

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 nove 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).

ticle 1338 n'étant relatif qu'aux obligations contre lesquelles la loi admet l'action en nullité, et non aux actes nuls par défaut de consentement et faussement qualifiés de contrats. Nous admettons le principe, c'est celui du Tribunal, et nous croyons avoir prouvé qu'il est écrit dans l'article 1338. Mais nous nions le point de départ de la cour de cassation. Il n'est pas exact de dire qu'une obligation soit inexistante par cela seul que l'acte n'est pas signé. Nous reviendrons sur la question. Toujours est-il que la cour suprême a formellement consacré notre doctrine. Il n'y a pas de contrat sans consentement; et là où il n'y a pas de contrat, il n'y a rien à confirmer, puisque le néant ne se confirme point (1).

571. Les conventions dans lesquelles il n'intervient aucun consentement sont très-rares; il est si évident qu'il ne peut pas y avoir de contrat sans consentement, que les parties intéressées ne peuvent pas songer à en demander l'exécution. Voici une espèce dans laquelle il y a eu consentement, mais le consentement n'étant pas simultané, aucune convention n'a pu en résulter. L'un des époux fait le partage de la communauté avant sa dissolution: l'époux survivant le confirme; la confirmation est-elle valable? Non, parce que le partage est inexistant; il ne peut être question de partager la communauté tant qu'elle existe; la cour de cassation le démontre. Quant à la femme, ce serait une acceptation de la communauté; or, elle ne peut accepter ni répudier qu'à la dissolution. Le mari ne le peut, la loi lui permet seulement de disposer de sa part dans la communauté telle qu'elle sera liquidée après sa mort; il ne lui appartient pas de son vivant d'opérer la liquidation de biens qui doivent rester indivis jusqu'à son décès ou celui de la femme, et de composer éventuellement son propre lot. Si la loi autorise les père et mère à partager leurs biens entre leurs descendants, par acte entre-vifs, cette faculté est nécessairement restreinte aux biens dont ils ont la libre disposition. Le partage fait par

(1) Rejet, 27 août 1812, et le Réquisitoire de Merlin (*Répertoire*, au mot *Ratification*, n° IX (t. XXVII, p. 96 99).

le mari est donc nul, pour mieux dire, inexistant; la femme ou ses héritiers y auraient dû concourir, et ils y auraient consenti que leur consentement eût été inefficace comme portant sur des biens qu'il ne leur est pas permis de partager. Vainement la femme consentit-elle en confirmant le partage, il ne saurait y avoir de convention que par le concours simultané des volontés des parties contractantes; et ce concours, dans l'espèce, était impossible, le mari étant prédécédé, son consentement, nul d'ailleurs, n'a pu concourir avec celui de la femme, qui a consenti alors que l'autre partie ne pouvait plus consentir (1).

II. *Des obligations sans cause ou sur une cause illicite.*

572. L'orateur du Tribunal range parmi les obligations qui ne peuvent être confirmées, parce qu'elles sont inexistantes, les obligations sans cause ou sur cause illicite. Il ne peut guère y avoir de doute sur ce point, une fois que l'on admet le principe; l'article 1131 est un des rares articles du code qui consacrent d'une manière formelle la théorie des actes inexistantes. Il porte: « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite *ne peut avoir aucun effet.* » Comment confirmerait-on une obligation sans cause alors que le défaut de cause implique, dans les contrats à titre onéreux, que l'obligation est sans objet? la confirmation lui donnerait-elle un objet qu'elle n'a point? Supposons que la chose vendue eût péri lors de la vente (art. 1602). J'aurai beau confirmer cette vente, elle restera toujours sans objet. Vainement l'acheteur l'exécuterait-il en payant le prix, il payera ce qu'il ne doit pas, et il pourra répéter. Que s'il paye avec l'intention de faire une libéralité, cette libéralité sera sans doute valable, mais elle le sera, non par la confirmation, mais comme don manuel. Cela est si vrai, que le paiement partiel ne pourra être invoqué par le vendeur comme une exécution volontaire qui confirme la

(1) Cassation, 13 novembre 1849 (Dalloz, 1849, 1, 311).

vente, aux termes de l'article 1338; l'acheteur prétendu lui répondrait qu'il est libre de donner ce qu'il veut et, qu'ayant donné 5,000 francs, il n'est pas obligé d'en donner encore 5,000 (1).

