



Mohamed Barry

La théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil

BARRY Mohamed. *La théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil*, sous la direction de David Deroussin. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2013.
Disponible sur : www.theses.fr/2013LYO30048



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



Thèse de doctorat en histoire du droit des institutions et des faits sociaux

BARRY MOHAMED

LA THEORIE DES NULLITES DANS LA DOCTRINE APRES LE CODE CIVIL

Présentée et soutenue publiquement à Lyon le 30 septembre 2013 à 10 heures 30

Sous la direction de Monsieur DEROUSSIN. David

Professeur à l'université Jean Moulin, Lyon 3

Membres du jury : **Monsieur J.-M. Augustin**, Professeur émérite de l'Université de Poitiers ; **Monsieur L. –A. Barrière**, Professeur à l'Université Jean Moulin, Lyon 3, Doyen honoraire à la faculté de droit ; **Monsieur D. Deroussin**, Professeur à l'Université Jean Moulin, Lyon 3, directeur de thèse ; **Monsieur A. Mages**, Professeur à l'Université de Bourgogne

AVERTISSEMENT

L'université Jean Moulin, Lyon 3 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Tous mes remerciements sont adressés au Pr. D. Deroussin, au Pr. L. A. Barrière et au Pr. F. Zenati.

LISTE DES ABREVIATIONS

<i>Adde.</i>	Ajouter
AN.	Archives nationales
Anc.	Ancien
As plen.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Arch. Phil. Dr.	Archives philosophiques du droit
BGB.	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C. J.	Code de Justinien
Cass civ 1ère, 2ème, 3ème.	La Cour de cassation et ses trois chambres civiles
Cass, com, soc.	Les chambres commerciale et sociale de la Cour de cassation
C cs.	Code civil suisse
C. civ (nouv ou anc).	Code civil (nouvelle ou ancienne version)
C. com (nouv ou anc).	Code de commerce (nouvelle ou ancienne version)
C. consomm.	Code de la consommation
C. O.	Code des obligations suisse
C. pén.	Code pénal
C. pr. Pén.	Code de procédure pénale
C. séc. Soc.	Code de la sécurité sociale
C. trav (nouv ou anc).	Code du travail (nouvelle ou ancienne version)
<i>Cf.</i>	Confronter, voir
CIC.	<i>Culpa in contrahendo</i>
CIG.	Code général des impôts
CJUE.	Cour de justice de l'union européenne (ancienne CJCE)
<i>Comp.</i>	comparer
<i>Conf.</i>	Solution conforme
<i>Contra.</i>	Solution contraire
<i>Contra.</i>	Solution contraire
CPC.	Code de procédure civile
D.	Dalloz
D.	Digeste

Doc.	Document
<i>Ibid, Idem.</i>	Au même endroit
<i>In .</i>	Dans
<i>Infra.</i>	Ci-dessous
<i>Inst.</i>	Institutes
<i>Loc. cit.</i>	Passage d'un Ouvrage ou d'un article déjà cité
McGill Law Journal.	Revue canadienne de droit McGill
N°.	Numéro
Nouv Rev. hist deFrançais.	Nouvelle revue historique de droit français
<i>Op. cit.</i>	Ouvrage ou article déjà cité,
<i>Rappr.</i>	Rapprocher
RDC.	Revue des contrats
Reimp.	Livre réimprimé à l'identique
Rep Civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rep Com.	Répertoire Dalloz de droit commercial
Rep Trav.	Dalloz de droit du travail
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev hist de dr.Français et étranger.	Revue historique de droit français et étranger
Rev. dr. fam.	Revue du droit de la famille
Rev. Hist. fac. droit	Revue d'histoire des facultés de droit et de la science politique
Rev. Sc. Crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
Rev. Sociétés.	Revue des sociétés
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
S.	Suivants
Supra.	Ci-dessus
T.	Tome
Th. doc.	Thèse de doctorat

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT	2

REMERCIEMENTS	3

INTRODUCTION	17

Section 1 : Délimitation des recherches	20

Sous-section 1. La délimitation notionnelle des recherches sur les nullités	21

§ 1. Le choix d'une conception plurale des nullités du fait de l'absence d'une définition légale.....	21

§ 2. Le choix d'une conception souple de la théorie.....	24

Sous-section 2. La délimitation spatiale des recherches menées sur les nullités	25

Sous-section 3. La délimitation temporelle des recherches	28

§ 1. Aperçu des nullités dans le droit romain.....	28

A. La présentation des différentes nullités romaines	28

I. Les nullités dans l'ancien droit romain	29

II. Les nullités dans la période classique.....	30

1. Les actions résultant de la <i>iurisdictio</i>	31

2. Les actions résultant de l' <i>imperium</i>	33

III. Les nullités au Bas-Empire	35

B. La tentative de systématisation de ces nullités par la doctrine des XIX ^{ème} et XX ^{ème} siècles	36

I. La présentation faite par la doctrine des nullités romaines	36

II. Les critiques de cette présentation.....	38

§ 2. Aperçu des nullités au Moyen-âge	43

§ 3. Aperçu des nullités dans l'ancien droit	49

A. La diversité des sources des nullités dans l'ancien droit.....	49

B. Les difficultés de la doctrine dans la systématisation de ces diverses nullités pendant l'ancien droit.....	50

I. L'utilisation du critère de distinction des nullités lié à l'origine des règles violées dans la doctrine de l'ancien droit	50

II. Le rejet du critère de distinction des nullités lié à l'origine des règles violées dans la doctrine de l'ancien droit	52

1. La construction d'une théorie des nullités fondée sur le but de la règle violée	52

2. La construction d'une théorie des nullités fondée sur l'état de l'acte.....	55

§ 4. Etude approfondie des nullités dans le Code civil	59

A. De la lucidité des débats... ..	60

B. ...à l'anachronisme des textes	61

Section 2 : Intérêts des recherches menées sur les nullités	64

Sous-section 1. Questionnements soulevés par la théorie des nullités dans la doctrine après le code civil	64
§ 1. Interrogation sur la doctrine et la théorie des nullités	64
§ 2. Interrogation sur la théorie des nullités et la doctrine	68
Sous-section 2. Tentatives de réponse à ces questionnements	75
§ 1. Présentation des hypothèses de ce travail	75
§ 2. Justification du plan choisi dans ce travail	77

PREMIERE PARTIE

LA THEORIE GENERALE DES NULLITES : UNE ENTREPRISE IMPOSSIBLE POUR LA DOCTRINE APRES LE CODE CIVIL 78

TITRE I

Une impossibilité d'une théorie générale des nullités due aux limites des distinctions des nullités 80

Chapitre 1 : Une impossibilité d'une théorie générale des nullités due au choix du critère de distinction des nullités lié à l'état de l'acte 81

Section 1 : La nullité comme une pathologie : une idée issue de la théorie classique 82

Sous-section 1. L'utilisation du critère lié à l'état pathologique de l'acte dans la classification des nullités..... 82

§ 1. L'inexistence dans la théorie classique 82

A. Les divergences doctrinales sur les éléments en l'absence desquels le contrat est privé de naissance 83

I. Les divergences doctrinales sur le contenu de l'article 1108 C. civ. 83

II. Les divergences quant aux sanctions des conditions posées dans l'article 1108 C. civ. 86

B. Les divergences doctrinales sur la terminologie désignant l'inexistence 89

I. La genèse du concept d'inexistence..... 89

II. L'affirmation progressive du terme « inexistence » 91

§ 2. L'annulabilité dans la théorie classique 93

A. Les divergences doctrinales quant aux éléments rendant le contrat annulable 93

B. Les divergences doctrinales quant à terminologie relative à l'annulabilité..... 94

I. De la rescision au sens large... 95

II ...à l'annulabilité 97

Sous-section 2. La justification du critère lié à de l'état de l'acte dans la théorie des nullités 98

