

intégrale. On dit que le bénéfice que le tuteur retire de la cession est illégitime, en ce sens qu'il aurait dû faire l'affaire pour le compte de son pupille. C'est dépasser les exigences de la loi; elle ne fait pas au tuteur un devoir de spéculer au nom du pupille et dans son intérêt, elle lui défend seulement de spéculer dans son propre intérêt, et elle donne au mineur le moyen de mettre cette spéculation à néant; aller plus loin, c'est faire profiter le mineur du marché; la loi ne lui accorde pas ce droit (1).

N° 3. DES MAGISTRATS, AVOCATS ET OFFICIERS MINISTÉRIELS.

55. « Les juges, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions. » Le texte de l'article 1597 demande quelques explications.

La loi parle des *juges* et de leurs suppléants; elle ne dit rien des magistrats des cours d'appel et de la cour de cassation, qui portent le titre de *conseillers*. C'est qu'il n'était pas ainsi lors de la publication du code, tous les magistrats étaient désignés par le nom général de juges; les membres des cours supérieures sont donc compris dans le texte. Il en est de même du mot *tribunal*; le terme de *cour* n'était pas en usage lors de la publication du code civil, on disait le *tribunal de cassation*. Il va sans dire que l'expression dont le code se sert comprend toutes les juridictions. L'article 1597 mentionne encore les *défenseurs officieux*; on donnait ce nom aux avocats depuis que l'assemblée constituante avait supprimé l'ordre des avocats; il fut rétabli par la loi du 22 ventôse an XII, postérieurement à la rédaction définitive du titre de la *Vente*, arrêtée le 3 ventôse de la même année (2).

(1) Valette, *Explication sommaire du livre I^{er} du code civil*, p. 240. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I^{er}, p. 446, note 3. De Fréminville. *Traité de la minorité*, t. II, p. 250, n° 795. En sens contraire. Aubry et Rau, Ducaurroy et Demolombe.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 451, note 1, § 359^a. Duvergier, t. I^{er}, p. 234, n° 196.

Les incapacités étant de stricte interprétation, il s'ensuit que celles que l'article 1597 établit ne peuvent être étendues à des fonctionnaires ou officiers qui ne sont pas compris dans le texte de la loi. Par application de ce principe, il a été jugé que les clercs de notaire peuvent se rendre cessionnaires de droits litigieux, sauf aux parties qui demandent la nullité de la cession à prouver, s'il y a lieu, que le clerc est personne interposée; il est élémentaire que les personnes déclarées incapables d'acheter ne peuvent pas faire indirectement, ou par personnes interposées, ce que la loi leur défend de faire directement (1).

56. Quels sont les motifs de la prohibition prononcée par l'article 1597? Il importe de les préciser, parce que le caractère de la nullité en dépend. Portalis les a exposés dans son discours: « Dans l'ancienne Rome, les gouverneurs ne pouvaient rien acquérir dans l'étendue de leur gouvernement, et les magistrats ne pouvaient rien acquérir dans le ressort de leur juridiction. On voulait écarter d'eux jusqu'au soupçon de mêler des vues d'intérêt privé avec les grands intérêts publics confiés à leur sollicitude... Une foule d'arrêts, intervenus en forme de règlements, ont constamment prononcé la nullité des adjudications faites à des juges... On a pensé que le *titre public* de leur charge les soumet à de plus grandes précautions que des *personnes privées*, pour les mettre à l'abri du soupçon d'*abuser de leur autorité* dans les occasions où ils ne peuvent et ne doivent se montrer que comme *magistrats*. Les ordonnances ont toujours prohibé aux juges et à tous ceux qui exercent quelque fonction de justice ou quelque ministère près les tribunaux de se rendre cessionnaires de droits litigieux... *Cette disposition est la sauvegarde des justiciables. Un juge est établi pour terminer les contestations des parties, et non pour en trafiquer.* Il ne peut et il ne doit intervenir entre les citoyens que comme *ministre des lois*, et non comme l'agent des intérêts, de la haine et de la passion des hommes. S'il descend honteusement de son tribunal, s'il abandonne le *sacerdoce auguste* qu'il

(1) Bruxelles, 24 mai 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 197).