Au point de vue de notre théorie, cela paraît évident. Cependant il y a controverse. M. Larombière admet le principe, il en conteste l'application au défaut de cause et à la fausse cause. La cause même de la confirmation, dit-il, supplée la cause de l'acte auquel elle s'applique. C'est dire que la confirmation donne une cause à l'obligation; elle donnerait donc quelque chose de nouveau, ce qui est contraire à l'essence de la confirmation, laquelle n'est qu'une simple renonciation à l'action en nullité; or, la renonciation, comme nous venons de le dire, laisse toujours l'obligation sans cause. D'ailleurs la renonciation serait sans objet: l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet, dit l'article 1131; elle ne donne donc pas lieu à une action en nullité, dès lors la confirmation ne se conçoit pas. Chose singulière; après avoir dit que les obligations sans cause peuvent se confirmer, Larombière dit, plus loin, que l'obligation sans cause est inexistante et que, par suite, elle n'est pas susceptible de confirmation. Mais, ajoute-t-il, il y aura confirmation si l'intention de celui qui confirme est de suppléer une cause véritable qui valide l'obligation (2). L'auteur ne s'aperçoit pas que cette prétendue confirmation serait une convention nouvelle, laquelle exigerait un nouveau concours de volontés et n'existerait qu'à partir du moment où les parties intéressées auraient consenti, tandis que la confirmation efface le vice de l'obligation et la valide dès son principe.

Toullier dit que tout ce que l'on pourrait conclure de là c'est que la confirmation d'une obligation sans cause n'a point d'effet rétroactif, qu'elle ne tire sa force que de l'acte de confirmation et du jour seulement de sa date. Cet aveu témoigne contre l'auteur et sa doctrine, car c'est avouer

(1) Duranton, t. XII, p. 678, n° 559.

(2) Larombière, t. IV, p. 594, n° 8 de l'article 1338, et p. 617, n° 251 (Ed. B., t. III, p. 121).

que la prétendue confirmation n'est pas une confirmation, que c'est un nouveau contrat. Toullier insiste et dit que notre théorie, qui est celle du Tribunal et celle de l'article 1338, est aussi contraire à la raison qu'aux dispositions du code. Que veut la loi pour qu'il y ait confirmation? Que l'acte soit nul et donne lieu à une action en nullité. Et dira-t-on qu'une nullité radicale ne donne pas lieu à l'action en nullité? Comment donc le débiteur s'y prendra-t-il pour faire rejeter une obligation sans cause, pour faire dire qu'elle n'a aucun effet, si ce n'est en intentant une action en nullité (1)? Nous avons d'avance répondu à l'objection. Celui qui agit en nullité demande que le tribunal prononce la nullité de l'acte, et l'acte ne sera nul qu'à partir du jugement, jusque-là il produira tous ses effets. Or, quand l'obligation est sans cause, il est impossible de demander que le juge l'annule et que l'acte cesse de produire des effets, car l'obligation n'a jamais eu d'effet, le code déclarant qu'elle ne peut en avoir aucun. Donc une action en nullité ne se conçoit pas. On demande comment le débiteur agira? Nous répondons qu'il n'a pas besoin d'agir, qu'il peut toujours et à toute époque répondre à l'action que le créancier formerait contre lui, qu'il n'y a pas d'obligation et que la créance ne peut produire aucun effet. Que s'il veut prendre l'initiative, il demandera que le tribunal déclare que l'acte litigieux est sans cause et sans existence légale et, par suite, cet acte sera sans effet aucun, non à partir du jugement ou de la demande, mais à partir du jour où la convention inexistante sera intervenue.

573. Il est vrai que, dans la pratique, le demandeur conclut à ce que la convention sans cause soit déclarée nulle et de nul effet. Cela s'est fait ainsi dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Bordeaux, et la cour aussi s'est servie des mots *nuls* et *nullité*, parce que la loi n'en a pas d'autres. Toutefois la cour a bien jugé en décidant qu'un contrat sans cause est vicié d'une nullité radicale qui ne peut être couverte par l'exécution, c'est-à-dire

(1) Toullier, t. III, 2, p. 114, n° 180.

par la confirmation, parce qu'il n'y a pas d'exécution possible d'un contrat qui n'existe pas (1).