§ 1. Les raisons pratiques de l'utilisation du critère tiré de l'état de l'acte : la volonté d'échapper au principe « pas de nullité sans texte » 99

A. Le principe « pas de nullité sans texte » : un obstacle à l'action en nullité 99

I. La naissance du principe « pas de nullité sans texte » 99

II. Les conséquences du principe 101

B. L'état de l'acte : un remède au principe « pas de nullité sans texte » 102

§ 2. Les raisons théoriques de l'utilisation de l'état de l'acte : la théorie de l'acte juridique 103

A. La présentation de la théorie de l'acte juridique en droit français 104

B. La rencontre entre la théorie de l'état de l'acte et la théorie de l'acte juridique 105

I. Les limites de la volonté dans la distinction entre le fait juridique et l'acte juridique	106
II. L'intervention de la théorie de l'état de l'acte dans la théorie de l'acte juridique pour combler les limites de la volonté dans la distinction entre le fait juridique et l'acte juridique	107
Conclusion de la section.....	110
Section 1 : La nullité comme une pathologie : une idée classique à critiquer	110
Sous-section 1. L'état de l'acte : un critère incohérent dans la distinction des nullités	111
§ 1. Les insuffisances logiques du critère lié à l'état de l'acte	111
A. Les incohérences du critère lié à l'état de l'acte	111
I. L'acte n'est pas un organisme.....	111
II. Tous les éléments de l'acte ne sont pas positifs	113
B. La relativisation de cette critique.....	114
§ 2. Les insuffisances des distinctions résultant du critère lié à l'état de l'acte et le rejet de l'inexistence.....	116
A. La critique de l'absence de consentement comme cause d'inexistence	116
B. La critique de l'absence d'objet comme cause d'inexistence.....	119
C. La critique de l'utilisation de l'absence des formes comme cause d'inexistence	120
Sous-section 2. L'état de l'acte : un critère incapable d'expliquer la classification de toutes les nullités dans la théorie classique	121
§ 1. L'admission de la nullité absolue par les auteurs classiques et l'assouplissement de la théorie de l'état de l'acte	122
§ 2. Le rejet de la nullité absolue par les auteurs classiques et la rigidification de la théorie de l'état de l'acte	124
A. Le confinement de la nullité absolue au simple domaine du mariage par certains classiques	124
B. La suppression totale de la nullité absolue de la théorie des nullités par certains classiques.....	125
I. Les raisons du rejet de la nullité absolue dans la doctrine classique : la suppression de la différence entre les éléments de fait et les éléments de droit	125
II. Le rejet de la nullité absolue : l'hégémonie de l'inexistence	126
III. Les conséquences du rejet de la nullité absolue: la rigidification de la théorie classique autour de l'état de l'acte	128
Conclusion de la section.....	130
Conclusion du chapitre.....	130
Chapitre 2 : Une impossibilité d'une théorie générale des nullités due au choix du critère lié au but de la règle violée	132
Section 1 : Les limites de l'intérêt protégé comme critère de distinction des nullités...	133
Sous-section 1. L'intérêt protégé: un remède aux limites de l'état de l'acte dans la distinction des nullités	133
§ 1. Le rejet de l'état de l'acte au profit du droit de critique et de l'intérêt protégé	133
§ 2. Les implications de l'utilisation de l'intérêt protégé dans la distinction des nullités	135
A. La présentation anarchique des nullités chez Japiot.....	135

B. La critique de la présentation anarchique des nullités par les autres auteurs du XX ^{ème} siècle.....	137
Sous-section 2. Les insuffisances de la distinction des nullités dans la théorie moderne	138
§ 1. L'intérêt protégé : un critère imprécis.....	138
A. L'assimilation de l'ordre public à l'intérêt général : un facteur de précision du critère lié à l'intérêt protégé	138
I. Le rapport entre l'intérêt général et les lois d'ordre public à Rome	139
II. L'assimilation de l'intérêt général à l'ordre public dans l'ancien droit	140
III. L'assimilation de l'intérêt général à l'ordre public après le code civil	141
B. Le divorce entre l'ordre public et l'intérêt général : un facteur d'imprécision du critère lié à l'intérêt protégé	142
I. La cause du divorce entre l'ordre public et l'intérêt général : l'affaiblissement de la théorie de l'autonomie de la volonté	142
1. La théorie de l'autonomie de la volonté et le triomphe de la liberté contractuelle	142
2. Le déclin de l'autonomie de la volonté et le triomphe de l'ordre public chez Gounot.....	144
II. Les effets du divorce entre l'ordre public et l'intérêt général: l'imprécision du critère de distinction des nullités dans la théorie moderne.....	146
1. Un divorce ayant rendu nécessaire la distinction entre l'ordre public de direction et de protection.....	147
2. Une distinction entre l'ordre public de protection et de direction ayant rendu le critère de l'intérêt protégé imprécis	148
§ 2. L'intérêt protégé : un critère insuffisant du fait des insuffisances du droit de critique.....	154
A. La nécessaire prise en compte de l'état de l'acte dans la distinction des nullités chez les modernes du fait des insuffisances du droit de critique	155
I. Une nécessité de prendre en compte l'état de l'acte s'exprimant dans l'étude des nullités dans des litiges internes.....	155
II. Une nécessité de prendre en compte l'état de l'acte s'exprimant dans l'étude des nullités dans des litiges internationaux	156
1. Une nécessité due aux limites du droit de critique dans le droit international privé	156
2. La théorie de G. de la Pradelle	160
B. La prise en compte de l'état de l'acte dans la théorie moderne comme remède aux insuffisances du droit de critique.....	162
I. Le retour indirect de l'état de l'acte dans la doctrine moderne du fait de la prise en compte de l'évidence du vice de l'acte.....	162
1. L'apparence : un critère rattachable à l'état de l'acte	162
2. L'apparence : un critère repris dans la théorie moderne	163
II. Le retour direct de l'état de l'acte dans la doctrine moderne par la prise en compte de la gravité du vice de l'acte dans la distinction des nullités.....	165
1. Le maintien du critère tiré de l'état de l'acte dans la théorie moderne ..	166
2. La place de l'état de l'acte dans la théorie moderne	169
Conclusion de la section.....	170
Section 2 : Les limites de l'équité comme critère de distinction des nullités	171
Sous-section 2. L'équité : un remède aux insuffisances du droit de critique	171
§ 1. La critique de la théorie moderne par M. Cumyn	172

§ 2. La théorie proposée par M. Cumyn.....	173
A. Le critère proposé par M. Cumyn	173
B. La distinction des nullités proposée par M. Cumyn	173
I. Les nullités de droit.....	174
1. L'inexistence	174
2. La nullité absolue ou nullité <i>ab initio</i>	175
II. Les nullités équitables	175
Sous-section 2. L'équité : un remède insuffisant pour corriger le droit de critique..	176
§ 1. La critique du critère de distinction des nullités proposé par la théorie fondée sur l'équité.....	176
§ 2. La critique des distinctions des nullités proposées par la théorie fondée sur l'équité.....	179
A. Les critiques des incohérences des nullités de droit.....	179
I. La critique de l'inexistence chez M. Cumyn	180
II. La critique de la nullité absolue.....	181
B. La critique des nullités équitables du fait de leur confusion avec la responsabilité.....	181
I. Une confusion critiquée par C. Guelfucci-Thibierge.....	182
II. La pertinence de ces critiques.....	183
1. Les arguments tirés du droit des personnes protégées	183
2. Les arguments tirés des nullités résultant de l'atteinte à l'ordre public de protection.....	184
Conclusion de la section.....	185
Conclusion du chapitre.....	186
Conclusion du titre	187

TITRE II

L'impossibilité d'une théorie générale des nullités se manifestant dans les conséquences de la distinction des nullités 189

Chapitre 1 : L'impossibilité d'une théorie générale des nullités se manifestant dans les conditions de l'action en nullité 190

Section 1 : L'impossibilité d'une théorie générale des nullités et l'existence de l'action en nullité..... 192