exerce pour échanger sa qualité d'*officier de justice* contre celle d'acheteur d'actions, il *avilit le caractère honorable dont il est revêtu*; il *menace*, par le *scandale* de ses *procédés hostiles* et *intéressés*, les familles qu'il ne doit que rassurer par ses *lumières* et ses *vertus*; il cesse d'être *magistrat*, il n'est plus qu'*oppresseur*. La prohibition faite aux juges d'acheter des actions litigieuses n'est donc qu'une conséquence nécessaire des *principes religieux qui veillent sur la sainteté de leur ministère*. Il importe à la *société* que ceux par qui la justice doit être rendue puissent être respectés comme s'ils étaient la *justice même* (1). »

Portalis ne parle que des magistrats; on peut en dire autant de tous ceux qui prennent une part à la distribution de la justice; leur influence est moindre, par conséquent moins dangereuse; mais les motifs d'intérêt social restent les mêmes. Troplong dit très-bien, en parlant des avocats, avoués, huissiers et greffiers, que leur ministère honorable doit être pur de tout trafic sordide et de toute vile spéculation sur la position des pauvres plaideurs. La loi s'est aussi préoccupée de l'intérêt des parties qui sont dans le cas de plaider, puisqu'il s'agit de droits litigieux. Le rapporteur du Tribunat insiste sur ce côté de la question: « Si cette incapacité n'existait pas, il serait à craindre que les magistrats n'inquiétassent les plaideurs par leur influence et ne les forçassent à faire en leur faveur des sacrifices considérables pour se débarrasser d'adversaires si dangereux » (2). Tels sont les motifs officiels de la loi; nous en déduisons plus loin les conséquences.

57. La prohibition établie par la loi n'est pas absolue, l'article 1596 la limite aux droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel les magistrats, avocats et officiers ministériels exercent leurs fonctions. Que faut-il entendre par ces mots: *qui sont de la compétence du tribunal*? La loi définit ce qu'elle entend par *compétence du tribunal* en ajoutant: *dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions*. Il suffit donc

(1) Portalis. *Exposé des motifs*, nos 16 et 17 (Loché, t. VII, p. 72).

(2) Faure. *Rapport au Tribunat*, n° 15 (Loché, t. VII, p. 91). Comparez Grenier, *Discours*, n° 13, p. 109.

qu'à raison du ressort dans lequel les personnes incapables exercent leurs fonctions, l'affaire puisse être portée devant le tribunal auquel ils sont attachés. Il n'y a aucune difficulté pour les tribunaux inférieurs. Toute action peut être portée, au moins en première instance, devant les tribunaux d'arrondissement quand il s'agit de biens situés dans le ressort du tribunal, ou de personnes qui y ont leur domicile; l'incapacité est limitée au ressort. Un juge de première instance peut donc se rendre cessionnaire d'un droit litigieux qui, à raison du ressort, doit être porté devant un autre tribunal. Quant à la cour de cassation, elle est compétente pour tout le royaume; et il n'y a pas non plus à distinguer la nature des affaires et le montant du litige; l'incapacité des magistrats, avocats et officiers ministériels attachés à cette cour est donc absolue. Il n'en est pas de même des tribunaux d'appel; leur ressort est limité, et la loi limite aussi le montant pécuniaire des affaires qui sont sujettes à appel. Naît alors la question de savoir si, dans le sens de l'article 1597, un droit litigieux est de la compétence d'une cour d'appel si, à raison de son ressort, l'affaire peut être portée devant cette cour, ou faut-il de plus que l'affaire soit sujette à appel? On a soutenu que les droits litigieux n'étaient pas de la compétence de la cour d'appel lorsque, à raison du montant de la créance, le procès n'était pas sujet à appel. Cela paraît fondé en raison, mais cela est contraire au texte. La cour est compétente, même pour les procès qui sont jugés en dernier ressort par le tribunal d'arrondissement. Et il n'est pas exact de dire que les procès qui, d'après leur nature, sont jugés en dernier ressort, ne sont pas susceptibles d'être portés devant la cour d'appel; la question de savoir s'il y a lieu à appel est souvent très-difficile à décider. Devant quelle cour l'appel, fondé ou non, sera-t-il porté? Devant la cour dans le ressort de laquelle se trouve le tribunal qui a connu de l'affaire en première instance; donc c'est cette cour qui est compétente, ce qui est décisif (1).

(1) Aubry et Rau, t. I V, p. 452 et note 3, § 359^a. En sens contraire, Marcadé, t. VI, p. 192, n° 1 de l'article 1597.

