

voulues par la loi, est nulle *ipso jure*, et il peut faire prononcer cette nullité par les tribunaux, sans prouver aucune lésion.

Il est vrai que M. Merlin soutient (1) que, par le Code Napoléon, ce n'est plus par la voie de nullité, mais par la voie de rescision, que le mineur, devenu majeur, peut réclamer contre les hypothèques consenties sans les formalités requises.

Mais il m'est impossible de souscrire à cette doctrine, que je crois fondée sur un abus de mots.

Tout le monde sait la différence qui existe entre la nullité et la rescision.

« L'action en nullité, dit M. Proudhon, n'exige la preuve d'aucune lésion, parce qu'il est de la nature des choses qu'un acte nul ne produise aucun effet contre l'intérêt de celui pour lequel la nullité est établie par la loi.... Dans l'action en rescision, au contraire, il faut prouver la lésion, à moins qu'on ne soit dans quelque cas où elle soit présumée de droit » (2).

La même distinction est enseignée par M. Toullier (3), qui prouve fort bien qu'il y a nullité *ipso jure*, et non pas lieu à rescision, lorsqu'un mineur procède sans les formalités voulues par la loi.

Cette différence entre l'action en rescision et l'action en nullité est écrite en termes très-clairs dans l'art. 1304 du Code Napoléon, où il est dit que le temps de ces deux actions court contre le mineur, à compter de sa majorité. Elle résulte aussi de l'art. 1311.

Mais, dit M. Merlin, l'art. 1305 porte : « La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions ;

(1) *Loc. cit.*, p. 414.

(2) T. 2, p. 282, Traité des personnes. Consultez, au surplus, mon Commentaire de la Vente, t. 2, n° 685 et suiv. On y trouvera une dissertation approfondie sur les nullités et les rescisions.

(3) T. 6, n° 106, et t. 7, n° 572.

» et en faveur du mineur émancipé, contre toutes sortes de conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation. »

Donc, ajoute-t-il, la vente que le mineur émancipé fait de ses immeubles, sans observer ces formalités, étant au nombre des conventions qui excèdent sa capacité, il s'ensuit que ce mineur émancipé ne pourra revenir contre ce qu'il a fait, que par rescision. Donc, la vente, l'aliénation, l'hypothèque qu'il a consenties sans observer ces formalités, ne sont pas nulles de plein droit. Donc il en est de même à l'égard du mineur non émancipé ; car il ne peut y avoir de différence entre l'un et l'autre.

J'ose croire que M. Merlin est tombé ici dans une erreur évidente.

L'art. 1305, en prononçant le mot de lésion, annonce par là qu'il ne s'occupe pas des voies de nullité à employer contre les contrats des mineurs. Il ne les envisage que sous le rapport du dommage que le mineur a pu en éprouver. Dès lors, il est clair qu'il les suppose valables dans la forme.

Ceci posé, quel a été le but de l'art. 1305 ? Qu'a-t-il voulu dire ? Le voici.

Lorsqu'un contrat est passé par un mineur, quoiqu'il soit valable en la forme, néanmoins le mineur pourra se faire restituer pour simple lésion. A la vérité, le Code n'a pas été aussi loin que l'ancienne jurisprudence, dont les inconvénients faisaient dire à Henrys (1) : « Vainement on aura observé les formalités, avis de parents, rapports d'experts, décrets du magistrat, tout cela n'empêchera pas que le mineur ne puisse rentrer dans son bien, s'il se trouve quelque lésion.... Il n'y a pas d'assurance plus grande que d'acheter l'immeuble du mineur plus cher qu'il ne vaut. » Pour éviter cet abus, le Code n'admet pas la simple lésion dans les aliénations des im-

(1) T. 2, p. 257, et Bretonnier sur Henrys, *loc. cit.*

meubles des mineurs valables en la forme (1) : il ne l'admet pas non plus dans les cas de partage (2), d'acceptation de donation (3) et autres cas expressément exceptés (4). Mais dans toutes les autres circonstances où le législateur n'a pas déclaré que l'accomplissement de telles ou telles formalités faisait assimiler les mineurs aux majeurs, la règle générale est que, quoique l'acte soit valable en la forme, le mineur pourra se faire restituer s'il y a simple lésion (art. 1505 du Code Napoléon, art. 481 du Code de procédure civile), tandis qu'il faut que le majeur prouve une *lésion énorme*. Encore le majeur n'est-il restituable pour lésion énorme que dans le cas de partage (887 du Code Napoléon) et de vente (1671 du Code Napoléon). Dans les autres contrats, même celui d'échange, il n'est pas restituable (1707 du Code Napoléon) (5).

