniales seront rédigées, avant le mariage, par acte devant notaire, » c'est dire qu'elles ne peuvent pas être rédigées après le mariage, ni par acte sous seing privé. Cela confirme la doctrine de Merlin, nous semble-t-il, au lieu de l'affaiblir.

**66.** Parfois le législateur, après avoir dit que telle chose *ne peut* se faire, ajoute la clause irritante de la nullité. N'est-ce pas dire que, par elle seule, la forme prohibitive ne suffit point pour que l'acte prohibé soit nul? Il y a des cas où le législateur avait une raison particulière pour ajouter la nullité à la prohibition. L'article 943 dit que « la donation entre-vifs *ne pourra* comprendre que les biens présents du donateur. » Voilà la prohibition; puis vient la clause irritante : « Si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard. » Le législateur prononce la peine de nullité, pour marquer qu'à la différence de l'ordonnance de 1731, la donation reste valable pour les biens présents, et pour prévenir les controverses sur le point de savoir si la disposition peut être divisée ou non. Dans l'article 896, la loi ne se borne pas à dire que « les substitutions sont prohibées, » ce qui devrait suffire pour entraîner la nullité, dans une matière qui est évidemment

d'intérêt général; elle ajoute que la disposition sera nulle même à l'égard du premier donataire. La cour de cassation a répondu à l'objection par son arrêt du 18 janvier 1808. Il eût été inutile, dit-elle, d'ajouter la nullité; si le législateur avait seulement voulu annuler la substitution proprement dite, la prohibition aurait suffi; mais voulant annuler même la libéralité faite au grevé, il devait naturellement le dire (1).

Merlin avoue qu'il y a des cas où la nullité prononcée après la prohibition est inutile : tels sont les articles 1596, 1597 et 2063. Mais de ce que parfois le législateur ajoute une clause surrogatoire, peut-on inférer que sans clause irritante la prohibition n'emporte pas nullité? N'est-il pas de principe que les dispositions surrogatoires ne dérogent pas au droit commun? Il y a une objection plus forte contre la doctrine de Merlin, c'est que le code contient des dispositions prohibitives qui n'emportent pas nullité. Nous ne citerons pas les articles 228, 295 et 298 qui établissent des empêchements au mariage, que l'on appelle prohibitifs pour marquer qu'ils ne donnent pas lieu à une action en nullité; car on sait qu'en fait de mariage, le législateur a pris soin d'indiquer lui-même les cas où la nullité existe. Il y a d'autres dispositions prohibitives, non en foule, comme le dit Zachariæ, mais il y en a auxquelles les parties peuvent déroger sans que leurs actes soient nuls. Le jurisconsulte allemand cite les articles 675, 677-679. Est-ce bien sérieusement que l'on invoque ces dispositions contre la doctrine de Merlin? Les mots *ne peut* s'y trouvent à la vérité : mais certes quand l'article 675 dit que l'un des voisins *ne peut* pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre, il n'entend pas établir une prohibition absolue, car il a soin d'ajouter : « sans son consentement ». Ainsi le texte même de la loi prouve qu'elle n'est pas prohibitive. Les mots « sans le consentement » ne sont pas reproduits dans les articles 677-679, mais ils y sont si évidemment sous-entendus, qu'il était inutile de les ajouter. Il s'agit, dans toutes ces dispositions, d'intérêts

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Nullité*, § 1, n° 6.

privés que les voisins règlent comme ils l'entendent. Nous en disons autant des articles 1749 et 1860 que Merlin cite comme dispositions prohibitives, ce qui est vrai, en tant que les parties contractantes n'y ont pas dérogé, et elles le peuvent sans aucun doute. Toutefois, ici est le côté faible de la doctrine de Merlin. La forme prohibitive indique d'ordinaire qu'il y a un intérêt général, à raison duquel le législateur défend une chose. Mais il y a aussi des dispositions prohibitives qui sont de pur intérêt privé; dès lors la forme prohibitive n'est plus décisive.

