

inction dans une de ses applications les plus évidentes, le pacte successoire, pacte que la loi prohibe pour des considérations de bonnes mœurs et d'ordre public. Dans son réquisitoire, le procureur général se prévaut de l'autorité de Pothier. En traitant des divers moyens de nullité que l'on peut faire valoir contre un acte, Pothier dit : « Un acte peut être nul par le vice de la convention même qui fait la substance de l'acte, comme si elle est contraire aux lois et aux bonnes mœurs. Par exemple, c'est un moyen de nullité contre un acte, autre qu'un contrat de mariage, s'il contient quelque pactio touchant la succession d'un homme vivant. » De là M. Leclercq conclut que Pothier n'établit aucune distinction entre les nullités concernant la substance de l'acte et les nullités relatives à la forme de l'acte ou à la capacité de la personne. La même question s'est présentée devant la cour de Gand; l'avocat général, M. De Paepe, a soutenu l'opinion qui considère le pacte successoire comme inexistant; au passage de Pothier, invoqué par M. Leclercq, il oppose un autre passage. Une convention blesse les bonnes mœurs, elle est exécutée. Celui qui a payé doit-il commencer par faire annuler la convention? Il faut répondre affirmativement, si l'on admet que la convention est seulement nulle; tandis que, dans notre doctrine, on enseigne que l'acte étant inexistant, celui qui a payé n'en doit pas demander l'annulation, qu'il peut agir directement en répétition. Et quel est l'avis de Pothier? Il dit que l'action n'est pas une action en nullité, que c'est une action en répétition de l'indû (1). Voilà l'application de notre distinction. Mais ne nous hâtons pas trop de conclure, la doctrine de Pothier est aussi indéterminée que celle de Domat.

L'erreur est d'ordinaire un simple vice de consentement qui rend la convention nulle, c'est-à-dire annulable. Elle peut aussi empêcher le consentement; c'est ce que Pothier établit très-bien. Si quelqu'un entend me vendre une chose et que j'entende la recevoir à titre de prêt, il

(1) Pothier, *Procédure civile*, partie V, chap. IV, art. 1^{er}; *Traité des obligations*, n^{os} 42 et 43. Réquisitoire de De Paepe (*Belgique judiciaire*, 1873, p. 147).

n'y a ni vente ni prêt. Si quelqu'un entend me vendre une certaine chose et que j'entende acheter de lui une autre chose, il n'y a pas de vente, de même qu'il n'y en a pas quand quelqu'un veut me vendre pour un certain prix et que j'entends acheter pour un prix moindre; car dans tous ces cas il n'y a point de consentement. C'est l'application exacte de notre théorie. Mais il faut voir comment Pothier l'interprète. Il continue et dit : « L'erreur *annule* la convention, non-seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais aussi lorsqu'elle tombe sur une qualité substantielle de la chose. » Dans ce cas, l'erreur est un simple vice qui rend seulement le contrat annulable. Pothier met donc sur la même ligne un contrat qui n'existe pas à défaut de consentement et un contrat qui est nul pour vice de consentement. C'est la négation de notre doctrine. Pothier poursuit et arrive à l'erreur sur la personne; il pose la question en ces termes : « L'erreur sur la personne avec qui je contracte *détruit-elle pareillement* le consentement et *annule-t-elle la convention*? » Pothier répond, comme le fait le code civil, que l'erreur sur la personne n'est point une cause de nullité, à moins que la considération de la personne ne soit la cause principale de la convention. Qu'est-ce à dire? Quand Pothier parle d'une cause qui *détruit* le consentement, il ne veut pas dire que le contrat n'existe pas, il en conclut que la cause destructive du consentement *annule la convention*. C'est nier notre doctrine, puisque nous distinguons entre l'erreur qui *détruit* le consentement et l'erreur qui le *vicie*, et nous admettons que la première erreur rend le contrat *inexistant*, tandis que la seconde le rend seulement *nul* ou *annulable*.