Sous-section 1. Les difficultés rencontrées par la doctrine dans la précision des conditions de naissance de l'action en nullité au début de l'existence de cette action 192

§ 1. L'annulabilité : une condition nécessaire à la naissance de l'action en nullité dans les différentes théories 192

A . L'annulabilité comme condition nécessaire à la naissance de l'action en nullité chez les auteurs classiques 193

I. La justification de la naissance de l'action en nullité par la nécessité de créer un moyen pour réaliser une condition en cas d'annulabilité 193

1. La justification de l'action en nullité par la nécessité de réaliser une condition..... 193

2. L'action en nullité n'est pas une réalisation d'une condition..... 194

II. La justification de la naissance de l'action en nullité par la nécessité de créer un moyen pour rompre le contrat vicié en cas d'annulabilité 196

B. L'annulabilité comme condition d'existence de l'action en nullité chez les auteurs modernes.....	197
I. La justification de la naissance de l'action en nullité par la nécessité de donner aux parties un moyen pour critiquer le contrat vicié.....	197
II. La justification de la naissance de l'action en nullité par la nécessité de donner aux parties un moyen pour détruire l'apparence créée par le contrat vicié	200
§ 1. L'inexistence : un obstacle à la naissance de l'action en nullité dans les différentes théories	203
A. La distinction entre l'action en nullité et l'action en restitution.....	203
I. La nécessaire distinction entre l'action en nullité et l'action en restitution	203
II. Les conséquences de la distinction entre l'action en restitution et l'action en nullité sur le caractère de l'action en restitution	204
1. Le rejet systématique du caractère réel de l'action en restitution chez C. Guelfucci-Thibierge	204
2. La nécessaire prise en compte du caractère réel de l'action en restitution après sa distinction avec l'action en nullité.....	206
B. Le remplacement de l'action en nullité par l'action en restitution	209
I. L'absorption de l'action en nullité par l'action en restitution dans les deux théories	209
1. L'absorption de l'action en nullité par l'action en restitution dans la théorie classique en cas d'inexistence	210
2. L'absorption de l'action en nullité par l'action en restitution se rencontrant chez Japiot dans toutes les nullités.....	216
II. L'absence de fondement général à cette absorption de l'action en nullité par l'action en restitution dans le droit positif.....	221
1. Une absorption de l'action en nullité par l'action en restitution justifiée par l'histoire du droit.....	221
2. Une absorption de l'action en nullité par l'action en restitution contredite par le droit positif	222
Sous-section 2. Les difficultés rencontrées par la doctrine dans la détermination des titulaires de l'action en nullité au cours de son existence	234
§ 1. Les divergences doctrinales sur les titulaires actifs de l'action en nullité	234
A. La désignation des titulaires de l'action en nullité selon l'état de l'acte.....	234
I. La désignation des titulaires de l'action en nullité selon la gravité du vice	234
1. De l'inexistence large.	235
2. ... à l'annulabilité restreinte	236
II. Les limites de la désignation des titulaires de l'action en nullité en fonction de l'état de l'acte	237
B. La désignation des titulaires de l'action en nullité selon le but de la règle violée	238
I. Le but de la règle violée : Un critère de désignation des titulaires de l'action en nullité.....	239
1. L'incertitude du droit positif	239
2. Les tentatives de systématisation	244
II. Le but de la règle violée : un critère critiquable dans la désignation des titulaires de l'action en nullité.....	247
1. Les critiques de M. Cumyn contre l'intérêt protégé dans la désignation des titulaires de l'action en nullité.....	247

2. Les limites de la généralisation du critère lié à l'intérêt protégé dans la désignation des titulaires de l'action en nullité	252
§ 2. La prise en compte tardive des titulaires passifs de l'action en nullité	253
A . Les critères de limitation des titulaires passifs de l'action en nullité	254
I. La limitation des titulaires passifs de l'action en nullité par l'apparence..	254
1. La limitation résultant de l'apparence des personnes.....	255
2. La limitation résultant de l'apparence des actes.....	256
II. La limitation des titulaires passifs de l'action en nullité du fait de la responsabilité de la victime du vice	257
B. La critique de la généralisation de la limitation des titulaires passifs de l'action en nullité.....	258
I. La critique de la généralisation de l'apparence comme limite à l'action en nullité.....	258
II. La critique de la généralisation de la responsabilité comme limite à l'action en nullité.....	260
1. La relativisation des critiques de C. Guelfucci-Thibierge contre la responsabilité comme limite à l'action en nullité.....	260
2. La mise en évidence des limites de la responsabilité comme limite à l'action en nullité.....	262
Conclusion de la section.....	263
Section 2 : L'impossibilité d'une théorie générale des nullités et la disparition de l'action en nullité.....	264
Sous-section 1. La disparition de l'action en nullité par la confirmation	265
§ 1. Les divergences doctrinales sur la nature de l'acte pouvant être confirmé.....	267
A. La nécessité d'un acte existant comme condition de la confirmation dans la théorie classique	267
I. L'impossibilité de confirmer les actes inexistants : un postulat des auteurs classiques.....	267
1. Les manifestations de l'impossibilité de confirmer les actes inexistants.....	267
2. Les raisons de l'impossibilité de confirmer les actes inexistants.....	269
II. La possibilité de confirmer certains actes inexistants : une mise en cause des auteurs classiques	273
1. La confirmation des actes inexistants pour vice de forme	273
2. La confirmation du contrat inexistant pour absence de consentement..	276
B. La nécessité d'un acte ne violant pas une règle d'intérêt général comme condition de la confirmation dans la théorie moderne	279
I. L'impossibilité de confirmer la nullité absolue	279
1. L'affirmation de l'impossibilité de confirmer les actes nuls de nullité absolue.....	279
2. Les raisons de l'impossibilité de confirmer les nullités absolues	280
3. L'absence de règles générales posant l'impossibilité de confirmer les nullités absolues	285
§ 1. Les divergences doctrinales sur le régime de l'acte de confirmation.....	286
A. Les divergences sur les conditions de l'acte de confirmation	286
I. La confirmation comme une réparation du vice	287
II. La confirmation comme une renonciation.....	289
B. Les divergences doctrinales sur les conséquences de l'acte de confirmation	293
I. Les conséquences de la confirmation et les personnes	293
II. Les conséquences de la confirmation dans le temps	294

Sous-section 2. La disparition de l'action en nullité par la prescription	295
§ 1. La délimitation du champ de l'article 1304 chez les auteurs après le Code civil	298
A. La délimitation de l'article 1304 dans la théorie classique	299
I. L'exclusion des actes inexistants du champ de l'article 1304 C. civ.	299
1. Les manifestations de cette exclusion	299
2. Les raisons de l'exclusion des actes inexistants du champ de l'article 1304	301
II. Les limites de l'exclusion des actes inexistants du champ de l'article 1304 C. civ.	304
B. La délimitation de l'article 1304 C. civ. dans la théorie moderne.....	306
I. Les ambiguïtés de Japiot sur le champ de l'art 1304 C. civ.	307
1. L'incompatibilité de la théorie de Japiot avec l'article 1304 C. civ.	307
2. Les tentatives infructueuses de Japiot pour intégrer l'article 1304.....	308
II. L'exclusion de la nullité absolue du champ de l'article 1304 C. civ. par les autres modernes.....	309
1. L'ignorance de la nullité absolue par l'article 1304 C. civ.	309
2. La prise en compte de la nullité absolue par l'article 1304 C. civ.	311
§ 2. La recherche du fondement de l'article 1304 C. civ.	313
A. La recherche du fondement de l'article 1304 C. civ. dans une confirmation tacite	313
I. Les manifestations du rattachement de l'article 1304 C. civ. à une confirmation tacite.....	313
II. Les limites du rattachement de l'article 1304 C. civ. à une confirmation tacite	316
1. La relativité des critiques de Japiot sur le rattachement de l'article 1304 C. civ. à une confirmation tacite	316
2. La pertinence des critiques du rattachement de l'article 1304 C. civ. à une confirmation tacite tirées de la survie de l'exception de nullité.....	317
B. Le rattachement de l'article 1304 C. civ. à l'intérêt général	322
Conclusion de la section.....	324
Conclusion du chapitre.....	326
Chapitre 2 : L'impossibilité d'une théorie générale des nullités se manifestant dans les conséquences de l'action en nullité	327
Section 1 : L'impossibilité d'une théorie générale des nullités se manifestant dans la nature de la décision.....	328
Sous-section 1. La nature de la décision de nullité déterminée par son contenu	328
§ 1. La distinction des décisions de nullité selon leur contenu déclaratif ou constitutif.....	328
§ 2. Les manifestations de cette distinction des décisions fondée sur leur contenu dans la théorie des nullités	330
A. La prise en compte de la distinction des décisions selon le type de nullité chez les auteurs classiques.....	330
B. Le rejet de la distinction des décisions selon le type de nullité chez certains auteurs	331
I. La relativisation de la distinction des décisions selon le type de nullité	331
II. Le choix exclusif d'un type de décision pour tous les types de nullités....	332
Sous-section 2. La nature déclarative de la décision de nullité justifiée par son incidence.....	334

