

tion; celui qui nove veut éteindre une dette en lui substituant une dette nouvelle. De là suit que la novation n'est pas assujettie aux règles de la confirmation établies par l'article 1338. L'effet aussi diffère : la novation crée une obligation nouvelle, tandis que la confirmation valide l'obligation primitive en effaçant le vice qui la rendait annulable (1).

563. La confirmation est-elle un acte unilatéral, pour la validité duquel il suffit du consentement de la partie qui renonce à attaquer l'acte, ou faut-il le concours de consentement de toutes les parties contractantes? Le consentement de la partie qui confirme suffit. Quand le consentement des deux parties est-il nécessaire? Lorsqu'il s'agit de former un contrat ou de le dissoudre. Or, la confirmation n'est ni un contrat nouveau, ni la dissolution de l'ancien. L'obligation confirmée subsiste telle qu'elle avait été contractée; il est donc inutile que la partie qui n'avait pas le droit d'agir en nullité consente à la confirmation. Si la nullité était absolue, il va de soi que chacune des parties ayant le droit d'agir, chacune devrait renoncer à son droit pour que l'obligation devînt pleinement valable; en ce sens, il faudrait concours de consentement. Mais supposons que la convention soit nulle pour cause d'incapacité de l'une des parties ou pour vice de consentement, la partie qui est capable, et dont le consentement n'est pas vicié n'aurait pas besoin de consentir; elle était obligée et elle reste obligée. Celui dont le consentement était vicié ou qui était incapable est aussi obligé; mais il pouvait demander la nullité de son obligation; s'il renonce à ce droit, l'obligation devient valable à son égard; par suite rien ne manque plus à sa validité. Le texte de l'article 1338 confirme cette interprétation. Il énumère soigneusement les conditions requises pour la validité de l'acte confirmatif et aucune de ces conditions ne suppose le consentement de la partie qui ne confirme pas. Il y a plus : la loi met la confirmation tacite sur la même ligne que la confirmation expresse; or,

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 261, note 3, § 337.

la confirmation tacite qui consiste dans l'exécution de la convention ne suppose pas nécessairement le concours de toutes les parties; donc ce consentement n'est pas une condition essentielle.

On peut objecter ce que nous avons dit de la remise : c'est aussi une renonciation, et cependant l'opinion générale est que le consentement du créancier ne suffit point; il faut aussi le consentement du débiteur. Nous avons répondu d'avance à l'objection. La remise est une des causes d'extinction des obligations; or, pour les dissoudre comme pour les former, il faut le consentement de toutes les parties contractantes, tandis que la confirmation laisse subsister l'obligation primitive. Vainement dit-on que la renonciation profitera, dans notre opinion, à la partie qui y est restée étrangère : il en est ainsi de toute renonciation unilatérale.

La jurisprudence et la doctrine sont d'accord, sauf le dissentiment de Zachariæ, dont l'opinion est restée isolée (1).

§ II. Quelles obligations peuvent être confirmées.

NO 1. PRINCIPE.

564. L'article 1338 pose le principe : on peut confirmer les obligations « contre lesquelles la loi admet l'action en nullité ou en rescision. » Il faut donc que l'obligation soit nulle, c'est-à-dire annulable, ce qui suppose une obligation qui a une existence légale, mais qui est viciée. C'est ce vice qui donne le droit d'en demander la nullité, et c'est à ce droit que renonce celui qui veut confirmer l'obligation : la confirmation efface le vice et rend l'obligation valable, comme si elle n'avait jamais été viciée. De là suit que les obligations inexistantes ne sont pas susceptibles d'être confirmées; elles ne donnent pas

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 458, n° 508. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Mineur*, § 3. Duvergier, Consultation, dans Dalloz, *Recueil périodique*, 1848, 1, 17 (note). Aubry et Rau, t. IV, p. 269, note 32, § 337. Lyon, 21 décembre 1840 (Dalloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 978).