Les justices de paix donnent lieu à une difficulté particulière. Quand le juge de paix siège comme juge, on applique l'article 1597, d'après l'interprétation que nous venons de lui donner. Mais il a aussi une mission de conciliation. Il a été décidé que le juge de paix n'avait pu acquérir un droit litigieux sur lequel il y avait eu une tentative de conciliation (1). Cela est douteux; le juge de paix qui siège en conciliation n'est pas juge, on ne peut donc pas lui appliquer une prohibition qui ne concerne que les juges.

58. Qu'est-ce qu'il faut entendre par *droits et actions litigieux*? La question est de savoir si l'on doit appliquer à l'article 1597 la définition que l'article 1700 donne des droits litigieux en ces termes : « La chose est censée litigieuse dès qu'il y a *procès* et contestation sur le fond du droit. » On admet généralement la négative, et avec raison. Dans l'acception ordinaire des termes, un droit est litigieux, non-seulement lorsqu'il fait la matière d'un procès déjà existant, mais encore lorsqu'il paraît susceptible d'être contesté avec quelque fondement. L'article 1700 limite donc le sens vulgaire de l'expression *droit litigieux* (2). Tout prouve que l'article 1596 emploie les mots *droits litigieux* dans le sens vulgaire. D'abord, telle est la tradition. « On appelle créances litigieuses, dit Pothier, celles qui sont contestées ou peuvent l'être en total ou pour partie par celui qu'on en prétend le débiteur, soit que le procès soit déjà commencé, soit qu'il ne le soit pas encore, mais qu'il y ait lieu de l'appréhender » (3). Portalis résume cette définition dans l'Exposé des motifs en disant que la loi défend à certaines personnes de devenir cessionnaires de droits ou actions litigieux qui *sont ou peuvent être portés* devant le tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions. Il est vrai que Faure, dans son rapport au Tribunat, reproduit la définition de l'arti-

(1) Lyon, 10 juillet 1839 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1988). En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 452, note 2, § 359⁴.

(2) C'est la remarque de la cour de Rennes, 14 décembre 1810 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1995).

(3) Pothier, *De la vente*, n° 583.

cle 1700, en l'appliquant à la prohibition de l'article 1597; mais son erreur est évidente, le texte même du code le prouve. En effet, l'article 1597 commence par dire que les personnes qui y sont désignées ne peuvent se rendre cessionnaires des *procès*; voilà le cas prévu par l'article 1700; on suppose qu'il y a déjà contestation engagée; puis la loi ajoute : *droits et actions litigieux*; ces mots ne peuvent plus comprendre les *procès* dont il vient d'être parlé, ils doivent donc signifier les droits qui peuvent être contestés en justice. L'interprétation que nous donnons au texte est aussi en harmonie avec l'esprit de la loi. Le législateur se montre plus sévère dans le cas prévu par l'article 1597 que lorsqu'il s'agit du retrait des créances litigieuses auquel s'applique la définition de l'article 1700. Dans cette dernière hypothèse, il n'y a que des intérêts privés en jeu, tandis que la prohibition de l'article 1597 est fondée sur des motifs d'ordre public. Enfin, il y a une considération de fait qui est décisive; c'est que, dans l'hypothèse de l'article 1597, il n'y a pas lieu de distinguer le procès engagé du droit qui peut donner lieu à un procès; les magistrats, avocats, officiers ministériels peuvent abuser de leur influence avant que le procès soit commencé, aussi bien que pendant l'instance: il faut dire plus, c'est ordinairement avant de porter l'affaire devant les tribunaux que les parties viendront consulter les hommes de loi, c'est donc surtout avant le procès que leur influence est à craindre. La jurisprudence, après quelque hésitation, s'est prononcée en faveur de cette opinion, qui est aussi enseignée par tous les auteurs (1).

59. Reste à savoir quand un droit est litigieux. Il résulte de la définition que Pothier en donne (n° 58) que c'est là une question de fait. Tous les auteurs remarquent qu'il ne suffit pas, pour qu'un droit soit litigieux, que le demandeur en nullité prétende que le droit était susceptible de contestation; c'est au tribunal à apprécier si le droit était

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 1453, note 5 § 359⁴. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VII, p. 44, n° 24 bis I.

susceptible d'une contestation sérieuse (1). La cour de cassation a décidé que la question de savoir si un droit est litigieux est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fait (2).