Quant au mineur émancipé, comme il peut faire des actes d'administration, et qu'à cet égard il est assimilé au majeur, il ne sera restituable que dans le cas où un majeur le serait lui-même.

Mais dans tous les autres actes où sa capacité n'a pas plus d'étendue que celle du mineur, quoiqu'il ait passé ces actes avec l'assistance de son curateur et suivant les formalités voulues par la loi, il sera restitué

(1) Art. 1514.

(2) Idem, et art. 466, 840.

(3) Art. 465.

(4) Art. 1509, 1598, 481, 487, 1508.

(5) M. Toullier, t. 7, n° 574. Nous rappellerons ici qu'il existe sur la nullité et la rescision des actes qui concernent les mineurs, des divergences d'opinions dont M. Merlin n'est pas le seul organe. M. Duranton a développé, sur ce point, un système sur lequel il est, jusqu'à ce jour, seul de son avis (Traité des contrats). Je m'écarterais de mon plan si je discutais plus longuement cette question, dont les faces diverses ont été exposées dans la *Thémis*, t. 5, p. 548, et t. 5, p. 150. Il faut consulter aussi mon *Commentaire de la Vente*, t. 1, n° 166.

pour simple lésion de même qu'un mineur non émancipé (1).

Tel est le véritable sens de l'art. 1505. On doit le prendre *secundum subjectam materiam*, et non pas lui donner une application détournée de la pensée du législateur. Au surplus, on voit par plusieurs autres textes du Code Napoléon que l'action en *nullité* est la seule qu'il faille employer contre les obligations des mineurs passées sans les formalités de la loi.

C'est ce que prouve l'art. 2012 du Code Napoléon, qui porte qu'on peut cautionner « l'obligation, encore qu'elle » puisse être *annulée* par une exception personnelle à » l'obligé, par exemple dans le cas de minorité. »

C'est ce que prouve encore, par un argument irrésistible, l'art. 502 du Code Napoléon, portant : « L'inter- » diction ou la nomination d'un conseil aura son effet du » jour du jugement. Tous actes passés postérieurement » par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront » *nuls de droit*. » Il n'est pas possible de mettre une différence entre le mineur et ceux qui sont ou interdits ou sous l'assistance d'un conseil. La loi assimile toujours ces individus les uns aux autres.

L'erreur de M. Merlin me paraît donc établie par ces textes et ces rapprochements décisifs, et je m'étonne que M. Toullier (2) ait cru devoir donner des éloges sans restriction au passage de M. Merlin qui contient cette confusion de choses si clairement distinctes.

Tenons donc pour constant que le défaut d'autorisation vicie l'acte passé en minorité d'une nullité *ipso jure*, de même que dans le droit romain (3).

(1) M. Toullier, t. 7, n° 576. Mais si le mineur émancipé a passé ces actes sans l'assistance de son curateur ou sans les formalités voulues par la loi, ils seront *nuls de droit*. Rennes, 17 novembre 1836 (Sirey, 37, 2, 354).

(2) T. 7, n° 569, note 1.

(3) Cass., 16 janvier 1837 (Sirey, 37, 1, 402. Dalloz, 37, 1, 62). Rennes, 17 novembre 1836 (Sirey, 37, 2, 354).

493. Mais puisqu'il est constant que cette nullité n'est pas absolue, qu'elle n'est que relative, il faudra dire avec la loi romaine que la ratification par le silence gardé pendant dix ans validera l'acte *ab initio*.