§ 1. L'explication de la nature déclarative de la décision de nullité par son incidence sur certains droits	335
A. La nature déclarative de la décision de nullité et son incidence sur les tiers : l'opposabilité de cette décision aux tiers.....	335
I. L'opposabilité des décisions de nullité aux tiers	335
II. Les raisons de cette opposabilité	337
B. La nature déclarative de la décision de nullité et son incidence sur les droits des parties : l'absence d'une seconde mutation en cas de nullité d'une vente... ..	338
§ 2. La relativisation du rattachement de la décision de nullité aux jugements déclaratifs par le transfert des risques	339
Conclusion de la section.....	340
Section 2 : L'impossibilité d'une théorie générale des nullités se manifestant dans les effets de la décision de nullité	341
Sous-section 1. Les limites de la doctrine sur l'étendue de la nullité sur l'acte.....	341
§ 1. La nullité totale de l'acte	341
§ 2. Les nullités partielles de l'acte	342
A. Les théories des nullités partielles	343
I. Les diverses manifestations des nullités partielles.....	343
1. La manifestation polémique des nullités partielles dans la <i>culpa in contrahendo</i> chez Jhéring.....	343
2. Les manifestations classiques des nullités partielles.....	347
II. La systématisation de ces nullités partielles par la doctrine	348
1. Les nullités partielles chez Lutzesco	348
2. Les nullités partielles chez Ph. Simler	350
3. Les nullités partielles chez C. Guelfucci-Thibierge	351
4. Le réputé non écrit et les nullités partielles chez S. Gaudemet.....	353
B. Les limites des théories des nullités partielles	355
Sous-section 2. Les limites de la doctrine sur l'étendue de la nullité dans le temps..	357
§ 1. La rétroactivité systématique des nullités chez les classiques	357
A. L'affirmation de la rétroactivité systématique de la nullité	358
B. La critique de cette rétroactivité systématique	359
§ 2. La limitation de la rétroactivité des nullités fondée sur le but de la règle violée chez les modernes.....	362
A. L'affirmation de la limitation des effets de la nullité	363
I. Le maintien de l'effet passé de l'acte nul	363
II. L'assimilation du maintien de l'effet passé de l'acte nul à la nullité partielle	364
B. La justification de la limitation des effets rétroactifs de la nullité	365
I. La limitation de la rétroactivité des nullités et l'effectivité de la sanction .	366
1. La limitation de la rétroactivité des nullités et l'efficacité de la sanction	367
2. La limitation des effets de la nullité comme solution pour l'effectivité de la loi.....	368
II. La réalisation du but de la loi et l'efficacité de la sanction	369
1. La contrariété du but de la règle violée par la rétroactivité systématique des nullités.....	370
2. La limitation des effets de la nullité comme solution pour l'efficacité de la sanction.....	371

B. Les limites de la justification de la limitation des effets de la nullité par le but de la règle violée	372
Conclusion de la section.....	374
Conclusion du chapitre.....	374
Conclusion du titre	376
Conclusion de la partie.....	377

DEUXIEME PARTIE

LES THEORIES DIVERSES DES NULLITES : UN REMEDE ENVISAGE PAR LA DOCTRINE APRES LE CODE CIVIL..... 379

TITRE I

Le rejet de la diversité s'exprimant par la casuistique dans la théorie des nullités 380

Chapitre 1 : Les raisons de l'utilisation de la casuistique: les excès des méthodes des écoles d'interprétation du Code civil dans la construction des théories générales des nullités 383

Section 1 : Le lien organique relatif entre les doctrines sur les nullités et les écoles d'interprétation du Code civil lors de la construction de la théorie générale des nullités 384

Sous-section 1. Le rattachement des auteurs de la théorie classique des nullités à l'école de l'exégèse 384

§ 1. La manifestation du rattachement implicite des auteurs de la théorie classique des nullités à l'école de l'exégèse 384

§ 2. La mise en cause du rattachement des auteurs de la théorie classique des nullités à l'école de l'exégèse..... 386

Sous-section 2. Le rattachement des auteurs de la théorie moderne des nullités à l'école de la libre recherche 387

§ 1. La manifestation du rattachement à la libre recherche chez certains auteurs modernes: les exemples de Drogoul et de Loyer 387

§ 2. La mise en cause du rattachement des modernes à la libre recherche : l'exemple de Japiot..... 388

Conclusion de la section..... 389

Section 2 : L'influence méthodologique néfaste des écoles d'interprétation du Code civil sur la construction des théories générales des nullités 390

Sous-section 1. L'influence réelle des constructions des écoles d'interprétation du Code civil sur l'émergence de la théorie générale des nullités 393

§ 1. Les constructions juridiques au XIX^{ème} siècle et la naissance de la théorie générale des nullités 393

A. Les constructions juridiques issues de la méthode exégétique..... 394

I. L'étude du Code civil selon l'ordre des ses articles 394

II. L'émergence des théories générales 395

B. L'influence de l'émergence de la théorie générale chez les auteurs du XIX^{ème} siècle sur la naissance de la théorie générale des nullités 396

I. Aubry et Rau à l'origine de la théorie générale des nullités 396

1. La naissance de la théorie générale des nullités avec Aubry et Rau	396
2. La relativisation de la paternité de la théorie générale des nullités du fait de l'antériorité de Delvincourt	397
II. La naissance de la théorie générale des nullités chez les autres auteurs du XIX ^{ème} siècle	399
§ 2. Les constructions juridiques au XX ^{ème} siècle et la renaissance de la théorie générale des nullités	399
A. Les réactions contre les constructions juridiques du XIX ^{ème} siècle	400
I. Le rejet des théories abstraites par la libre recherche	400
II. Les excès de la libre recherche et l'abandon de toute théorie générale.....	401
III. Le retour en arrière de Géný du fait des critiques de Japiot et l'admission des théories générales.....	402
1. La promotion de la science et technique chez Japiot	403
2. Le recours à la science et technique chez Géný	404
B. L'influence de la réforme des méthodes de l'école scientifique sur la réémergence de la théorie générale des nullités au XX ^{ème} siècle.....	406
I. La relativisation des critiques contre les constructions de la doctrine classique des nullités	406
II. La restauration de la théorie générale des nullités au XX ^{ème} siècle.....	407
1. La restauration de la théorie générale des nullités dans la doctrine moderne chez les auteurs influencés par Géný	408
2. La restauration de la théorie générale des nullités dans les manuels contemporains	411
Sous-section 2. L'influence néfaste des sources utilisées par les écoles d'interprétation du Code civil sur la construction de la théorie générale des nullités	412
§ 1. L'utilisation des sources non étatiques dans la construction de la théorie générale des nullités	412
A. L'utilisation de la raison dans la construction de la théorie générale des nullités	413
I. L'utilisation de la raison dans la distinction des nullités	414
1. L'utilisation des lois physiques dans construction de la théorie des nullités	415
2. L'utilisation des lois biologiques dans construction de la théorie générale des nullités.....	418
II. Les limites de la raison dans la construction de la théorie générale des nullités	422
1. Les limites du critère de distinction des nullités tiré de la raison	422
2. Les limites de la distinction des nullités tirée de la raison	424
B. L'utilisation de l'histoire dans la construction de la théorie générale des nullités	425
I. L'utilisation de l'histoire dans la distinction des nullités	427
1. L'histoire et la justification de l'utilisation du critère lié à l'état de l'acte	427
2. L'histoire et le critère lié au but de la règle violée.....	430
II. Les limites de l'utilisation de l'histoire dans la construction de la théorie générale des nullités	431
1. La critique de la négation de la rupture avec le passé.....	432
2. La critique de la dénaturation du passé	434
C. L'utilisation de la sociologie dans la construction de la théorie générale des nullités	452

