

trats inexistants est toujours controversée; il est donc bon de prouver qu'elle repose sur l'évidence, sauf à voir si la loi consacre ce que la raison proclame comme évident.

Dès qu'il y a un objet, le contrat existe; il se peut néanmoins que le contrat soit nul. Aux termes de l'article 1599, la vente de la chose d'autrui est nulle; le droit romain la déclarait valable. Cela déjà prouve qu'il ne saurait être question d'une de ces nullités radicales qui rendent le contrat inexistant. Nous dirons, au titre de la *Vente*, pourquoi les auteurs du code civil se sont écartés du droit romain et nous dirons aussi pourquoi la vente de la chose d'autrui est simplement nulle, c'est-à-dire annulable.

Il y a des choses qui ne peuvent pas faire l'objet des contrats. L'article 1128 consacre un principe de droit naturel, en disposant que les choses doivent être dans le commerce pour qu'elles puissent être l'objet des conventions. La loi permet, dans certains cas, aux particuliers de mettre leurs biens hors du commerce. C'est ainsi que la femme, en stipulant le régime dotal, met hors du commerce les immeubles qu'elle se constitue en dot; en conséquence il est défendu à la femme de les aliéner. Si elle les vend, la vente sera-t-elle inexistante? Non, car elle a un objet; seulement le fonds dotal ne peut être aliéné dans l'intérêt de la femme. La loi sauvegarde pleinement cet intérêt en permettant à la femme et même au mari de demander la nullité de la vente, et en déclarant qu'aucune prescription ne peut courir contre elle pendant le mariage (art. 1554, 1560 et 1561). C'eût été dépasser le but que de déclarer la vente inexistante: c'est une question d'intérêt privé qu'il fallait abandonner à l'appréciation de la femme après la dissolution du mariage. La loi le décide même ainsi dans un cas où les bonnes mœurs et l'ordre public sont en cause: elle défend aux magistrats d'acheter des créances litigieuses; toutefois elle ne considère pas la vente comme inexistante, elle la frappe simplement de nullité (art. 1597). Nous dirons la raison de ces dispositions au titre de la *Vente*.

456. La cause licite est placée par l'article 1108 parmi

les conditions requises pour la validité des conventions. Dans la doctrine que nous exposons, la cause est considérée comme une condition d'existence de tout contrat. Il suffit de définir la cause pour justifier cette théorie. C'est une matière très-obscur; nous nous bornerons, pour le moment, à rappeler ce que dit Domat de la cause dans les contrats synallagmatiques. Quelle est la cause de l'obligation du vendeur? Il s'oblige à transférer la propriété pour toucher le prix que l'acheteur s'engage à lui payer; tel est le motif juridique pour lequel il contracte; sans ce motif, son obligation n'a plus de raison d'être; c'est dire qu'il n'y a pas de vente si l'obligation de l'acheteur n'a pas de cause. Quelle est la cause de l'obligation de l'acheteur? Il s'oblige à payer le prix pour acquérir la propriété de la chose que le vendeur s'engage à lui livrer; il n'a pas d'autre motif juridique de contracter; si ce motif vient à tomber, son obligation n'a plus de raison d'être; il n'y a donc pas de vente quand, à défaut d'objet, l'obligation d'en payer le prix n'a point de cause.

Cela est encore plus évident de la cause licite. La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. C'est la définition du code (art. 1133), et elle est l'expression du droit naturel. Le droit naturel nous dit aussi qu'une obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. Conçoit-on que le législateur sanctionne des conventions par lesquelles les parties violent une prohibition qu'il a établie? On dira qu'il suffit de la déclarer nulle. Non, car il dépendrait des parties intéressées de ne pas agir en nullité et de donner ainsi effet à un acte auquel le législateur ne veut pas et ne peut pas reconnaître d'effet; il faut donc que l'acte soit nul de plein droit; ce que la loi prohibe ne peut avoir aucune existence aux yeux de la loi. La cause est encore illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, alors même qu'aucune loi ne déclarerait la cause immorale. Il y a une loi que Dieu a gravée dans nos cœurs, c'est celle de notre développement moral, but suprême de notre vie. C'est pour seconder les hommes dans leur travail de perfectionnement que le législa-