Et puisque le silence produit cet effet important, combien, à plus forte raison, ne sera-t-il pas produit par la ratification expresse, émanant de la volonté libre, réfléchie, d'un majeur, que sa bonne foi porte à imprimer le sceau de l'inviolabilité à ses engagements de conscience et d'honneur?

494. Mais, dit-on (1), le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, dépouiller les créanciers qui ont contracté avec lui (dans l'intervalle du premier contrat à la ratification) du droit d'exercer à sa place l'action en nullité qui lui était ouverte. Cette ratification leur porte un véritable préjudice; il est d'ailleurs de principe que la ratification ne peut avoir d'effet au préjudice des tiers.

La réponse me paraît facile à faire.

D'abord, il est trop absurde de dire que le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, priver ses créanciers du droit d'exercer à sa place l'action en nullité; car il résulterait de ce système, qu'un débiteur ne pourrait jamais user de ses droits, sans consulter la masse de ses créanciers; ce qui serait le mettre dans un état d'interdiction véritable, et entraver la liberté des contrats dans un majeur. Que les créanciers puissent exercer les droits de leur débiteur, tant que ces droits subsistent ou sont ouverts, il n'y a à cela nulle difficulté; mais cette faculté leur est interdite lorsque ces droits ont cessé d'exister en la personne de leur débiteur, et par le fait de ce débiteur. Ils sont obligés de respecter ses actes, à moins qu'il n'y ait eu fraude de sa part, auquel cas ils peuvent exercer l'action révocatoire paulienne (2).

(1) C'est l'objection de Basnage, Hyp., ch. 5; de Ferrières, sur Paris, art. 259, glose 2, n° 52; de M. Grenier, t. 1, n° 44; et de tous les partisans de l'opinion de M. Merlin que je combats.

(2) Art. 1167 du Code Napoléon. Q. de Droit, Hypoth., p. 419, col. 2.

495. En second lieu, c'est un principe certain que la ratification produit un effet rétroactif, « retrò currere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit, » dit la loi 16, au D. *De pignorib. et hypothecis* (1).

Il y a, à la vérité, une exception remarquée par tous les auteurs. C'est que la ratification ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers (2).

C'est pourquoi Mornac dit : « *Distinctio tamen, et in scholâ et in foro, perpetua hæc est, ut nimirum si agatur de præjudicio tertii, retrò trahatur numquam ratihabitionem ad illud tempus quo convenit, »* »

496. Mais s'il est vrai que la ratification n'a pas d'effet rétroactif au préjudice des tiers, il ne faut pas croire que ce soit dans tous les cas et sans exception aucune. Cette règle n'est vraie que dans deux circonstances, savoir : 1° lorsque l'acte ratifié est d'une nullité absolue; car, n'ayant eu aucune existence légale avant la ratification, on ne peut créer au préjudice des tiers une fiction qui ferait remonter la validité de cet acte à une époque où ils avaient sujet de le croire nul.

2° Lorsque le contrat qu'on ratifie a été passé à *non domino*, ou par une personne qui n'était pas munie de pouvoirs, comme dans le cas de la loi 16, au D. *De pignorib. et hypoth.*

« *Si nesciente domino, res ejus hypothecæ data sit, deindè postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipso quod ratum habet, voluisse eum retrò currere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. »* On suppose que, par la ratification, les choses sont mises dans les mêmes termes que si celui qui ratifie avait donné originairement un mandat « *ratihabitione mandato æquiparatur.* »

(1) V. aussi l. *Licet*, Dig., *De jud.*, et l. *ult.*, C., *Ad S. C. maced.*

(2) Tiraqueau, *De retract. gent.* glose x, § 1, n° 69. Il cite une foule d'autorités suivant son usage. Maynard, t. 2, liv. 7, c. 33, etc.