Faut-il conclure de là que le principe posé par Merlin n'a aucune valeur? Le texte du code, la doctrine des auteurs et la jurisprudence attestent que la prohibition emporte presque toujours nullité : les exceptions sont rares et s'expliquent facilement. On peut donc maintenir le principe, en ce sens du moins que la forme prohibitive marque en général l'intention d'annuler ce qui est contraire à la prohibition : prohiber c'est annuler, sauf dans les cas où il n'y a en cause que des intérêts purement privés. Les exceptions rendent le principe d'une application plus difficile, mais elles ne le détruisent pas.

**67.** Que faut-il dire des lois impératives? Il y en a qui équivalent à une prohibition : alors il faut appliquer le principe de Merlin. Nous en avons donné des exemples qui sont évidents. Mais la chose n'est pas toujours aussi claire. Toute loi, au fond, est impérative, puisque la loi est l'expression de la volonté générale. Est-ce à dire que la volonté générale domine sur les volontés particulières à ce point que tout ce qui y est contraire soit nul? Non certes; le code même nous fournit la preuve que telle n'est pas l'intention du législateur. Il n'y a qu'une seule matière, celle des testaments, où toutes les formalités sont prescrites sous peine de nullité (art. 1001). En matière de mariage, la loi commande, elle prohibe; elle parle au nom de l'intérêt social, et néanmoins elle n'annule pas toujours. C'est que le législateur peut avoir de bonnes raisons pour commander, et il peut aussi en avoir de bonnes pour ne pas annuler ce qui a été fait contre ses ordres. Placé entre deux maux, il choisit le moindre;

or, il est possible qu'il y ait moins de mal à maintenir un acte qui viole la loi qu'à l'annuler. C'est au législateur à peser les inconvénients et à décider.

Mais si le législateur ne l'a pas fait, que fera le juge? Ne prononcera-t-il la nullité que quand la loi impérative contient une clause irritante? Le code civil ne pose pas ce principe; il contient, au contraire, des dispositions qui prouvent que telle n'a pas été la pensée de ses auteurs. Il y a des articles impératifs qui emportent évidemment nullité, sans que le texte la prononce : nous avons déjà cité les articles 1325 et 1394. Par contre, il y en a d'autres qui, de l'aveu de tout le monde, n'ont pas cette sanction. Telles sont les nombreuses formalités que le code prescrit pour la rédaction des actes de l'état civil. Ainsi, tantôt il y a nullité, tantôt il n'y en a pas. Pourquoi admet-on que les actes de l'état civil restent valables quoiqu'ils soient irréguliers? Parce qu'on suppose que telle est la volonté du législateur. C'est dire que l'interprète, dans le silence de la loi, est obligé de faire les distinctions que le législateur aurait dû faire. De là la doctrine, aujourd'hui universellement reçue, des formalités essentielles et accidentelles

**68.** On entend par formes substantielles ou essentielles « celles qui constituent essentiellement la substance d'un acte; sans ces formes, l'acte que l'on a voulu faire n'a pas reçu l'existence qu'elles seules pouvaient lui donner. » C'est la définition de Merlin (1). Que de pareilles formalités impliquent la clause irritante, que le législateur n'ait pas besoin de l'ajouter, cela va sans dire. Mais si les formalités sont accidentelles, étrangères, pour ainsi dire, à la substance de l'acte, elles n'emportent pas nullité d'elles-mêmes; il faut, en ce cas, une clause irritante pour que le juge la puisse prononcer (2). C'est un excellent esprit, Daniels, substitut du procureur général près la cour de cassation, qui présenta le premier ce système en 1807. Il s'agissait des formalités prescrites par l'article 2148 pour

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Mariage*, § 3, n° 1.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nullité*, § 1, n° 5.