Il se présente cependant quelques difficultés qui touchent au droit. On suppose qu'un droit est certain, et quant à son existence et quant à sa quotité, mais il y a des difficultés sur la mise à exécution : ce droit sera-t-il litigieux ? La jurisprudence s'est prononcée pour la négative (3). N'est-ce pas s'écarter du sens vulgaire du mot *droit litigieux* et retomber dans la définition de l'article 1700 ? Qu'importe sur quoi porte le procès, dès qu'il y a procès ? Est-ce que les parties savent distinguer les difficultés qui portent sur le fond et celles qui ne concernent que l'exécution ? Dès qu'un procès est à craindre, on doit aussi redouter l'influence de ceux qui sont disposés à abuser de leur science et de leur position au préjudice des plaideurs ignorants.

60. Le pacte connu sous le nom de *quota litis* tombe-t-il sous l'application de l'article 1597 ? On entend par là une convention qui intervient entre le créancier d'un droit litigieux et une personne qui se charge de lui en procurer le paiement, moyennant l'abandon d'une *quotité* du droit, par exemple, le tiers ou la moitié. Ce pacte était défendu dans l'ancienne jurisprudence, aux mêmes personnes qui étaient déclarées incapables d'acheter des droits litigieux (4). On admet généralement qu'il en est de même sous l'empire du code civil. Nous croyons, avec Duvergier, que l'article 1597 est inapplicable. La loi prohibe la *cession* de droits litigieux, c'est-à-dire l'*achat* ; or, le pacte de *quota litis* n'est pas une vente du droit, c'est un mandat salarié, ou un louage d'ouvrage. Ce que l'on a objecté n'a aucune valeur. L'un dit que le mot *cession* est plus large,

(1) Liège, 31 janvier 1844 et 2 décembre 1863 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 173, et 1865, 2, 191).

(2) Rejet, 11 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 242). Voyez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Vente*, nos 2001-2003.

(3) Rejet, 12 août 1812 et 19 juin 1825 (Dalloz, au mot *Vente*, nos 2001, 1^o et 2^o). Bruxelles, 30 janvier 1808 (Dalloz, au mot *Marriage*, n^o 939, 1^o).

(4) Me lin. *Répertoire*, au mot *De quota litis*.

plus compréhensif que le mot *vente* (1), ce qui est une vraie hérésie. L'autre dit que le code, dans le chapitre II, ne parle pas seulement de la vente proprement dite, puisque l'article 1595 défend la dation en paiement ; on peut donc appliquer l'article 1597 à des conventions analogues et qui produisent les mêmes inconvénients (2). Mauvaise raison : la dation en paiement a toujours été assimilée à la vente, tandis que l'on ne peut pas mettre sur la même ligne la cession et un mandat ou un louage d'ouvrage.

Duvergier avoue que le pacte de *quota litis* est mauvais, aussi la discipline du barreau le défend-elle aux avocats de la manière la plus sévère. Le savant jurisconsulte croit qu'on en pourrait demander la nullité par le motif qu'il est contraire à l'ordre public (3). En effet, les considérations invoquées par Portalis pour justifier la prohibition de l'article 1597 s'appliquent à la convention de *quota litis* : qu'importe que ce soit un mandat ? C'est toujours avilir le saint ministère de la justice que de le souiller par les sordides calculs de la cupidité ; et il y aurait à craindre que le magistrat ou l'avocat mandataire n'abusât de son influence pour faire valoir des droits que le créancier n'aurait pas osé porter devant les tribunaux, ou n'abusât de son influence pour s'attribuer la plus grande partie de la créance, sous le prétexte qu'elle est litigieuse.

61. Il ne suffit pas que le droit soit litigieux, quand le cessionnaire l'exerce, pour que la cession soit frappée de nullité, il faut qu'il ait eu ce caractère lors de la cession. C'est au moment de la convention que l'on doit savoir s'il y a une cause qui la vicie ; si, à ce moment, on ne pouvait prévoir aucune contestation, la cession sera valable, les incidents qui surviendront ne la vicieront pas. Il en est de même de la condition concernant la compétence. Un magistrat attaché à un tribunal de première instance achète une créance qui, à raison du ressort, n'était pas de la compétence de ce tribunal ; postérieurement il est nommé conseiller d'une cour d'appel, compétente pour juger la

(1) Dalloz, au mot *Vente*, n^o 2010.