(3) Sur la loi 16, Dig., *De pig. et hyp.*

Mais cette rétroactivité ne peut préjudicier aux tiers. En effet, l'hypothèque donnée à *non domino* sur le bien que le véritable propriétaire leur a plus tard engagé, n'était rien pour eux, à l'époque où ils ont traité avec ce dernier, qui n'avait encore rien ratifié. C'est seulement du jour de la ratification que le propriétaire réel est censé avoir créé l'hypothèque, puisque auparavant elle lui était étrangère, et qu'elle émanait d'une personne sans pouvoir. De quel droit le propriétaire pourrait-il donner un effet rétroactif à cette hypothèque au préjudice de droits acquis (1)?

497. Mais, comme Pothier le fait remarquer (2), on ne peut dire la même chose d'un contrat passé par un mineur. Car ce contrat n'est pas nul *absolument*; il n'est nul qu'à l'égard du mineur, tandis qu'il lie d'un lien de droit indissoluble ceux qui y ont pris part et adhéré (3).

Je ne puis m'empêcher de citer encore un autre passage de Pothier, tiré de son *Traité des retraites* (4); on y verra clairement marquée la différence d'effet de la ratification entre les actes nuls d'une nullité relative, et ceux qui sont nuls d'une nullité absolue.

« Lorsque la vente a été faite *par un autre que par le propriétaire*, quoique la tradition soit intervenue, ce n'est que du jour du consentement donné à la vente par ce propriétaire, qu'il y a ouverture au retrait, au profit de la famille de ce propriétaire. Car ce n'est que par ce consentement qu'il est censé vendre, et que l'héritage est mis hors de la famille.

» Lorsqu'un mineur a vendu son héritage propre, et

(1) C'est dans ce sens qu'il faut entendre un arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 1831 (Dall., 31, 1, 228 et 229). Il s'agissait d'une vente de la chose d'autrui qui avait été ratifiée. V. aussi mon *Commentaire de la Vente*, t. 1, p. 257.

(2) Orléans, tit. 20, n° 24.

(3) Ulp., l. 13, § 29, Dig., *De act. emp.*

(4) N° 123 et 124.

» que, devenu majeur, il ratifie, c'est du jour du contrat de vente que le retrait est ouvert. Car la nullité de l'aliénation des héritages des mineurs n'est pas une nullité absolue, mais relative, et en faveur du mineur seulement. L'acte n'est nul que dans le cas auquel le mineur, ou ceux qui succèdent à ses droits, jugeraient à propos de s'en plaindre, et d'avoir recours aux lettres de rescision; l'acte par lequel il ratifie en majorité est un acte par lequel il renonce à s'en plaindre. Mais ce n'est pas par cet acte, c'est par la vente qu'il a faite de son héritage, qu'il l'a mis hors de sa famille, et c'est cette vente qui donne ouverture au retrait et non à la ratification. »

On voit que dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque la vente est faite à *non domino*, et où par conséquent il y a nullité absolue, la ratification ne produit pas d'effet rétroactif au préjudice des tiers qui veulent exercer le retrait. Ils sont admis à le demander dans l'année de la ratification (1).

Au contraire, lorsque la nullité est relative, comme dans le second cas, la ratification produit un effet rétroactif au préjudice des tiers. Ce n'est pas du jour de la ratification que le retrayant doit calculer le délai du retrait, mais du jour de la vente originaires. On ne peut rien trouver de mieux marqué que cette différence, et rien de plus applicable à la question que j'examine.

498. Il est étonnant que M. Grenier, qui a cherché à l'approfondir, n'ait pas saisi cette nuance (2); en effet, on voit que les anciens docteurs, en enseignant la règle fondée sur la raison (3), que la ratification ne produit

(1) C'est aussi ce que prouve Tiraqueau, par la raison qu'en ce cas la ratification ne produit pas d'effet rétroactif, § 1, glose x, n° 66 et suiv.

(2) Elle n'a échappé ni à M. Merlin, Q. de Droit, Hypoth., p. 413, ni à M. Toullier, t. 7, n° 565, p. 666.