I. L'utilisation des faits dans la construction de la théorie des nullités.....	454
1. La recherche du critère de distinction des nullités dans les faits	454
2. La recherche d'un moyen de limitation des effets de la nullité dans les faits	458
II. Les limites des faits dans la construction de la théorie générale des nullités	459
1. Les faits ne sont pas des normes	459
2. Il faut que ces faits passent par le législateur ou par la jurisprudence ...	461
§ 2. L'utilisation des sources étatiques dans la construction de la théorie générale des nullités.....	463
A. L'utilisation du droit comparé dans la construction de la théorie générale des nullités	464
I. L'utilisation de la diversité des systèmes juridiques pour construire une théorie générale	466
1. La théorie des nullités dans les différents systèmes juridiques	467
2. La construction d'une théorie générale des nullités à partir de ces divers systèmes	477
II. Les limites de l'utilisation de la diversité des systèmes juridiques pour construire une théorie générale	479
1. Guggenheim et la surestimation du fond commun entre les différents systèmes occidentaux des nullités	480
2. M. Cumyn et la surestimation du fond commun entre les systèmes occidentaux.....	482
B. L'utilisation des débats ayant précédé l'adoption du Code civil dans la construction de la théorie générale des nullités.....	483
I. L'utilisation des débats dans la construction de la théorie générale des nullités	485
1. La distinction des nullités dans les débats parlementaires	485
2. L'utilisation de ces débats dans la distinction des nullités.....	486
II. Les limites de l'utilisation des débats dans la construction de la théorie générale des nullités	486
1. Les limites des débats induites par le déroulement de la procédure législative	487
2. La limite des débats du fait des conséquences de la procédure législative	494
C. L'utilisation des règles spéciales dans la construction de la théorie générale des nullités.....	495
L'utilisation de la diversité des textes pour construire une théorie générale des nullités	497
1. La généralisation des règles spéciales à partir des règles du mariage....	497
2. La généralisation des autres règles spéciales régissant les nullités	498
II. Les limites de l'utilisation de la diversité des règles pour construire une théorie générale des nullités	500
Conclusion de la section.....	501
Conclusion du Chapitre	502
Chapitre 2 : Les manifestations de la casuistique dans la présentation des nullités: la disparition des théories générales des nullités chez les auteurs	504
Section 1 : Le rejet des idées a priori dans les théories générales des nullités.....	505

Sous-section 1. La mise en évidence des limites des idées a priori dans la théorie des nullités	505
Sous-section 2. Le rejet des idées a priori au profit de l'empirisme dans la théorie des nullités	506
Conclusion de la section.....	508
Section 2 : Le rejet de toute idée de classification des nullités	508
Sous-section 1. La casuistique dans la théorie des nullités au XIX ^{ème} siècle.....	508
§ 1. La casuistique dans la présentation des nullités : Une conséquence de l'absence d'esprit de synthèse de certains auteurs du XIX ^{ème} siècle.....	509
A. La casuistique dans la construction de la théorie des nullités de Perrin.....	510
B. La casuistique dans la construction de la théorie des nullités de Biret.....	511
C. La casuistique dans la construction de la théorie des nullités de Solon	514
§ 2. La casuistique dans la présentation des nullités : Une réaction contre les systématisations de certains auteurs du XIX ^{ème} siècle	516
A. La casuistique dans la distinction entre les nullités virtuelle et textuelle.....	516
I. La réalité de la distinction entre les nullités virtuelle et textuelle en droit des contrats	516
II. L'intérêt de la distinction entre les nullités virtuelles et textuelles	517
III. Le critère de la distinction entre les nullités virtuelle et textuelle.....	518
1. L'utilisation d'un critère général dans la distinction entre les nullités virtuelle et textuelle	518
2. L'utilisation de la casuistique dans la distinction entre les nullités virtuelles et textuelles.....	519
B. La casuistique chez Demolombe dans les autres distinctions des nullités	522
I. La promotion de la casuistique chez Demolombe	522
II. La pratique des théories chez Demolombe.....	523
Sous-section 2. La casuistique dans la théorie des nullités au XX ^{ème} siècle	524
§ 1. La casuistique voulue dans la présentation des nullités au XX ^{ème} siècle	524
A. La casuistique de Gény dans la théorie des nullités	525
B. La casuistique de Drogoul dans la construction de la théorie des nullités	526
C. La casuistique chez Loyer dans la construction de la théorie des nullités	527
§ 2. Une casuistique subie chez Japiot dans la présentation des nullités au XX ^{ème} siècle.....	528
A. Les rejets de Japiot	528
B. Les choix de Japiot	529
I. Le but de Japiot : la construction d'une théorie générale des nullités	529
II. Le résultat de Japiot : la casuistique	530
Conclusion de la section.....	531
Conclusion du chapitre.....	532
Conclusion du titre	533

TITRE II

L'utilisation de la diversité s'exprimant par les théories spécifiques dans l'étude des nullités..... 534

Chapitre 1 : Les limites de la prise en compte de la diversité dans l'étude des nullités : l'émiettement 535

Section 1 : De la casuistique à l'émiettement des nullités 536

Sous-section 1. La casuistique: un obstacle à toute théorie des nullités	536
§ 1. La casuistique et la négation de la théorie.....	536
A. L'absence de théorie des nullités dans l'ancien droit romain du fait de la casuistique	536
B. L'absence de théorie des nullités en <i>Common law</i>	538
§ 2. La casuistique : un obstacle au droit savant	539
Sous-section 2. Les classifications des nullités: une condition nécessaire à toute théorie des nullités.....	540
§ 1. La nécessaire restauration des classifications <i>a priori</i> pour construire une théorie des nullités.....	540
§ 2. La nécessaire limitation de cette théorie des nullités aux domaines spécifiques	541
Conclusion de la section.....	543
Section 2 : De l'émission aux théories spécifiques des nullités	543
Sous-section 1. La mise en cause de l'armature logique du droit des contrats par l'autonomisation des théories spécifiques.....	543
Sous-section 2. Le rejet de cette accusation contre l'autonomisation des théories spécifiques des nullités.....	545
Conclusion de la section.....	546
Conclusion du chapitre.....	546
Chapitre 2 : Les remèdes aux problèmes posés par la prise en compte de la diversité dans l'étude des nullités : les théories spécifiques	548
Section 1 : La théorie spécifique des nullités des contrats mettant en place une personne morale.....	550
Sous-section 1. La spécificité dans la distinction des nullités du contrat de société..	555
§ 1. La mise en cause des théories générales des nullités	555
A. La mise en cause de l'inexistence en droit des sociétés	555
B. la mise en cause des autres types de nullité en droit des sociétés	556
§ 2. La proposition d'une distinction spécifique au contrat de société	557
A. L'esquisse d'une distinction des nullités spécifique aux sociétés	557
B. Proposition d'une distinction des nullités des sociétés autour des nullités <i>pro socio</i> et des nullités relatives généralisées	559
Sous-section 2. La spécificité dans les conséquences de la distinction des nullités du contrat de société	561
§ 1. La spécificité du régime de l'action en nullité contre les sociétés	561
A. La spécificité des conditions d'exercice de l'action en nullité contre les sociétés	561
I. la mise en cause des conditions d'exercice de l'action en nullité issues du droit commun	562
II. la proposition d'une solution spécifique aux nullités des sociétés	562
B. La spécificité des conditions de disparition de l'action en nullité contre la société.....	564
I. La spécificité de la confirmation en droit des sociétés	565
1. La spécificité des modalités de la confirmation en droit des sociétés...	565
2. La spécificité du champ de la confirmation en droit des sociétés	566
II. La spécificité de la prescription en droit des sociétés	567
§ 2. La spécificité des effets de l'exercice de l'action en nullité contre la société.	568
A. L'incompatibilité de la rétroactivité des nullités au droit des sociétés.....	568