teur leur donne une entière liberté de contracter; mais cette liberté a des limites, à raison du but même qui l'a fait consacrer; si le législateur laisse les hommes libres de contracter, c'est pour qu'ils se perfectionnent; les contrats, instruments du progrès moral, peuvent-ils jamais devenir des moyens de corruption? La conscience répond que les conventions immorales doivent être frappées d'une nullité absolue, radicale, de plein droit, en vertu de la loi. Enfin, la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, en prenant cette expression dans son sens le plus large, comme synonyme d'intérêt public. Lorsque les parties contractantes blessent l'intérêt général par leurs conventions, il va sans dire que ces conventions sont nulles; il n'y aurait plus de société possible si l'intérêt des particuliers n'était subordonné à l'intérêt général. Il ne suffit pas, pour sauvegarder l'intérêt de la société, que le contrat contraire à l'ordre public soit nul, c'est-à-dire annulable, car il faudrait une action judiciaire, et cette action ne serait intentée que s'il se trouvait une partie intéressée qui voulût agir; de sorte que l'intérêt social serait dans la dépendance et à la merci de l'intérêt individuel, ce qui ruinerait les bases de l'ordre public. Il faut donc que l'acte qui est contraire à l'ordre public n'ait aucune existence, aucun effet aux yeux de la loi.

457. La solennité est la dernière condition que la doctrine exige pour l'existence de certains contrats dits solennels. Nous en avons dit la raison en traitant des donations (1). Pourquoi la donation est-elle inexistante quand l'acte n'est point fait dans les formes voulues par la loi? C'est que la solennité se confond avec le consentement dans les contrats solennels, en ce sens que le consentement est censé ne pas exister quand il n'est pas exprimé dans la forme légale. La quatrième condition est donc, en réalité, identique avec la première: il n'y a pas de consentement quand le donateur l'a donné par acte sous seing privé ou par un acte authentique nul comme tel, et

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 280, nos 220-223.

sans consentement le contrat est radicalement nul ou inexistant.

Il en est tout autrement des écrits que les parties dressent pour constater leurs conventions. Ces formes n'ont rien de commun avec le consentement, elles ne concernent que la preuve, et la preuve est étrangère à la validité et à l'existence des conventions. La convention est valable, indépendamment de l'écrit qui la constate; elle produit tous ses effets, alors même qu'il n'y aurait pas d'acte ou que l'acte serait nul. Sans doute, il peut être difficile, il peut être impossible de prouver la convention à défaut d'écrit; mais la convention n'est pas pour cela inexistante, il dépend des parties de l'exécuter; tandis que si elle était inexistante, elles ne pourraient la valider ni par la confirmation ni par l'exécution volontaire. Le défaut de preuve ne peut donc être assimilé au néant.

458. Il nous faut voir maintenant si le code civil consacre la théorie que nous venons d'exposer. C'est l'avis de la plupart des auteurs, surtout des auteurs les plus récents (1). La jurisprudence est hésitante; tantôt elle applique la doctrine des contrats inexistant, tantôt elle la rejette. Cette inconséquence se conçoit. La théorie des actes nuls de plein droit n'est pas formulée d'une manière expresse par le législateur, c'est à peine si l'on peut dire que les auteurs la traitent avec la suite et la logique que demande notre science. L'incertitude est, en quelque sorte, de tradition. Dans l'ancien droit, d'excellents auteurs professaient notre théorie, dans son application la plus usuelle, en ce qui concerne les conventions qui sont contraires à l'ordre public. D'Argentré s'exprime avec sa netteté habituelle en parlant de ces conventions: il dit que les parties qui contreviennent à une prohibition d'ordre public ne font rien, c'est-à-dire que ce qu'elles font et disent est considéré comme non avenu; leurs conventions n'ont aucun

(1) Nous avons cité, à plusieurs reprises, Zachariæ, qui formule la doctrine systématiquement. Comparez la traduction de Massé et Vergé, t. III, p. 470. Demolombe l'a adoptée (t. XXIV, p. 78, n° 76), ainsi que Marcadé, t. IV, p. 653, n° IV de l'article 1304. Mourlon, t. II, p. 667 et suiv.; Colmet de Santerre (Demante, t. V, p. 492 et suiv.).

effet en droit, elles ne méritent pas même le nom de contrat : ce sont de purs faits. D'Argentré ajoute la raison de cette rigueur : quand le législateur a établi une prohibition pour des motifs d'intérêt public, ce qui se fait à l'encontre ne peut avoir aucune valeur, c'est le néant (1).