lieu à une action en nullité, car on ne demande pas la nullité du néant (n° 531); donc le texte de l'article 1338 n'est pas applicable. On ne conçoit d'ailleurs pas plus la confirmation d'une obligation inexistante que la demande en nullité de ce qui n'existe pas aux yeux de la loi. La confirmation a pour objet d'effacer le vice de l'obligation; cela suppose une obligation qui peut produire un effet, mais qui, à raison du vice dont elle est atteinte, peut être annulée et cesser de produire un effet. Or, une obligation inexistante ne peut produire aucun effet, ce sont les termes de l'article 1131; elle n'est pas entachée d'un vice qui puisse disparaître par une confirmation, c'est le néant et on ne confirme pas le néant; il n'y a pas de puissance humaine qui soit capable de donner la vie à un non-être; on a beau confirmer le néant, il reste néant. La confirmation est la renonciation à l'action en nullité qui résulte du vice dont une obligation est infectée. Or, l'obligation inexistante ne donne pas lieu à une action en nullité; dès lors la renonciation est impossible et par suite la confirmation.

565. Le principe que la confirmation ne s'applique qu'aux actes nuls, mais qui ont une existence légale, est donc fondé sur le texte et sur l'esprit de la loi. Il a été nettement formulé par le Tribunal. Le projet de code civil, tel qu'il fut adopté par le conseil d'Etat et communiqué au Tribunal, portait que la confirmation s'appliquait aux actes *radicalement nuls*. Cela semblait dire que les actes inexistants pouvaient être confirmés; en effet, les auteurs se servent parfois de l'expression *radicalement nul* pour marquer un acte qui n'a pas d'existence légale. La section de législation du Tribunal fit la remarque que ces mots, qui n'ont pas un sens bien précis, seraient par cela même une source d'arbitraire et d'incertitude. « 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. » C'est ce que nous appelons actes inexistants et actes nuls. Le Tribunal donne des exemples pour faire comprendre la distinction qu'il veut établir. Il y avait dans le projet de code civil

une disposition qui déclarait que les engagements contractés par les impubères n'étaient obligatoires en aucun cas, ni pour aucune des parties; on les considérait comme inexistants par défaut de consentement. Il en résultait donc une nullité absolue et irréparable. Un tel acte est considéré par la loi *comme n'ayant jamais existé*, non-seulement par rapport à l'impubère, mais aussi par rapport à la personne qui a contracté avec lui, quoique celle-ci fût capable de s'obliger. Voilà un de ces engagements dont la nullité est irréparable et qui ne peuvent jamais être validés. Le Tribunal range dans la même classe les engagements contractés pour cause illicite: le caractère de réprobation dont ils sont marqués ne peut pas être effacé.

Il n'en est pas de même, continue le Tribunal, des engagements contractés par le mineur, l'interdit ou la femme mariée. Ces actes ne sont pas nuls de plein droit. Ils ne peuvent être annulés que lorsqu'ils sont attaqués par ceux dans l'intérêt desquels la loi les a déclarés nuls. Si, loin de les attaquer, ils les confirment, la nullité est couverte, au point que les actes confirmés sont considérés comme ayant été faits valablement dès leur origine et comme n'ayant jamais cessé d'être valables. Le Tribunal ajoute que le même principe s'applique aux obligations viciées par l'erreur, la violence ou le dol.

Le Tribunal proposa, en conséquence, la rédaction suivante: « Les engagements contractés par les impubères ou pour cause illicite ne peuvent être confirmés ni ratifiés. A l'égard de tous autres actes qui pourraient être frappés de quelque une des nullités prononcées par la loi, la confirmation de ces actes emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pourrait faire valoir contre eux ». Cette rédaction laissait à désirer, elle était trop restrictive en ce qui concerne les actes inexistants dont la nullité est irréparable; on aurait pu en conclure que les obligations ne sont inexistantes que dans les deux cas prévus par la disposition: les engagements contractés par des impubères et ceux dont la cause est illicite. Le conseil d'Etat adopta la modification proposée par le Tribu-

nat, mais en la rédigeant autrement. Il retrancha l'expression du projet : *acte radicalement nul*, et la remplaça par les mots qui se trouvent dans notre article 1338 : *obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision*. Cette rédaction limite la confirmation aux actes nuls; elle exclut la confirmation des actes inexistantes (1).