La cour de Bruxelles a jugé dans le même sens. Il s'agissait de savoir si l'Etat pouvait être preneur d'un bien qui lui appartient. Ce serait un contrat sans cause, dit la cour. En effet, la cause consiste dans le motif juridique qui porte les parties à contracter. Or, pourquoi le preneur s'engage-t-il à payer le loyer? Pour obtenir la jouissance de la chose. S'il a droit à cette jouissance comme propriétaire, son engagement, comme locataire, n'a plus de cause. Et l'article 1131 dispose que l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet. La cour en conclut que les obligations sans cause ne peuvent être validées ni par une confirmation expresse, ni par l'exécution volontaire, ni, par conséquent, par la prescription de dix ans. L'arrêt cite les rapports de Jaubert et de Mouricault, et décide que le bail litigieux était nul de plein droit, d'après l'expression de l'article 1117; que cette nullité n'avait pu être couverte par la prescription de dix ans, et qu'elle pouvait être opposée nonobstant toute confirmation (2). C'est la consécration formelle de notre théorie.

574. Il en est de même des obligations sur une cause illicite. Cela n'est pas douteux, si l'on admet la doctrine que nous venons d'exposer. L'article 1131 met sur la même ligne l'obligation sur une cause illicite et l'obligation sans cause; elles ne peuvent avoir aucun effet, dit la loi. Donc la question est identique, et là où il y a même motif de décider, il doit y avoir même décision. Il est cependant bon d'insister, parce que la théorie de la cause est obscure et la doctrine de l'inexistence des obligations est toujours incertaine. Cette obscurité et cette incertitude disparaissent quand il s'agit de la cause illicite. L'article 1133 la définit: « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. » Nous laissons de côté, pour le moment, ce qu'il y a de vague dans cette

(1) Bordeaux, 24 décembre 1844 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1630).

(2) Bruxelles, 14 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 165).

disposition, pour nous en tenir à ce qui est d'évidence. La cause de l'obligation est immorale: conçoit-on que cette obligation soit confirmée? Peut-on réparer un vice qui est irréparable? Il est inutile de répondre, le cri de la conscience dit qu'il ne saurait y avoir de confirmation d'une obligation qui n'a d'autre raison d'être qu'un outrage aux bonnes mœurs. Ce qui est si évident pour les conventions immorales ne l'est pas moins pour celles qui sont contraires à l'ordre public. Conçoit-on que le législateur permette de confirmer ce qui blesse l'intérêt de la société? Comment la loi donnerait-elle sa sanction à une obligation qu'elle prohibe dans un intérêt social? Il y a là un vice qui ne saurait être réparé.

La jurisprudence est en ce sens. Aux termes de l'article 1965, la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu. Le législateur, qui favorise le travail, base de l'ordre économique et moral, doit flétrir le jeu, qui détourne du travail et porte à dépenser follement ce qui a été gagné sans peine. On peut dire sans exagération que l'existence de la société est en cause quand il s'agit de réprimer des conventions qui donnent l'habitude de l'oisiveté et de la dissipation. Ces graves considérations décident la question que nous débattons ici. Peut-il y avoir une confirmation d'une obligation que la loi réprime, comme ruinant les bases de l'ordre social? Il a été jugé que les engagements contractés pour marchés fictifs ou jeux de bourse sont nuls et que la nullité ne peut être couverte par la confirmation: ce qui est contraire à l'ordre public, dit la cour d'Angers, ne peut être confirmé (1).