Cette opinion n'était pas particulière au jurisconsulte breton ; c'était une opinion générale, il importe de le constater, car, dans le silence de la loi, la tradition est un élément décisif du débat. Nous allons entendre un magistrat. Bouhier, président au parlement de Bourgogne, dit : « *Nos auteurs* distinguent deux espèces de nullité. » Il y a d'abord les nullités *absolues* ; ce sont celles qui anéantissent radicalement l'acte, en sorte qu'on le regarde comme non fait et non venu. C'est bien là ce que nous appelons un acte inexistant. Quand y a-t-il lieu à cette nullité radicale ? Bouhier donne des exemples : si les contractants n'étaient pas en état de consentir, c'est-à-dire s'il n'y avait pas de consentement ; ou s'il était question de choses qui ne tombassent point dans le commerce des hommes : telle serait une convention sur la succession d'un homme vivant. Il y a d'autres nullités que les auteurs appelaient *respectives*, nous dirions *relatives*, parce qu'elles ont été introduites en faveur de certaines personnes qui seules peuvent les invoquer : tels sont les contrats faits par les mineurs et autres semblables (2). L'exemple que donne Bouhier est caractéristique, ainsi que l'application qu'il fait de sa doctrine. Il dit, comme nous l'avons fait, que l'absence de consentement fait qu'il n'y a pas de convention ; tandis que s'il y a seulement une incapacité civile, la convention existe, mais l'incapable peut l'attaquer. Bouhier, comme d'Argentré, est surtout préoccupé de l'intérêt public ; il ne parle du défaut de consentement qu'en passant. Ce sont des hommes de pratique qui laissent de côté ce qui est de pure théorie. Si l'acte est contre les bonnes mœurs, ou qu'il ait mérité d'être prohibé pour

(1) « *Si contra fit, nihili est quod fit* » (D'Argentré, sur l'article 283 de la Coutume de Bretagne, p. 1230).

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XIX, nos 12 et 13.

quelque autre considération publique, la nullité est essentielle et radicale. Bouhier ajoute que ces nullités peuvent être proposées par toutes sortes de personnes ; c'est, en effet, un caractère des actes inexistantes que toute personne peut se prévaloir de leur inexistence (1).

La théorie des actes inexistantes présente encore un autre intérêt pratique : ces contrats donnent-ils lieu à une action en nullité ? sont-ils susceptibles d'être confirmés ? se valident-ils par la prescription ? Dunod répond à nos questions : Si la prohibition qui rend l'acte nul est fondée sur l'intérêt du public, la nullité est *absolue* ; « la loi ne peut jamais donner aucun effet à un acte qu'elle prohibe en vue de l'intérêt de la société ; la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend ; elle le réduit à un pur fait qui ne peut être ni confirmé ni autorisé, ce qui ne produit aucun droit, aucune action, aucune exception. » Voilà bien le néant, comme nous disons aujourd'hui. Il y a d'autres nullités qui sont établies dans l'intérêt des particuliers ; telles sont les défenses d'aliéner les fonds dotaux et les biens des mineurs, de contracter sans l'autorité du mari, et autres semblables ; elles n'annulent pas pleinement et absolument les actes qui sont faits ; au contraire, ces actes subsistent à l'égard des tiers et ne sont déclarés nuls que quand les personnes que la loi a voulu favoriser le demandent ; ils peuvent être confirmés : la nullité se prescrit par trente ans ; après ce temps on ne peut la proposer que par voie d'exception (1). Tandis qu'il n'y a pas de prescription lorsque l'acte est frappé d'une nullité absolue ; la loi résiste continuellement à leur exécution. Cette dernière remarque est de Guyot, l'auteur du *Répertoire* auquel Merlin a attaché son nom. Quand les répertoires reproduisent une doctrine, on peut être sûr qu'elle est entrée dans le domaine commun (2).