566. C'est en ce sens que les orateurs du Tribunal ont expliqué l'article 1338. Nous allons entendre Jaubert, le rapporteur de la section de législation : il est probable que c'est sur sa proposition que la section proposa de changer la rédaction du projet qui lui était soumis. Jaubert établit nettement la distinction traditionnelle entre les actes faussement qualifiés de contrats qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation et, par conséquent, le principe d'une action, laquelle action peut être seulement repoussée par une exception. C'est la distinction entre les actes inexistantes et les actes nuls. Nous avons cité ailleurs les développements que le rapporteur du Tribunal donne de cette distinction (t. XV, n° 462). Il conclut, dans son premier rapport, que l'action en nullité ne s'applique qu'aux cas où la convention peut produire une action, c'est-à-dire aux actes que nous appelons nuls; elle ne reçoit pas d'application aux actes inexistantes, parce que celui qui a souscrit un pareil engagement n'a pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager; il peut toujours répondre, s'il est poursuivi, qu'il n'y a pas d'obligation. Cela décide la question de la confirmation; l'article 1338 disant que la confirmation suppose une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, il en résulte que l'on ne peut confirmer les obligations qui, n'ayant pas d'existence aux yeux de la loi, ne donnent pas lieu à une action en nullité. C'est ce que Jaubert établit très-bien dans son second rapport. « 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

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

manière, confirmer de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence; que, dans tous les autres cas, la confirmation peut avoir lieu. » Jaubert en conclut que les conventions sans objet ou sans cause licite ne peuvent être confirmées, tandis que les actes contre lesquels la loi n'admet que la voie de la nullité, tels que les engagements des incapables, peuvent être confirmés (1).

Mouricault, l'orateur du Tribunal, s'explique dans le même sens. « La confirmation, dit-il, ne peut jamais valider les conventions dont la loi ne reconnaît pas l'existence et qui, en conséquence, ne lient personne : telles sont (ainsi qu'il est aisé de le conclure des diverses dispositions combinées du projet) les conventions qui ont pour objet une chose hors du commerce, celles qui n'ont point de cause, ou qui n'en ont qu'une fausse, ou qui n'en ont qu'une illicite. Quant aux actes qu'on a seulement la faculté d'attaquer par voie de nullité ou de rescision, ils peuvent être confirmés (2).

567. L'interprétation que nous donnons à l'article 1338, d'après les travaux préparatoires, est aujourd'hui généralement admise par la doctrine (3). Toutefois, comme l'opinion contraire, enseignée par Toullier et Merlin, est consacrée par la jurisprudence des cours de Belgique, il nous faut combattre tous les arguments que l'on peut nous opposer.

Merlin avait soutenu, en s'appuyant sur le rapport de Jaubert, que l'on ne peut pas confirmer de prétendues conventions dont la loi ne reconnaît pas l'existence. Toullier critiqua cette opinion avec une vivacité extrême. La proposition de Jaubert, dit-il, nous paraît manifestement erronée. Qu'entend-on par une convention qui n'existe pas aux yeux de la loi? Celle sans doute dont la nullité est telle, qu'elle n'a besoin d'être proposée ni par voie d'action ni par voie d'exception; en un mot, une conven-

(1) Jaubert, 1^{er} rapport, n° 60 (Loché, t. VI, p. 218); 2^e rapport, n° 24, p. 231.

(2) Mouricault, Discours, n° 52 (Loché, t. VI, p. 256).