B. La spécificité de la justification de la limitation de la rétroactivité.....	570
Conclusion de la section.....	571
Section 2 : Les théories des nullités spécifiques aux contrats mettant en place un statut	572
Sous-section 1. La théorie spécifique des nullités du contrat de travail	573
§ 1. La spécificité dans la distinction des nullités du contrat de travail	578
A. La mise en cause des distinctions des théories générales des nullités.....	578
B. La proposition d'une distinction des nullités spécifique au contrat de travail	579
I. La non classification des nullités du contrat de travail	579
II. La proposition d'une classification des nullités du contrat de travail autour des nullités libérales et sociales.....	581
§ 2. La spécificité des conséquences de la distinction des nullités du contrat de travail.....	584
A. La spécificité du régime de l'action en nullité contre le contrat de travail ...	584
I. La spécificité des conditions d'exercice de l'action en nullité contre le contrat de travail.....	584
1. La mise en cause des solutions issues de la théorie générale des nullités	585
2. La proposition d'une solution spécifique à la nullité du contrat de travail	586
II. La spécificité des conditions de disparition de l'action en nullité contre le contrat de travail.....	588
1. La mise en cause des solutions de la théorie générale des nullités sur la confirmation en droit du travail.....	589
2. Le choix d'un régime de confirmation particulier au contrat de travail.	590
B. La spécificité des effets de l'exercice de l'action en nullité contre le contrat de travail.....	592
I. L'incompatibilité de la rétroactivité des nullités avec le contrat de travail	592
II. La limitation de la rétroactivité dans le droit du travail	593
1. Les manifestations de cette limitation de la rétroactivité de la nullité ...	594
2. La spécificité de la justification de cette limitation des effets de la nullité	595
Sous-section 2. La théorie spécifique des nullités du mariage.....	600
§ 1. La spécificité de la distinction des nullités du mariage.....	604
A. La mise en cause de la distinction des classiques	604
B. La proposition d'une distinction spécifique	608
I. L'esquisse d'une distinction des nullités spécifique au mariage	609
II. La proposition d'une distinction des nullités du mariage autour de la nullité-divorce et de la nullité renonciation	610
§ 2. La spécificité apparaissant dans les conséquences de la distinction des nullités du mariage	613
A. La spécificité du régime de l'action en nullité contre le mariage	613
I. La spécificité des conditions d'exercice de l'action en nullité contre le mariage	614
II. La spécificité des conditions de disparition de l'action en nullité contre le mariage	617
1. La spécificité de la confirmation de la nullité du mariage	617

2. La spécificité de la prescription de l'action en nullité contre le mariage	620
B. La spécificité des effets de l'exercice de l'action en nullité.....	623
I. La rétroactivité de la nullité du mariage	623
II. La limitation de la rétroactivité de la nullité du mariage.....	624
Conclusion section	627
Conclusion chapitre.....	628
Conclusion du titre	630
Conclusion de la partie.....	631
CONCLUSION GENERALE	632
LES ANNEXES	637
Document N°I : Extrait du procès-verbal du Conseil d'Etat, de la séance du 26 fructidor an XI (13 septembre 1801).....	638
Document N°II : Extrait du procès-verbal du Conseil d'état, de la séance <i>inédite</i> du 4 frimaire an X (25 novembre 1801).....	641
Document N°III : Extrait du procès-verbal du Conseil d'Etat, de la séance du 16 fructidor an IX (3 septembre 1801).....	646
Document N°IV : Extrait de l'exposé de motifs, fait par Bigot-Preameneu au Conseil d'Etat, dans la séance du 6 pluvoise an XII (27 janvier 1804).....	650
Document N°V : Extrait du rapport fait par Jaubert au Tribunal, dans la séance du 13 pluvoise an XII (3 février 1804).....	651
Document N°VI : Extrait du rapport présenté au Tribunal par Favard, dans la séance du 13 pluvoise an XII (3 février 1804).....	654
Document N°VII : Extrait du rapport de Jaubert, présenté au Tribunal dans la séance du 14 pluvoise an XII (4 février 1804).....	656
Document N°VIII : Extrait des Observations de la section de législation du Tribunal présentées dans la séance du 4 pluvoise an XII (26 décembre 1803)	659
Document N°IX : Extrait de l'exposé de motifs fait par Bigot-Preameneu, conseiller d'Etat dans la séance du 6 pluvoise an XII (27 janvier 1804).....	662
Document N°X : Extrait du Répertoire universel et raisonné de jurisprudence de Guyot, t. XV, 1784, v° « rescision », p. 328.	664
Document N°XI : Extrait de l'exposé d'une lettre de remission datant de 1481 et faisant référence à une lettre de rescision.	666
LES INDEX	667
LES RESSOURCES DOCUMENTAIRES	678

INTRODUCTION

«Une théorie générale et complète sur les nullités ! Une théorie, qui embrasserait tous les sujets, toutes les matières ! Je n'hésite pas à dire qu'elle n'existe pas dans le Code Napoléon; et il est permis d'ajouter que la **doctrine** elle-même a toujours, jusqu'à présent, **échoué** dans l'entreprise de la fonder»¹.

Demolombe

¹ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, Paris : Lahure éditeur, 1881, pp. 362-363. Ainsi dès après l'adoption du Code civil, Biret avait déjà pris conscience de cette réalité en estimant que « nulle part dans nos lois, dans nos recueils, il n'existe une réunion théorique des nullités [...] » (M. Biret, *Traité des nullités de tous genres : Substantielles et de procédures*, Paris : Arthur Bertrand, tome 1, 1821, pp. 6 et 7). F. Terré, Ph. Simler et Y. Liqueur semblent, eux aussi, aller dans le même sens en estimant que « le Code civil [...] ne renferme aucune théorie générale des nullités » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, Paris : Dalloz, 2009, p. 104).

1. **Quelles sont les différentes catégories de nullités ? Quel régime appliquer à ces nullités ?** – C’est à toutes ces questions que la théorie des nullités permet d’apporter une réponse. Toutefois, si ces questions paraissent simples, elles sont loin d’être faciles ; elles nécessitent, pour leur réponse, la prise en compte de plusieurs paramètres. A tel point, que même le législateur n’a pas pu trouver une réponse adéquate à ces dernières². D’ailleurs, Jaubert, le rapporteur de la partie du projet de Code civil relative aux contrats, était-il conscient de ces difficultés soulevées par les nullités. Ainsi, lors de la présentation de son rapport, avoue-t-il, selon Bourgeon, « qu’il lui sera fort difficile de faire comprendre à un grand nombre de ses collègues une théorie d’ensemble [...] »³ concernant les nullités.