les inscriptions hypothécaires. Daniels posait comme principe que ces formalités étaient substantielles, puisqu'elles organisaient la publicité, un des éléments essentiels de notre régime hypothécaire; il en conclut qu'elles devaient, de leur nature, être observées sous peine de nullité. Mais il ajouta cette réserve, qu'il fallait faire exception dans les cas où aucun intérêt ne serait blessé par l'inobservation de la loi: il donna comme exemple l'omission des prénoms, ou de la profession (1). La cour de cassation consacra cette doctrine par un arrêt célèbre du 22 avril 1807. Elle part du principe que les formalités qui tiennent à la substance des actes sont de rigueur, et doivent, même dans le silence de la loi, être observées à peine de nullité. Ce principe, dit la cour, vrai en toute matière, reçoit plus particulièrement son application aux formalités de l'inscription hypothécaire, puisque leur stricte observation intéresse l'ordre public. La cour appliqua ce principe à la date du titre. Dans un autre arrêt, du 1<sup>er</sup> octobre 1810, la cour décida qu'il y avait, dans l'inscription hypothécaire, des formalités non substantielles qui n'étaient qu'un accessoire purement accidentel: que telle était la désignation de la profession du créancier; que l'inobservation d'une formalité pareille n'entraînait pas nullité (2).

Cette doctrine passa dans la jurisprudence; elle est admise aujourd'hui par tous les auteurs. On peut dire que c'est une nécessité. Il est impossible de mettre toutes les formalités sur la même ligne; il est donc impossible que toutes entraînent la nullité. Il est tout aussi impossible de laisser sans sanction un principe aussi important que celui de la publicité des hypothèques. Toutefois la distinction consacrée par la cour de cassation est loin de lever toutes les difficultés. Comment savoir avec quelque certitude si telle formalité est substantielle ou accidentelle? La cour elle-même varia dans l'application du principe. Notre loi hypothécaire mit fin à ces incertitudes fâcheuses, en posant comme principe que l'omission d'une formalité

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § 5, n° 3.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Hypothèque*, sect. II, § 2, art. 10, n° 3; et au mot *Inscription hypothécaire*, § 5, n° 8.

dans l'inscription ne donnerait lieu à nullité que lorsqu'il en résulterait un préjudice pour les tiers. (Loi du 16 décembre 1851, art. 85.) C'est ce que le législateur devrait toujours faire; car à lui seul il appartient d'établir des nullités. Quand il ne le fait pas, il y a nécessairement doute et incertitude sur sa pensée.

#### § 4. Effet de la nullité.

69. Lorsque le législateur déclare un acte nul, cet acte est-il nul en vertu de la loi, ou est-il seulement annulable, c'est-à-dire faut-il que la nullité soit demandée au juge et prononcée par lui? C'est un vieil adage du droit français, que « nullités de plein droit n'ont lieu en France. » On a toujours entendu cette maxime en ce sens qu'il faut s'adresser à la justice pour obtenir l'annulation de l'acte déclaré nul. Cela est fondé en raison. Les nullités, quand même elles sont établies dans un intérêt général, concernent, dans l'application, l'intérêt privé. Il faut donc laisser à l'intérêt privé le soin de poursuivre l'annulation. Le législateur n'a aucune raison d'intervenir directement en cette matière; son intervention pourrait, au contraire, compromettre l'intérêt des particuliers. En effet, il se peut que l'acte, quoique nul, leur soit avantageux; le législateur, en annulant un acte que les parties voudraient maintenir, leur causerait un préjudice, sans aucun avantage pour la société. Il suffit que la loi prononce la nullité pour que l'intérêt social soit sauvegardé.

70. Il n'y a qu'une exception à cette règle dans notre législation civile, c'est celle qui se trouve dans l'article 692 du code de procédure. Dans le code civil, il n'y en a pas. On rencontre cependant parfois une expression qui semble indiquer l'intention du législateur d'annuler lui-même l'acte. L'article 502 dit que les actes passés par l'interdit, postérieurement à l'interdiction, sont nuls *de droit*. Mais cela ne veut pas dire que la nullité ne doive pas être

(1) Perrin, *Traité des nullités*, p. 132 et suiv.