(3) Ils avaient aussi voulu l'étayer des lois romaines; car, à cette époque, on voulait tout rattacher à des textes. Mais les lois

pas d'effet rétroactif *au regard des tiers*, ne l'ont jamais appliquée qu'aux actes nuls d'une nullité absolue, ou faits *à non domino*. C'est ainsi que Bartole, qu'on ne cesse de citer, et qui dit que « *actus medius interveniens impedit ratihabitionem retrotrahi*, » ne s'appuie de ce principe que pour décider la question de savoir si la ratification donnée par un propriétaire à une vente *faite sans son autorisation*, produit un effet rétroactif à l'égard des tiers. C'est aussi ce cas que la glose envisage, ainsi que la plupart des auteurs. Tiraqueau, qui développe longuement la règle de non-rétroactivité à l'égard des tiers, et Maynard, ne la considèrent non plus que dans l'hypothèse où la vente ratifiée avait été faite *à non domino*, cas qui est le même que celui dont parle Pothier dans le passage cité tout à l'heure. Il ne faut donc pas étendre au cas d'une nullité relative ce qui n'a été créé que pour les nullités absolues. Car c'est seulement à l'égard de celles-ci que l'on peut dire que la rétroactivité est *une fiction*, et que la fiction ne peut nuire aux tiers (1). Mais à l'égard des nullités relatives, il n'y a pas réellement *fiction*. On ne peut pas dire que l'acte n'existait pas avant la ratification, puisqu'il obligeait déjà l'une des parties par un lien indissoluble.

499. Objectera-t-on l'art. 1338, qui, en parlant de la ratification des actes nuls ou sujets à rescision, dit qu'il ne sera plus possible de les attaquer, *sans préjudice néanmoins des droits des tiers*?

Mais, en réservant les droits des tiers, cet article n'a nullement voulu dire que la ratification ne dût jamais

qu'ils citaient (*Si partem*, § dernier, *Quemad. servit. amitt.*, l. 1, § *Si quis filium* 7, D., *Si tab. tut. nullæ ext.* l. xi, § 1, D., *Qui potior in pig.*) ne paraissent guère faites pour justifier leur sentiment.

(1) Par exemple, la légitimation, qui n'est qu'une fiction, ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Tiraqueau, *De ret. gent.*, § 1, glose x, n° 71. Arrêt de la Cour de cassat. du 11 mars 1811 (Dall., 11, 1, 175).

produire d'effet rétroactif à l'égard des tiers. J'ai dit que, dans le cas de nullité absolue, la ratification ne produisait pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Eh bien! c'est ce droit des tiers que l'art. 1338 a cru devoir réserver, afin, dit M. Toullier (1), qu'on n'abusât pas de l'omission de cette réserve dans un article dont la disposition est générale. Que prouve donc cette objection, qui cependant paraît si décisive à M. Dalloz, puisque nous convenons qu'il y a des cas où les tiers ne peuvent pas être préjudiciés par la ratification?

M. Grenier étaye sa doctrine d'un arrêt de la cour de Nancy, du 1<sup>er</sup> mai 1812 (2). Mais cet arrêt paraît avoir été déterminé par une opinion que M. Merlin avait enseignée dans la première édition de ses Questions de Droit, et qu'il a ensuite abandonnée (3).

500. Tout ce que je viens de dire des mineurs s'applique aux prodigues qui ratifient, lorsqu'ils ont recouvré la plénitude de leurs droits, les hypothèques consenties par eux, à l'époque où ils étaient pourvus d'un curateur, et c'est ce qu'a jugé la cour de Paris par arrêt du 14 prairial an x (4).

501. A l'égard des femmes mariées qui s'obligent sans

(1) T. 7, n° 570, p. 684.

(2) Dalloz. Hyp., p. 192.

(3) Il ne faut pas regarder comme contraire à mon opinion l'arrêt de cassation du 16 janvier 1858, cité n° 492, *in fine*.

Dans l'espèce de cet arrêt, le majeur n'avait ratifié la vente par lui faite pendant la minorité qu'après avoir, depuis sa majorité, consenti à un tiers une seconde vente du même immeuble.

Le vendeur n'ayant plus aucun droit sur l'objet vendu du moment où il en avait transmis régulièrement la propriété à un tiers, ne pouvait, au moyen d'une ratification, attribuer au premier acquéreur un droit qu'il n'avait plus lui-même.