Toutefois on aurait tort de conclure que Pothier repousse la distinction qui est la base de notre théorie; il l'admet bien formellement. La violence est aussi un vice du consentement; mais il y a une différence entre ce vice et l'erreur. Celui qui consent par violence, consent; c'est un consentement tel quel, dit Pothier; cela suffit pour qu'il y ait contrat, sauf à en demander la rescision. L'erreur, au contraire, fait qu'il n'y a point eu absolument de con-

trat(1). C'est notre théorie; quand il n'y a absolument pas de contrat, il n'y a rien, c'est le néant, comme disait d'Argentré. Voilà notre distinction, et si on l'admet, la théorie des actes inexistantes en découle par voie de conséquence. Pothier admet encore la conséquence de notre doctrine qui a été consacrée par l'article 1339. Une donation est nulle dans le sens de cet article, c'est-à-dire inexistante. Peut-elle être confirmée? Non, répond Pothier, parce que ce qui est nul ne peut être confirmé. Si la confirmation était revêtue des formes nécessaires pour une donation, elle vaudrait, non comme confirmation, mais comme nouvelle donation. Pothier admet donc notre théorie, mais il ne l'a jamais formulée d'une manière précise.

461. Quelle sera notre conclusion sur le droit ancien? Elle n'est pas absolue. Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que le principe sur lequel repose notre théorie était généralement admis. Les auteurs reconnaissaient, et il est difficile de ne pas le reconnaître, qu'il y a une différence entre l'absence de consentement et le consentement vicié; qu'il y a des cas où une convention n'existe absolument pas, pas même de nom, comme le dit si bien d'Argentré; tandis qu'il y a des conventions nulles qui sont de vraies conventions et en produisent tous les effets tant que le juge n'en a pas prononcé la nullité. Mais le principe, n'étant formulé par aucune loi, restait flottant et indécis. Lorsqu'on procéda à la rédaction du code civil, on aurait dû établir des principes certains. Mais les rédacteurs du code étaient tous des praticiens, et il faut s'en féliciter. Ils n'ont pas écrit un manuel, ils ont fait un code qui suffit aux besoins de la pratique. Or, l'intérêt pratique de notre théorie se révèle surtout dans son application à la confirmation et à la prescription. Nous allons voir qu'arrivés à l'action en nullité, les auteurs du code rencontrèrent la difficulté et qu'ils la résolurent dans le sens de notre doctrine.

Quand on admet qu'il y a des contrats inexistantes, il

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 17, 18, 19 et 21. Nous citerons encore d'autres passages dans le cours de notre travail.

ne peut être question d'en demander la nullité, ni par conséquent de fixer un délai dans lequel l'action doit être intentée; la prescription suppose des actes qui existent et dont on doit provoquer l'annulation avant que la prescription de l'action soit accomplie. C'est ce que dit la cour de cassation dans ses observations sur le projet de code civil qui lui fut soumis: « Les conventions contraires aux bonnes mœurs ou à la prohibition de la loi ne sont point obligatoires; il n'est pas nécessaire de les attaquer par action en nullité, il suffit d'opposer cette nullité à celui qui en demande l'exécution sous forme d'exception, et l'exception est perpétuelle. » Quand donc est-il question d'intenter une action en nullité dans un certain délai? C'est quand on veut obtenir l'annulation d'une convention nulle ou annulable. La cour de cassation proposa une disposition en ce sens, en énumérant les cas les plus usuels dans lesquels la convention est viciée: « L'action en nullité, soit pour cause d'incapacité dans la personne qui s'est obligée, soit pour omission des formalités prescrites dans l'aliénation des biens des mineurs, soit pour cause d'erreur, de violence ou de dol, dure dix ans. » Le conseil d'Etat adopta cette disposition en retranchant l'énumération qui était inutile ou dangereuse; de là l'article 1304 qui fixe à dix ans la prescription de l'action en nullité. Cet article consacre implicitement la distinction que faisait la cour de cassation, distinction qui est la base de notre théorie (1). Pour s'en convaincre on n'a qu'à lire le rapport que Jaubert a fait au Tribunat. Jaubert avait professé le droit à Bordeaux, c'est un jurisconsulte; de là vient qu'il met plus de rigueur à établir la distinction entre les actes nuls ou annulables et les actes inexistantes.