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 262, note 6, § 337, et les auteurs qui y sont cités.

tion qui n'existe pas. Toullier cite comme exemple la vente faite par un tiers au nom du propriétaire mais sans mandat. Il est évident que cette convention n'existe pas aux yeux de la loi, cependant il est certain qu'elle peut être ratifiée; l'article 1998 le dit. « Qu'on dise après cela tant qu'on voudra que les contrats qui n'existent pas aux yeux de la loi ne sont pas susceptibles de la confirmation et de la ratification qui sont l'objet de l'article 1338, qu'importe cela, puisqu'ils sont réellement susceptibles d'être ratifiés, puisqu'ils peuvent l'être même tacitement, suivant l'article 1998 (1)? »

Toullier, qui critique l'opinion du Tribunal avec une dureté qui ne lui est pas habituelle, verse lui-même dans une erreur complète. Il confond la *ratification* équivalant au mandat avec la *confirmation* d'un acte nul, tandis qu'il n'y a rien de commun entre ces deux faits juridiques. Les tribuns donnaient plus d'un exemple d'un acte inexistant non susceptible d'être confirmé; pourquoi Toullier n'a-t-il pas pris l'exemple d'une convention manquant d'objet, d'une obligation sans cause, ou sur une cause illicite? Est-ce qu'il y a lieu de ratifier ces obligations en vertu de l'article 1998? La question n'a pas de sens. Il ne peut pas s'agir de *ratifier* par un consentement donné après coup un acte auquel on a consenti. Mais si cet acte est vicié, il s'agit de savoir si l'on peut effacer le vice qui le rend nul, en le confirmant; il fallait donc prouver contre les tribuns que l'on peut effacer un vice là où il n'y a pas de vice, et renoncer à une action en nullité là où il n'y a pas d'action en nullité. Nous attendons encore cette démonstration, et nous l'attendrons toujours.

Merlin était donc dans le vrai quand il disait qu'un contrat qui n'existe pas aux yeux de la loi n'est pas susceptible de confirmation. Cependant, chose singulière, la vive critique de Toullier le fit changer d'avis; après avoir dit dans son réquisitoire que la proposition formulée par Jaubert et Mouricault est *évidente*, il déclare que ce prétendu principe n'est qu'une assertion purement gratuite,

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 465, n° 518.

qu'une erreur créée par l'imagination des deux tribuns, qu'il regrette d'avoir reproduite sans examen et sur leur seule parole (1). Non, ce n'est pas une *erreur créée par l'imagination de deux tribuns*. Jaubert parle comme rapporteur de la section de législation : cette section recevait communication du projet arrêté par le conseil d'Etat; après discussion au sein de la section, des conférences avaient lieu entre les deux sections de législation du Tribunal et du conseil d'Etat; c'est ce qui arriva pour l'article 1338, dont le Tribunal proposa de changer la rédaction. Merlin oublie entièrement les travaux préparatoires, et avec une incroyable légèreté il reproche à deux tribuns d'avoir imaginé un principe qui était l'œuvre de la section de législation, principe qui fut admis par le conseil d'Etat et qui fut formulé dans la nouvelle rédaction de l'article 1338. Il y a donc, non une imagination de deux tribuns, mais décision formelle par un changement de rédaction. Toullier et Merlin ne se sont pas doutés qu'ils critiquaient si amèrement deux corps constitués, le Tribunal et le conseil d'Etat, les seuls corps délibérants qui, d'après la constitution de l'Empire, eussent une part active dans la discussion des projets de lois. Et ceux qui disent aujourd'hui que la distinction des actes nuls et des actes inexistant est une doctrine imaginée par des théoriciens et sans racine dans nos lois, ne se doutent pas davantage que cette théorie a été écrite de la main des auteurs du code dans le texte de l'article 1338. Cela est décisif, et c'est pour cela que nous y avons insisté.