459. Cependant nous disons que la doctrine est restée incertaine dans l'ancien droit. Les applications qu'en font

(1) Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 47-49.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Prescription*.

les auteurs que nous venons de citer concernent surtout les matières d'ordre public. Il nous faut voir si la théorie était admise en principe. Or, les auteurs qui ont écrit sur les obligations, ceux-là, précisément, dans les écrits desquels le législateur français a puisé les principes de la matière, Domat et Pothier, n'ont aucune opinion arrêtée; on ne sait s'ils admettent notre distinction ou s'ils la repoussent. Ils l'admettent, à vrai dire, mais ils ne l'appliquent pas avec la rigueur que le jurisconsulte doit mettre dans ses déductions.

Domat commence par dire qu'il y a des *conventions qui sont nulles dans leur origine*; c'est le titre qu'il donne à un chapitre spécial, et il a un autre chapitre qui traite des *vices des conventions*. Voilà le germe de notre théorie, et Domat paraît l'adopter pleinement; les conventions nulles, dit-il, sont celles qui, manquant d'un *caractère essentiel*, n'ont pas la nature d'une convention. N'est-ce pas dire qu'il n'y a pas de convention? Les exemples que Domat cite sont des actes inexistants: « Comme si un des contractants était dans une imbécillité d'esprit ou de corps qui le rendit incapable de connaître ce à quoi il s'engage; si on avait vendu une chose publique, une chose sacrée ou autre qui ne fût point en commerce; ou si la chose vendue était déjà propre à l'acheteur. » Domat cite encore les conventions qui sont contraires aux bonnes mœurs; elles ne valent pas, dit la loi romaine, c'est dire qu'elles ne peuvent avoir aucun effet. Jusqu'ici Domat paraît entièrement d'accord avec notre théorie. Mais voici qu'il parle de l'erreur et de la violence qui annulent les conventions, et la confusion commence. « Les conventions où les contractants errent dans le sens, l'un entendant traiter d'une chose et l'autre d'une autre, sont nulles par le défaut de connaissance et de consentement à la même chose. » Il n'y a pas d'obligation, dit la loi romaine. C'est un des cas où, dans notre théorie, on déclare le contrat inexistant. Domat ajoute qu'il en est de même des conventions où la liberté est blessée par quelque violence. Or, la violence dont il parle, d'après le droit romain, est la crainte qui vicie le consentement mais ne l'empêche pas

d'exister, de sorte que le contrat vicié par la violence est simplement annulable. C'est mettre sur la même ligne des contrats inexistants et des contrats nuls. Domat cite encore les conventions contraires aux bonnes mœurs, telles que les traités sur la succession future d'une personne vivante et la vente d'un bien substitué. Ici la distinction est entièrement méconnue; la vente d'un bien substitué, loin d'être inexistante, est valable, sauf l'action en revendication du substitué, s'il y a lieu; tandis que les conventions contraires aux bonnes mœurs sont essentiellement et radicalement nulles, d'après l'énergique expression de Bouhier.

Quand Domat parle des conventions nulles, on croirait qu'il entend par là des actes qui ne sont que de purs faits, comme dit d'Argentré, et un simple fait n'a aucun effet légal. Dans la théorie des actes inexistants, on en conclut que ces actes n'ayant aucune existence, on n'en doit, on n'en peut pas même demander l'annulation. Demandez-on la nullité du néant? Domat, au contraire, applique aux conventions nulles ce que nous disons des conventions *annulables*: « Celui qui s'en plaint ne peut se remettre lui-même dans les droits si l'autre n'y consent; mais il faut qu'il recoure à l'autorité de la justice pour faire juger de la nullité et le rétablir en son droit. » Si cela est vrai des actes inexistants, notre théorie tout entière est fautive. Domat entend-il par une convention nulle une convention inexistante? Nous n'oserions l'assurer, tant son langage est peu précis. Le chapitre qui suit est intitulé *De la résolution des conventions qui n'étaient pas nulles*; ici l'auteur dit en toutes lettres que la nullité fait qu'il n'y a eu que l'apparence d'une convention; ce qui est tout à fait la théorie moderne. En définitive, Domat aperçoit la distinction, mais il ne parvient pas à la préciser (1).

460. On invoque Pothier contre la théorie des actes inexistants, on l'invoque en faveur de cette théorie; preuve que sa doctrine n'est pas bien certaine. Nous dirons plus loin que la cour de cassation de Belgique a rejeté la dis-

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, p. 30-32