V. encore sur la question, les arrêts de Paris du 25 juillet 1838 (Sirey, 39, 2, 5) et de Douai, 18 mars 1840 (Sirey, 40, 2, 289). *Junge* Paris, 15 décembre 1850 (Sirey, 51, 2, 85), et Cassation, 5 août 1859 (Sirey, 59, 1, 755).

(4) Sirey, 2, 2, 295. Dalloz, Hyp., p. 191, note.

l'autorisation de leurs maris, et qui, étant veuves, ratifient ces obligations, il faut se décider par les mêmes règles que pour les mineurs.

A la vérité, dans l'ancienne jurisprudence française, les contrats passés par la femme sans autorisation étaient censés nuls d'une nullité absolue, et la femme ne pouvait s'obliger *seule ni obliger les autres*. De sorte que la plupart des auteurs tenaient que la ratification donnée par la femme n'avait pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers (1).

Mais comme, d'après les principes du Code Napoléon, la nullité d'un acte passé par une femme mariée, sans autorisation maritale, est purement relative (art. 225 du Code Napoléon), il s'ensuit que l'on ne peut se dispenser d'assimiler les femmes mariées aux mineurs, pour les effets de leurs ratifications (2). M. Grenier professe à tort une opinion contraire (3).

502. J'ai dit ci-dessus que le laps de dix ans, écoulé sans que le mineur se fût pourvu par la voie de nullité contre l'obligation souscrite par lui sans autorisation, purge le vice de cette obligation, qui est censée avoir été valable *ab initio*. On a vu que telle était la décision formelle de la loi 3, au C. *Si minor factus ratam*, et jamais à ma connaissance il n'était venu dans la pensée d'aucun auteur de la contrarier (4).

Mais MM. Battur et Grenier (5) ont eu l'idée de soutenir que l'hypothèque attachée au contrat ainsi purgé et validé, ne doit pas valoir *ab initio*, et qu'elle ne peut commencer à compter que du jour où la prescrip-

(1) Pothier, Orléans, tit. 10, ch. 8; Oblig., n° 50; Retraits, n° 125.

(2) Toullier, t. 7, n° 571. Merlin, Q. de Droit, Hyp., p. 418, col. 2, n° 5.

(3) T. 1, n° 43.

(4) Basnage, Hyp., ch. 3. Arrêt de Rouen, 20 août 1689. Merlin, *loc. cit.* Persil, art. 2126, n° 4.

(5) Battur, t. 1, p. 128. Grenier, t. 1, p. 91, n° 47.

tion de dix ans est terminée; qu'il faut par conséquent lui préférer toutes les hypothèques intermédiaires contractées d'une manière valable.

Je crois qu'il est inutile, après la discussion qui précède, de réfuter cette opinion. On sait d'ailleurs que la prescription accomplie produit toujours un effet rétroactif (1).

## ARTICLE 2127.

L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé, en forme authentique, devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

## SOMMAIRE.

503. L'hypothèque pouvait, chez les Romains, être consentie verbalement. L'écriture n'y était requise que pour la preuve. Mais une hypothèque par acte public l'emportait toujours sur une hypothèque par acte privé.
504. En France, l'hypothèque résultait dans l'ancienne législation de tout acte authentique. Elle était toujours générale de plein droit.
505. Aujourd'hui, l'hypothèque conventionnelle est spéciale. Il faut qu'elle soit expressément stipulée dans un acte notarié.
- 505 bis. *Quid* des actes administratifs publics? Peuvent-ils contenir stipulation d'hypothèque?
506. L'acte sous seing privé ne produit hypothèque que lorsqu'il est reconnu. Il peut être reconnu devant notaire. Le simple dépôt suivi de procès-verbal suffit.
507. Du sort de l'hypothèque contenue dans un acte public, *mais non enregistré*.
508. Les actes qui liquident une créance indéterminée déjà inscrite ne doivent pas être publics.
509. Ainsi le mandataire qui a pris inscription sur les biens du
- (5) V. mon Commentaire de la *Prescription*, t. 1 et 2, n° 489 et 826.