Jaubert rappelle la disposition de l'article 1108 aux termes duquel quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention, le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Le code semble confondre les conven-

(1) Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du code civil*, t. II, p. 597. De Paeppe, *Réquisitoire (Belgique judiciaire, 1873, p. 141 et suiv.)*.

tions inexistantes et les conventions nulles. Jaubert rétablit la distinction dans son application à l'action en nullité.

Il y a des conditions dont l'absence fait qu'il n'y a pas de contrat. Jaubert cite comme exemples la cause illicite et l'objet. « Une cause illicite, c'est-à-dire celle qui serait contraire à la loi, aux bonnes mœurs et à l'ordre public, vicierait tellement la convention, qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable; *il n'y a pas de contrat*. Si la convention n'avait pas d'objet, il serait bien impossible qu'en aucun temps elle produisît une obligation : *ce ne serait pas non plus un contrat*. » Qu'en résulte-t-il en ce qui concerne l'action en nullité? Il n'y a pas lieu à cette action lorsque le contrat n'existe pas : « Quand il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui a souscrit l'engagement n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager; à quelque époque qu'il soit poursuivi, il est toujours admis à répondre qu'*il n'y a pas d'obligation*. »

Il y a d'autres conditions dont l'absence n'empêche pas le contrat de se former. Jaubert cite la capacité. Quel est l'effet de l'obligation contractée par un incapable? L'incapable ne peut être forcé à remplir son engagement malgré lui, il a le droit de le faire annuler. Mais ce n'est là qu'une faculté dont l'exercice est limité par la loi. S'il renonce à l'exercer, ou s'il ne le fait pas dans les formes et dans les délais voulus par la loi, l'engagement doit être exécuté. Il en est de même quand le consentement est vicié par l'erreur, la violence ou le dol; ces vices donnent aussi lieu à une action en nullité qui doit être intentée dans les dix ans; si le contrat n'est pas annulé dans ce délai, il reste dans toute sa force.

Jaubert conclut que l'action en nullité ne s'applique qu'aux cas où la convention peut produire une action, c'est-à-dire : 1° au cas de l'incapacité; 2° au défaut du consentement. Le rapporteur du Tribunal entend par là les vices du consentement dont il vient de parler. Il ajoute, et ceci est très-important, que cette doctrine est de tra-

dition : « Il était impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes *faussement qualifiés de contrats* et qui ne *produisent jamais d'action*, et les contrats qui ont contenu une obligation, et conséquemment le principe d'une action. Dans ce dernier cas, on ne peut pas dire qu'il n'y avait pas d'obligation, on devait se borner à déclarer que celui qui avait contracté l'engagement en pouvait demander la nullité (1). »

462. Nous insistons sur les travaux préparatoires, parce qu'on a prétendu que les auteurs du code ignoraient la distinction que la doctrine fait entre les actes nuls et les actes inexistantes. La vérité est qu'ils l'ont formulée avec une grande précision dans les matières où il y avait un intérêt pratique à le faire. Telle est la nullité des conventions et leur confirmation. La confirmation surtout est un fait usuel et donne lieu à de nombreuses contestations. Dans le projet arrêté par le conseil d'Etat, on disait que la confirmation d'un acte *radicalement nul* n'était valable que si l'on y trouvait la substance de l'acte, la mention de la nullité et l'intention de la réparer. L'expression d'acte *radicalement nul* était employée par les anciens auteurs pour marquer les contrats que nous appelons inexistantes. Le projet communiqué au Tribunal semblaient donc dire que la confirmation s'appliquait même dans les cas où, d'après l'expression de Jaubert, il n'y avait aucune convention; or, précisément dans ce cas on ne conçoit pas la confirmation : peut-il s'agir de confirmer le néant? La section de législation du Tribunal demanda que la rédaction fût changée. « Il faut, dit-elle, une disposition conçue de manière que la ligne de démarcation soit bien clairement tracée entre les *nullités irréparables* et *celles qu'on peut réparer*. »

Quelles sont ces *nullités irréparables*? Le Tribunal entend par là les cas où la convention n'existe pas et où, par conséquent, il ne peut y avoir de confirmation. Il cite comme exemples, d'abord les engagements contractés par les impubères; d'après le projet de code, ces engage-

(1) Rapport de Jaubert, n° 218 (Loché, t. VI, p. 218, 219).