Même lors des débats sur le mariage, ces difficultés étaient présentes, notamment, chez Bonaparte. Ainsi, lors des débats sur les vices du consentement dans le mariage, il objecta à la première version d’un article du Code civil, qui sanctionnait l’absence de consentement libre par la nullité, qu’il « n’y a pas de mariage [...] où il n’y a pas de consentement libre : l’article semble cependant supposer qu’il y a, en ce cas, un mariage, mais qu’il n’est pas valable »⁴. Cette objection revenait à dire que le vice du consentement ne devait pas être sanctionné par la nullité mais par l’inexistence. Cependant, la doctrine ne lui en n’a pas tenu rigueur⁵. Ainsi,

² Ainsi, à la séance du 4 frimaire an X, Portalis a-t-il pris conscience que, s’il fallait distinguer la nullité absolue de la nullité relative dans le projet de Code civil, il fallait tenir compte de tellement de « nuances » que le travail aurait été impossible. Mais pour Tronchet, « quant à la **difficulté** de classement [...] elle disparaît, si, après avoir distingué les nullités absolues d’avec les nullités relatives, on énumère les **exceptions** qui couvrent les unes et les autres » (Cf. annexe, Doc N°II). A la séance du 4 pluviôse an XII, Jaubert aussi a estimé que, certes, on peut « distinguer ce qui était nul radicalement ou ce qui était simplement nul, ce qui était nul absolument ou ce qui ne l’était que relativement [mais] **pour cela on était forcé d’entrer dans des abstractions** [...] Il fallait faire cesser autant d’incertitudes, il fallait bannir de cette matière des termes qui exigeraient des définitions » (Cf. annexe, Doc N°VII).

³ Bourgeon a même ajouté qu’une théorie des nullités « sembla toujours aux rédacteurs du Code **une œuvre au-dessus de leurs forces** et souvent même, il leur arriva d’en faire l’aveu [...] sur une matière regardée à juste titre comme l’une des plus difficiles du droit » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, Dijon : S N, 1885, p. 182).

⁴ Cf. annexe, Doc N°I ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l’ancien droit français et le Code civil*, Paris : Lahure, 1878, p. 62. Pour aller plus loin, on peut ajouter que cette intervention, sur le fond même du Code civil, illustre l’implication personnelle de Bonaparte dans la rédaction de ce code qui portera son nom en 1807. A la restauration on cessa d’appeler le Code civil, Code Napoléon. Cependant sous le second empire, un décret de 1852 renomma le Code civil, Code Napoléon. Ce décret n’a jamais été abrogé, ce qui fait que le Code civil s’appelle toujours, Code Napoléon, même si cette appellation n’est plus utilisée dans la pratique. Ce qui est un hommage à Bonaparte, qui lui-même disait que le Code civil est sa plus grande réalisation, en soutenant que « ma vraie gloire n’est pas d’avoir gagné quarante batailles. Ce que rien n’effacera, ce qui vivra éternellement, c’est mon Code civil » (R. Szymkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^e éd, Paris : Litec, 1998, pp. 322, 327, 328).

⁵ C’est ce qu’a montré Hartemann en estimant que Bonaparte « fit rentrer, au moins lors de la première discussion dans la catégorie des actes inexistant certains mariages, qu’il eut fallu considérer comme annulables ; il émit à un moment donné des idées qu’il avait combattues précédemment ; il eut certaines impropriétés de langage pouvant être la cause de confusion : ce sont des reproches qu’il mérite et qui lui sont bien **pardonnables**, puisqu’il n’était pas **jurisconsulte** » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l’ancien droit français et le code civil*, Nancy : Typographie de G.

en parlant de cette contradiction, Drogoul s'exclame-t-il : « Mon Dieu ! Le langage et l'attitude de Bonaparte dans cette discussion s'expliquent [...] par cette raison que, précisément, **Bonaparte n'était pas jurisconsulte** [...] »⁶.

2. Cette indulgence de la doctrine, face à une telle affirmation, est tout à fait compréhensible. – En effet, comme l'a affirmé Demolombe, au début de ce travail, les juristes eux-mêmes n'ont pas pu faire mieux que Bonaparte. Déjà, dans l'ancien droit, on rapporte que quand Pothier se « consacre aux nullités [...] l'incertitude qui y règne montre que son auteur a hâte de quitter un sujet dont il ne se dissimule pas les difficultés »⁷. Après le Code civil, la doctrine de l'époque aussi s'est heurtée aux mêmes difficultés avec la théorie des nullités⁸. C'est ce qui a poussé Baudry-Lacantinerie à estimer qu'il « n'y a pas dans la science du droit de matière plus nébuleuse que les nullités »⁹. Plusieurs autres grands auteurs des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, comme Planiol¹⁰, ont reconnu cette difficulté de la théorie des nullités en soutenant qu'une « théorie complète sur la matière des nullités sembla [...] à juste titre comme l'une des plus difficiles du droit »¹¹. Aussi, quand Japiot écrit au début de ses travaux que « les difficultés d'une étude sur la théorie générale des nullités sont tellement évidentes [...] que nous devons peut-être nous excuser d'avoir, dans une simple thèse, osé

Crepin-le Blond, 1889, n° 238). Mais le Doyen Carbonnier ne fut pas aussi compréhensif, car il n'hésita pas à assimiler les interventions de Bonaparte, lors des débats, à des « turqueries » (R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^{ème} éd, op. cit., p. 328).

⁶ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, Paris : Arthur Rousseau éditeur, 1902, p. 64.

⁷ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 170. Ce qui s'illustre parfaitement dans le traité des obligations de Pothier, où il n'a consacré qu'une page à la théorie des nullités. (Pothier, *Traité des obligations*, tome II, Bruxelles : Langlet, tome 2, 1835, p. 166).

⁸ Ainsi dès après l'adoption du Code civil, Perrin, qui a été le premier à consacrer exclusivement un traité aux nullités, a tenu à confesser qu'il s'est rendu compte au cours de son étude, « combien d'épines est hérissée la matière [...] » des nullités (J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, Lons-le-Saunier : Imprimerie de Gautier, 1816, p. 21).

⁹ Cité par J. M. Augustin, « L'adage voies de nullité n'ont point de lieu », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, (Dir. M. Boudot et P. M. Vecchi), Poitiers : LGDJ, 2008, p. 62. Baudry-Lacantinerie a aussi ajouté que la théorie des nullités est une « [...] matière [...] importante et compliquée [...] » (G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, Paris : L S R G L A, tome II., 1905, p. 251).

¹⁰ Pour qui la théorie des nullités est une des « plus obscures du droit civil » (M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^{ème} éd Paris : LGDJ, tome I., 1928, n° 328).

¹¹ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 182. Drogoul aussi, en parlant des nullités, a parlé d'une « matière [...] complexe » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 3). Position que l'on rencontre chez Hartemann aussi évoqué « la difficulté du sujet » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 237). Benabent aussi est allé dans le même sens, en disant que « la théorie des nullités est complexe [...] » (A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, Paris : Montchrestien, 1995, p. 116).

entreprendre ce travail»¹², il ne faut pas voir dans cette affirmation la marque d'une fausse modeste ; plus que tout autre, il est le mieux placé pour mesurer cette difficulté. En effet, son travail sur les nullités reste encore le plus monumental, tant en qualité qu'en quantité.

3. Néanmoins, malgré cette difficulté, la doctrine n'a pas baissé les bras. – Même si, un moment, J. Ghestin s'était découragé, en estimant que « la théorie des nullités est une matière particulièrement difficile, au point que je l'avais supprimée de la troisième édition du volume sur la formation du contrat du traité de droit civil [...] »¹³, il est très vite revenu sur cette décision¹⁴. On peut même dire que cette difficulté a été plus un stimulant qu'un frein pour la doctrine qui a beaucoup écrit sur les nullités. Ce travail porte justement sur ces écrits, mais avant de montrer son intérêt (Section II), il est nécessaire de le délimiter afin d'aller à l'essentiel (Section I).