(2) Marcadé, t. VI, p. 195, n^o 11 de l'article 1597.

(3) Duvergier, t. 1^{er}, p. 239, n^o 201.

contestation : la convention, valable dans le principe, ne sera pas nulle par suite d'un fait que l'on ne pouvait pas prévoir lors de la cession. La jurisprudence est en ce sens (1).

62. La loi contient une autre disposition concernant les droits litigieux ; elle donne au débiteur le droit de retrait contre le cessionnaire moyennant le remboursement du prix de la cession (art. 1699). Il y a exception au droit de retrait dans les trois cas prévus par l'article 1701 : 1° lorsque la cession a été faite à un copropriétaire du droit cédé ; 2° lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû ; 3° lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. On demande si ces trois exceptions sont applicables à la prohibition établie par l'article 1597. La question ne mériterait pas d'être posée si elle n'avait été mal résolue, par Grenier, dans le discours qu'il a prononcé comme orateur du Tribunal ; il n'hésite pas à étendre les exceptions de l'article 1701 aux magistrats, avocats ou officiers ministériels cessionnaires de droits litigieux. C'est une erreur. On n'étend pas des dispositions exceptionnelles, quand même il y aurait analogie, et, dans l'espèce, l'analogie fait complètement défaut. Il n'y a rien de commun entre le droit de retrait de l'article 1699 et la prohibition de l'article 1597. Il faut ajouter que l'abus d'influence, à raison duquel la loi a interdit à certaines personnes de se porter cessionnaires de droits litigieux, pourrait se rencontrer même dans les cas prévus par l'article 1701. Enfin, l'intérêt de la justice, l'honorabilité de tous ceux qui concourent à la distribuer, l'emportent sur l'intérêt pécuniaire que les magistrats, avocats ou officiers ministériels pourraient avoir, dans certaines circonstances, à acquérir des droits litigieux. C'est l'opinion générale (2).

63. L'article 1597 sanctionne la prohibition qu'il pro-

(1) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Vente*, nos 1993 et 1994.

(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. IV, p. 454, note 12, § 539^a. Colmet de Santerre, t. VII, p. 46, n° 24 bis V Il faut ajouter Liège, 22 décembre 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 153).

nonce par la peine de nullité. Quel est le caractère de cette nullité ? est-elle absolue ou relative ? qui peut s'en prévaloir ? Il règne une grande incertitude sur ces questions dans la doctrine. Marcadé soutient que la cession est inexistante, parce qu'elle est fondée sur une cause illicite. Cela est douteux (1). La cause est le motif juridique qui porte les parties à contracter ; quand la cause est illicite, la convention ne peut avoir aucun effet, et la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. La cession prohibée par l'article 1597 est-elle fondée sur une cause illicite, dans le sens de l'article 1133 ? Il n'y a rien de plus obscur que la théorie de la cause ; à vrai dire, la cause ne forme pas une condition spéciale requise pour l'existence des conventions, les seules conditions essentielles sont le consentement et l'objet ; nous ne parlons pas de la solennité, puisque la vente est un contrat non solennel ; il faut ajouter le prix en matière de vente. Or, dans la cession prohibée par l'article 1597, il y a un prix, un objet et consentement. On ajoute que la nullité est fondée sur l'incapacité, et l'incapacité n'est pas une cause d'inexistence des contrats. Cela paraît décisif. Toutefois il reste un doute. L'article 1597, pas plus que les articles 1595 et 1596, ne prononce une vraie incapacité ; ils établissent des prohibitions, fondées les unes sur l'intérêt privé, l'autre sur l'intérêt général ; quand une prohibition a pour fondement l'ordre public, ne doit-on pas en induire qu'elle a une cause illicite, en ce sens qu'un droit litigieux ne peut faire l'objet d'un contrat entre le créancier et l'une des personnes énumérées dans l'article 1597 ? Ce serait notre avis.