La loi du 4 août 1789 a aboli la vénalité des offices. Il suffit de se rappeler la date célèbre du 4 août pour se convaincre qu'il s'agit d'un de ces abus du vieux régime féodal et monarchique que la Révolution a détruits dans une nuit glorieuse. En France, la loi du 28 avril 1816 a accordé aux titulaires de certains offices le droit de présenter des successeurs qui doivent être agréés par le gouvernement; le droit de présentation est donc soumis

(1) Angers, 24 août 1865 (Dalloz, 1866, 2, 211).

au contrôle de l'autorité publique, c'est dire qu'en droit les offices restent hors du commerce; le principe est d'ordre public. La jurisprudence en a conclu que les traités secrets intervenus entre un officier public et celui qu'il présente comme son successeur ne peuvent pas augmenter le prix auquel l'office est cédé par la convention publique soumise au gouvernement. Cette nullité étant d'ordre public ne peut être couverte par aucune confirmation ni exécution volontaire. Il a été jugé que les créances résultant de pareilles conventions ne sont susceptibles ni de subrogation ni de transport. Il a été jugé que les parties contractantes ne peuvent pas invoquer les règles ordinaires des contrats pour valider ce qui est contraire à l'ordre public; l'approbation donnée par le gouvernement ne peut être invoquée pour légitimer ce qui ne saurait être légitime. Nous n'entrons pas dans le détail de ces débats, parce que la législation française nous est étrangère; il faut féliciter la cour de cassation de France de la rigueur qu'elle met à maintenir les principes qui sont le fondement de notre ordre social (1).

IV. Du pacte successoire.

575. Nous avons dit ailleurs que le code civil prohibe les pactes successoires comme contraires aux bonnes mœurs (t. XVI, n° 83). Cela semble décider la question de la confirmation. D'après l'article 1130, on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte; ces conventions reposent sur une cause illicite, donc aux termes de l'article 1131, elles ne peuvent avoir aucun effet et, par suite, elles ne sauraient être confirmées. La doctrine et la jurisprudence sont presque unanimes à admettre le principe qui défend de confirmer les obligations sur cause illicite. Comment se fait-il qu'il y a controverse pour les pactes successoires? Il y a de cela une raison de fait que peut-être les interprètes ne s'avouent point et

(1) Cassation, 10 mai 1854 (Daloz, 1854, 1, 217). Rejet, 13 décembre 1853 (Daloz, 1854, 1, 431). Comparez les arrêts cités dans le *Répertoire de Daloz*, au mot *Obligations*, n° 4472.

qui influe cependant sur leur manière de voir. Nous en avons déjà fait la remarque : les pactes successoires n'ont pas dans nos mœurs le caractère odieux qui les a fait réprover par les jurisconsultes romains et, à leur suite, par Pothier; de là une tendance vers une application indulgente de la prohibition. Il faut nous tenir en garde contre ce laisser-aller; il n'appartient pas à l'interprète de corriger les lois, il doit les accepter, sévères ou non; si la justice a un bandeau sur les yeux, il en doit être de même du jurisconsulte, qui est aussi l'organe de la justice. Le code prohibe les pactes successoires avec plus de sévérité que ne l'avait fait l'ancien droit; la sévérité peut paraître excessive, mais peu importe, il faut interpréter la loi telle que les auteurs du code l'ont faite.

Il y a un cas dans lequel la question n'est pas douteuse. Si la confirmation du pacte successoire se fait du vivant de celui dont la succession est vendue, la confirmation est viciée par la même cause que le pacte successoire et un vice ne peut effacer l'autre, il y a plutôt aggravation du vice dans cette obstination que les parties contractantes mettent à violer la loi; sur ce point, tout le monde est d'accord.

La difficulté est donc celle-ci. On suppose que la confirmation intervient après l'ouverture de l'hérédité qui a fait l'objet du pacte successoire. Quand la succession est ouverte, les héritiers peuvent faire telles conventions qu'ils jugent convenables; pourquoi ne pourraient-ils pas confirmer une convention antérieure? Tel est le seul motif de douter, il ne nous paraît pas sérieux. Autre chose est une convention nouvelle que les héritiers font sur une succession ouverte, autre est la confirmation qu'ils font d'un pacte successoire. Confirmer, ce n'est pas contracter, c'est renoncer au droit que l'on a d'agir en nullité; cette renonciation est un acte unilatéral, celui qui confirme intervient seul dans l'acte de confirmation, tandis que la convention qui intervient entre héritiers exige le concours de volontés de toutes les parties intéressées. Les effets de la confirmation diffèrent aussi des effets que produit la convention entre héritiers. Il est de principe