568. Ce qui est vrai, c'est que les auteurs du code n'ont pas formulé le principe avec toutes ses conséquences, De là des incertitudes et des hésitations inévitables dans l'application. Avant d'exposer l'état de la jurisprudence, nous devons faire une remarque qui touche au principe. Les actes inexistant ne peuvent être confirmés; l'article 1339 le dit, en appliquant le principe aux donations nulles en la forme; il ajoute que le donateur n'a qu'un

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Ratification*, § V, n° 3 (t. XII, p. 288). Comparez *Répertoire*, au mot *Ratification*, n° IX (t. XXVII, p. 96).

moyen de réparer la nullité, c'est de refaire la donation en la forme légale. Ce que la loi dit de la donation, il faut le dire de toutes les conventions inexistantes. Les parties sont libres de faire une convention nouvelle, bien entendu si aucune disposition de la loi ne s'y oppose. Si le débiteur a consenti alors qu'il était privé de l'usage de la raison, il n'y a pas de consentement, et sans consentement il n'y a pas de contrat. Mais s'il recouvre l'usage de sa raison, rien ne l'empêche de consentir cette même convention qui ne pouvait avoir aucun effet, puisqu'elle n'existait point. La nouvelle convention n'est pas une confirmation. Grande est la différence entre la confirmation et la convention que souscrit celui qui avait fait un contrat inexistant. Si le donateur pouvait confirmer une donation nulle en la forme, il suffirait d'un écrit sous seing privé émané de lui seul pour valider la donation; il suffirait même d'une déclaration orale, d'un aveu fait en justice, l'exécution de la libéralité serait suffisante; tandis que la loi exige que la donation soit refaite en la forme légale si le donateur veut qu'elle ait effet, c'est-à-dire qu'il faut un nouvel acte, une nouvelle acceptation, donc un concours de volontés manifesté dans la forme authentique. Il en serait de même pour tout acte inexistant, à la solennité près. Les parties qui veulent maintenir l'acte doivent faire une convention nouvelle. La confirmation, au contraire, étant une simple renonciation, est par cela même un acte unilatéral (1).

N° 2. APPLICATION DU PRINCIPE.

I. Des obligations naturelles.

569. Les obligations naturelles peuvent-elles être confirmées? Nous avons déjà répondu ailleurs à la question (t. XVII, n° 31); comme elle est controversée, nous y revenons pour établir solidement, en cette matière si difficile, ce que nous croyons être les vrais principes. Marcadé

(1) Colmet de Santerre. t. V, p. 583, n° 209 bis I.

dit que les obligations naturelles peuvent être confirmées. Que cette opinion soit soutenue par les auteurs qui enseignent, comme Toullier, que l'on peut confirmer une obligation inexistante, cela se comprend; mais Marcadé reproche assez durement au commentateur de Toullier de méconnaître une distinction que la science moderne a définitivement établie; puis, oubliant sa théorie, il professe que la confirmation d'une obligation naturelle est valable, quoique celle-ci ne soit pas reconnue par la loi, qui lui refuse toute action. Lui-même avoue que, rigoureusement parlant, le mot de *confirmation* n'est pas exact dans ce cas. En effet, la confirmation est la validation d'une obligation vicieuse, mais civilement existante, tandis que la confirmation de l'obligation naturelle a pour effet de donner l'existence civile à l'engagement auquel la loi l'avait refusée (1). Donc la prétendue confirmation est, en réalité, une nouvelle obligation. Partant il faut appliquer ce que nous venons de dire : le débiteur qui confirme une obligation naturelle ne renonce pas à une action en nullité qui n'existe point, il crée une obligation, il faut donc le concours du créancier. Ce que Marcadé appelle une confirmation est, à vrai dire, une novation. Mais autre chose est la novation et autre chose la confirmation; celle-ci est un acte unilatéral, tandis que la novation exige le consentement du débiteur et du créancier. A notre avis, la novation d'une obligation naturelle ne se comprend pas plus que la confirmation d'une dette pareille; nous en avons déjà fait la remarque (n° 245). Celui qui nové éteint une dette à laquelle il substitue une dette nouvelle; or, comment éteindre une dette qui n'a pas d'existence civile?

II. Des obligations sans consentement.

570. La cour de cassation a décidé, sur le réquisitoire de Merlin, qu'une convention est inexistante quand l'acte qui la constate n'est pas signé de toutes les parties et que, par suite, cette convention ne peut être confirmée, l'ar-

(1) Marcadé, t. V, p. 97, n° II de l'article 1338. Toullier, t. III, 2, p. 253, n° 391).