La question n'est guère que de théorie. Supposons que la cession prohibée ait une existence légale : la loi la déclare nulle. Est-ce une nullité d'ordre public ? ou est-ce une nullité d'intérêt privé ? A notre avis, elle est d'ordre public ; ce qui conduit à la même conséquence que si la

(1) Marcadé, t. VI, p. 195, n° III de l'article 1597. En sens contraire, Aubry et Rau, p. IV, p. 453, note 9, § 539^a.

cession était inexistante, en ce sens que toute personne intéressée peut se prévaloir de la nullité, c'est-à-dire non-seulement le cédant et le débiteur cédé, mais même le cessionnaire. Nous avons transcrit les motifs que les orateurs du gouvernement et du Tribunat donnent de la prohibition établie par l'article 1597; ces motifs sont essentiellement d'intérêt général; il s'agit de mettre la justice à l'abri des vils calculs de la cupidité; il s'agit d'assurer l'honorabilité de la magistrature: n'est-ce pas là le premier de tous les intérêts (1)? Les objections que l'on fait sont insignifiantes. Il ne s'agit, dit-on, que de la simple violation d'un devoir professionnel. Oui, c'est à raison de la fonction ou de la profession qu'exercent les magistrats, les avocats et les officiers ministériels que la loi leur interdit d'acheter des droits litigieux; mais la justice ne se rend pas par elle-même, il lui faut des organes; si ces organes sont souillés, impurs, que deviendra la justice? On insiste, et l'on dit que nous aboutissons à un résultat immoral, en donnant au cessionnaire qui a commis une faute le droit d'invoquer sa faute pour demander la nullité de la cession quand il se trouvera que la cession est une mauvaise spéculation (2). C'est oublier les principes qui régissent les nullités d'ordre public. Ce que la loi veut avant tout, c'est que l'acte qu'elle frappe de nullité dans un intérêt général soit anéanti; pour atteindre ce but, elle fait appel à toutes les parties intéressées, même à celles qui seraient coupables. Celui qui contracte un second mariage avant la dissolution du premier, est admis à en demander la nullité: cependant il est coupable d'un crime! Il y a quelque chose de plus immoral aux yeux du législateur, c'est que l'acte que la loi prohibe soit maintenu et produise des effets juridiques.

L'opinion contraire est généralement admise, mais les auteurs ne s'entendent pas entre eux, ce qui ne témoigne pas en faveur du principe qu'ils suivent. Pour mieux dire, ils ne s'entendent pas sur le principe. La plupart recher-

(1) C'est l'opinion de Duvergier, t. I^{er}, p. 238, n° 200.
 (2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 45, n° 24 bis III.

chent les motifs pour lesquels la loi établit la nullité, dans l'intérêt de l'une ou de l'autre des parties intéressées; l'un trouve que la nullité n'est prononcée que dans le seul intérêt du cédé, et ne peut être proposée que par lui (1); d'autres pensent que la loi a aussi eu égard à la position du cédant qui a subi l'influence abusive du cessionnaire, et, en conséquence, ils lui accordent l'action en nullité (2). Le dernier auteur qui a écrit sur la matière est d'avis que la nullité est fondée sur l'incapacité (3); à ce titre, le cédant doit avoir le droit d'agir, mais on ne voit pas pourquoi le cédé aurait l'action, puisqu'il n'intervient pas au contrat, et cependant c'est de l'intérêt du cédé que s'inquiétaient surtout les anciennes ordonnances; cela ne prouverait-il pas que le principe de l'incapacité n'est pas celui de la loi? Les auteurs ne s'accordent que sur un point, c'est que le cessionnaire n'a point l'action en nullité, puisque c'est contre lui que la prohibition est établie.

64. Quel est l'effet de l'annulation? La cession est considérée comme n'ayant jamais été faite. C'est le principe général; donc le cédant reste créancier et le cédé reste débiteur du cédant, il n'y a que le droit du cessionnaire qui soit anéanti (4).

L'annulation peut donner lieu à un conflit entre le cédé et le cédant. Il se peut que le débiteur ne demande pas la nullité, mais il se prévaut du droit de retrait que l'article 1699 lui accorde quand la créance est litigieuse dans le sens de l'article 1700, c'est-à-dire quand elle fait l'objet d'un procès. Si le débiteur maintient le contrat en exerçant le retrait, le contrat sera-t-il aussi maintenu à l'égard du cédant? Si l'on admet notre opinion sur le caractère de la nullité, la négative est évidente. Que la cession soit inexistante, ou qu'elle soit nulle d'une nullité absolue, peu importe; toujours est-il qu'elle ne saurait produire aucun effet dès que l'une des parties intéressées demande la nullité. Il ne peut pas dépendre du débiteur cédé de