ments n'étaient obligatoires en aucun cas, ni pour aucune des parties; la nullité était donc absolue et irréparable. Le Tribunal en donne la raison, c'est que la loi considère un acte pareil *comme n'ayant jamais existé*. Voilà le terme même d'acte *inexistant* dont on se sert aujourd'hui pour désigner les contrats qui n'ont aucune existence aux yeux de la loi; de ces contrats on peut dire que le néant ne se confirme pas. La section de législation met sur la même ligne les engagements contractés pour une cause illicite: le caractère de réprobation dont ils sont marqués ne peut jamais être effacé. Ces deux espèces d'engagements sont entachés d'un vice intrinsèque qui ne permet pas qu'ils puissent être validés. La confirmation ne reçoit donc d'application que dans les cas où le contrat existe, mais infecté d'un vice qui permet d'en demander la nullité (1).

La section de législation du Tribunal proposait de formuler la distinction des nullités irréparables et de celles qui peuvent être couvertes: « Les engagements contractés par les impubères ou pour cause illicite ne peuvent être confirmés, soit tacitement, soit expressément. A l'égard de tous autres actes qui pourraient être frappés de quelqu'une des nullités prononcées par la loi, la confirmation de ces actes emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pourrait opposer contre eux. » Cette rédaction ne fut pas admise; mais à la suite de la conférence qui eut lieu entre les sections de législation du conseil d'Etat et du Tribunal, on modifia le projet primitif dans le sens de l'article 1338 du code civil. La rédaction définitive ne parle plus des actes *radicalement nuls*, elle remplace cette expression par des termes empruntés à la proposition du Tribunal: la confirmation ne s'applique qu'aux obligations *contre lesquelles la loi admet l'action en nullité*, ce qui implique un acte annulable: là où il n'y a pas de convention, il ne peut être question d'une action en nullité ni, par conséquent, de confirmation.

C'est en ce sens que le rapporteur et l'orateur du Tribunal expliquent l'article 1338. Jaubert formule la pensée

(1) Observations du Tribunal, n° 73 (Loché, t. VI, p. 136).

de la loi avec une netteté remarquable. « Une idée vraie et simple, dit-il, c'est qu'on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé, quoique manquant de force par quelque vice. De là il résulte qu'on ne peut en aucune manière confirmer de *prétendues conventions* dont la loi *n'a jamais reconnu l'existence*. La loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir convention sans objet ou sans cause licite. Dans ce cas, il ne peut donc y avoir lieu à confirmation. Pour ce qui est des actes contre lesquels la loi n'admet que la voie de la rescision, ils sont susceptibles d'être confirmés. » Mouricault, l'orateur du Tribunal, est tout aussi explicite. « La confirmation ne peut jamais valider les conventions *dont la loi ne reconnaît pas l'existence* et qui, en conséquence, ne lient personne: telles sont les conventions qui ont pour objet une chose mise hors du commerce, celles qui n'ont point de cause, ou qui n'en ont qu'une fautive, ou qui n'en ont qu'une illicite. Quant aux actes qu'on a seulement la faculté d'attaquer par voie de nullité et qui du moins obligent l'une des parties, ils peuvent être utilement confirmés (1). »

463. Nous n'attachons pas grande importance aux discours prononcés devant le corps législatif; œuvre individuelle de l'orateur, ils n'expriment pas toujours la vraie pensée de la loi. Les rapports faits au Tribunal ont une plus grande autorité, parce qu'ils sont présentés au nom de la section de législation. Dans l'espèce, il y a plus que des discours; l'article 1338 a été modifié dans le sens des observations du Tribunal; le texte même du code porte donc l'empreinte de la distinction entre les actes *inexistants* et les actes *nuls*. Il est vrai que la distinction n'a pas été formulée en termes exprès, comme le demandait le Tribunal. C'est sans doute parce qu'elle a paru être de pure théorie, et le code n'est pas un manuel. Du reste la rédaction proposée par la section de législation du Tribunal était incomplète, elle ne comprenait pas tous les cas dans lesquels un contrat est *inexistant*; mieux valait donc

(1) Jaubert, Rapport, n° 21 (Loché, t. VI, p. 231). Mouricault, Discours, n° 52 (Loché, t. VI, p. 250).