(1) Duranton, t. XVI, p. 174, n° 145.
 (2) Aubry et Rau, t. IV, p. 453 et note 3, § 359^a.
 (3) Colmet de Santerre, t. VII, p. 45, n° 24 bis III.
 (4) Duranton, t. XVI, p. 174, n° 145, et tous les auteurs.

valider un acte qui ne peut produire aucun effet, parce que l'intérêt public s'y oppose. Dans l'opinion contraire, la solution est douteuse. Quand le cédé, qui est le principal intéressé, use du droit que lui donne l'article 1699, il semble que le contrat devrait être maintenu à l'égard du cédant, d'autant plus que celui-ci a un reproche à se faire, c'est d'avoir concouru à un acte que la loi prohibe. Toutefois l'on admet que le cédant peut demander la nullité malgré le cédé (1).

65. L'article 1597 dit que les personnes qu'il énumère ne peuvent se rendre cessionnaires de droits litigieux, à peine de nullité et des dépens, dommages et intérêts. Quant aux dépens, il va de soi que le cessionnaire les supporte, puisqu'il les a occasionnés par sa faute en violant la loi. Mais on ne voit pas, au premier abord, de quel chef il pourrait devoir des dommages-intérêts, l'effet de l'annulation étant de remettre le cédant et le cédé dans la situation où ils étaient avant la cession. Toutefois il se peut que la cession cause un dommage au créancier ou au débiteur. Le cédant est obligé, après l'annulation, d'agir contre le cédé pour se faire rendre les titres qu'il a remis au cessionnaire; le cédé qui a exercé le droit de retrait a dû se procurer les fonds nécessaires, peut-être à des conditions onéreuses; voilà des éléments de dommages-intérêts. La loi a donc bien fait de les réserver (2).

§ III. *Du prix.*

66. Sans prix, dit Pothier, il n'y a point de vente. Dans la théorie du code, le prix est la cause de l'obligation contractée par le vendeur de transférer la propriété de la chose. S'il n'y a pas de prix, le contrat est sans cause quant au vendeur et, par suite, il est inexistant. Il en serait de même si le prix était simulé, car un prix fictif n'est pas un prix. Si l'acte porte que le prix a été payé comptant et s'il est reconnu ou prouvé que cette énoncia-

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 45 n° 24 bis IV.

(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 46, n° 24 bis V.

tion est fictive, la conséquence en sera qu'il n'y aura pas de vente (1). Mais l'acte, nul comme vente, peut valoir comme donation, si telle est l'intention des parties contractantes. Nous avons dit, au titre des *Donations*, que la jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens. Dans notre opinion, l'acte serait nul comme vente et comme donation. Si l'on admet la doctrine que la cour de cassation a consacrée, il faut admettre aussi que l'acte sera valable à titre de libéralité, quand même ce serait un acte sous seing privé, il suffit que l'acte soit valable comme vente; or, la vente est un contrat non solennel (2).

67. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait prix? Le code n'en exige qu'une, c'est que le prix soit déterminé et désigné par les parties. Pothier en ajoute deux autres: le prix doit consister en argent et il doit être sérieux.

N° I. LE PRIX DOIT CONSISTER EN ARGENT.

68. Le code ne dit pas que le prix doit consister en argent. C'est la doctrine traditionnelle. Pourquoi, en l'absence d'une disposition légale, admet-on que le prix doit être stipulé en numéraire? C'est parce que c'est le seul moyen de distinguer la vente de l'échange. Si je vous vends ma maison et que je stipule comme prix la maison qui vous appartient, il sera impossible de distinguer laquelle des deux maisons forme l'objet de la vente et laquelle forme le prix. Vainement dirait-on que les parties l'ont déclaré dans leur contrat, il n'appartient pas aux parties contractantes de transformer une vente en échange, car les deux contrats sont régis par des principes différents. Ainsi la rescision pour cause de lésion n'est pas admise dans l'échange (art. 1706); s'il dépendait des parties de désigner comme prix l'une des choses échangées, elles pourraient, en dénaturant ainsi la convention, la soustraire à la rescision. Il faut donc qu'indépendamment de

(1) Rejet, 14 messidor an XII (Daloz, au mot *Vente*, n° 359).

(2) Douai, 14 juin 1852 (Daloz, 1853, 2, 89). Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 337, § 349.