Section 1 : Délimitation des recherches

4. Ce travail, qui porte sur la théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil, est susceptible de toucher beaucoup de notions. – Cependant, pour ne pas se disperser, il est nécessaire de se limiter ici à des notions essentielles (Sous-section 1). Une fois ces notions présentées, on va montrer qu'elles ne sont pas spécifiques au système français, mais qu'on les rencontre dans des systèmes étrangers aussi. Ce qui ne veut pas dire que ces systèmes étrangers seront étudiés ici en détail. En effet, l'étude de ces systèmes n'est pas très utile à la compréhension du système français qui a ses propres originalités. Ce qui n'interdit pas, le cas échéant, de tenir compte des auteurs étrangers (Sous-section 2). Par contre, même si ce travail porte sur la théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil, il est nécessaire d'étudier cette théorie avant le Code civil. En effet, les difficultés actuelles de la doctrine ont leur origine dans cette époque. Ce qui ne veut pas dire pour autant que ce travail sera consacré à la théorie des nullités avant le Code civil ; on ne fera que survoler cette époque (Sous-section 3).

¹² R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, Paris : Arthur rousseau éditeur, 1909, p. I.

¹³ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, 2002, p. XIII. (Préf.ace)

¹⁴ *Idem*

Sous-section 1. La délimitation notionnelle des recherches sur les nullités

Le non-respect des conditions de formation du contrat est susceptible d'être sanctionné par plusieurs types de sanctions : la mise en œuvre de la garantie des vices cachés, la réduction, l'action paulienne ou la requalification ... Pour ne pas se disperser, ni les conditions de formation du contrat ni les notions qui viennent d'être évoquées ne seront étudiées ici. Ce qui ne veut pas dire que la conception des nullités, qui sera retenue dans ce travail, ne sera pas très souple (§ 1). En effet, cette conception de la nullité est susceptible d'englober plusieurs types de sanctions qui peuvent être décrites et systématisées par une théorie. C'est pourquoi la conception de la notion de théorie retenue ici sera elle aussi plus souple, parce que la notion de nullité elle-même, à laquelle se rapporte cette théorie, est très souple (§ 2).

§ 1. Le choix d'une conception plurale des nullités du fait de l'absence d'une définition légale

5. La nullité n'ayant pas une définition dans le Code civil, elle est devenue une notion dans laquelle chaque auteur, qui travaille sur la théorie des nullités, vient ranger ses propres idées. – D'où la difficulté de la définir *a priori*, comme l'a pourtant fait le Lexique juridique, selon lequel la nullité est une sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation¹⁵. S'en tenir à une telle définition dans ce travail ne permettrait pas de comprendre la théorie des nullités chez plusieurs auteurs. D'où la nécessité d'adopter une conception souple des nullités qui intègre d'autres sanctions voisines.

6. Ainsi, même si la rescision est différente de la nullité, car elle ne permet d'attaquer que les actes qui sont affectés d'une lésion, elle produit le même effet que la nullité : elle anéantit rétroactivement les actes qui sont affectés d'une lésion. Aussi, ces deux actions ont été longtemps confondues par les auteurs classiques pour désigner les annulabilités¹⁶. Ainsi Josserand pense, en s'inspirant de l'article 1117 C. civ. qu'il ne fait aucun doute que « [...] la distinction elle-même ait vécu et que nullité et rescision ne [...] »

¹⁵ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 12^e éd, Paris : Dalloz, 1999, p. 359

¹⁶ Cf. *Infra*, n° 101 et s.

font plus « [...] qu'un désormais »¹⁷. Pour comprendre la distinction des nullités chez ces classiques¹⁸, on ne peut donc pas exclure la rescision du champ des nullités dans ce travail.

7. La même situation se rencontre avec l'inopposabilité. – Ce concept vise un acte juridique, dont la validité n'est pas affectée, mais dont les tiers peuvent écarter les effets¹⁹. C'est pour cette raison qu'elle sanctionne souvent l'absence de publicité, sauf dans le cadre de l'action paulienne²⁰. L'inopposabilité, parce qu'elle rend le contrat inefficace à l'égard des uns et efficace à l'égard des autres, ne peut pas être considérée comme une nullité. En effet, l'acte inopposable, contrairement à l'acte nul, arrive à produire des effets à l'égard de certains²¹. Or telle est la définition des nullités chez Japiot qui estime, en conséquence, que « [...] quand on va au fond des choses, l'**inopposabilité** apparaît [...] comme **une variété de nullité** »²². Pour comprendre ce que Japiot entend par nullité, il ne faut donc pas exclure l'inopposabilité de la définition des nullités.

8. En ce qui concerne les actions en restitution et l'action en nullité, la même assimilation est possible. – Si l'action en nullité vise la destruction de l'acte juridique, l'action en restitution vise à détruire les faits matériels créés par cet acte juridique. Or malgré cette différence, aussi bien chez les auteurs classiques que chez Japiot, l'action en nullité est assimilée à l'action en revendication ou en répétition de l'indu²³. Même le législateur a procédé à cette confusion, dans l'article L. 622-17 du Code du patrimoine, en parlant de

¹⁷ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Paris : Recueil Sirey, tome II., 1939, p.187 ; J. Carbone, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, Paris : PUF, tome IV., 1985, p. 195 ; *Contra* : E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, (1937) réimp. Paris : Dalloz, 2004, p. 151.

¹⁸ Cf. *Infra*, n° 104.

¹⁹ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 290.

²⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, 2^e éd, Paris : Defrénois, 2005, p. 324.

²¹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, 2^e éd par P. Esmein, Paris : LGDJ, tome VI., 1952, p. 357.

²² R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 33 ; Cf. *Infra*, n° 310. Ainsi dans une affaire du 28 mai 1982, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, a utilisé l'inopposabilité pour faire échapper une nullité relative à la prescription de l'article 1304 C. civ. Comme si l'inopposabilité et la nullité sont des termes interchangeables, ce qui a poussé E. Gaillard à voir dans cette utilisation de l'inopposabilité, à la place de la nullité, « une voile pudique de l'inexistence » (Cass. As. Plén., 28 mai 1982, Bull. civ., Ass. Plén., n°3, p. 5 ; D. 1983, p. 349, note E. Gaillard). Quant à H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, pour eux « l'inopposabilité est une nullité à effet relatif [...] » (H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, 8^e éd, Paris : Montchrestien, tome II, 1991, p. 281).

²³ Cf. *Infra*, n° 262 et 267 ; C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, Paris : L.G.D.J., 1992, pp. 2, 395, 430 et 518.

l'action « en nullité **ou** en revendication [...] », comme si les deux étaient équivalentes²⁴. Là encore, la définition retenue dans ce travail doit tenir compte de cette assimilation.

9. Néanmoins parmi toutes ces confusions, entre la notion de nullité et des notions voisines, c'est la confusion entre la nullité et la responsabilité civile délictuelle qui est la plus étonnante. – C'est aussi, paradoxalement, la confusion la plus fondée historiquement. En effet, la nullité et la responsabilité étaient confondues dans plusieurs cas à Rome²⁵. Dans le droit contemporain aussi, ces deux notions peuvent se confondre par leur cause et leur fonction. La nullité a pour fonction de ramener les parties dans la situation dans laquelle elles étaient avant le vice du contrat²⁶. Or la responsabilité assure la même fonction : son but est de ramener la victime dans la situation dans laquelle elle était avant le préjudice. Aussi, plusieurs auteurs ont-ils estimé que la réparation peut jouer le rôle de la nullité²⁷. C. O. de Vincelles a même montré que la responsabilité peut être plus avantageuse que la nullité pour sanctionner la violation des conditions de formation d'un contrat. En effet, cette responsabilité permettrait la réparation du préjudice tout en maintenant le contrat²⁸.

D'autres expliquent cette proximité par le fait que certains vices du consentement, comme le dol et la violence, peuvent être assimilés à un fait générateur de la responsabilité civile délictuelle²⁹. C'est sans doute pour cette raison que M. Cumyn assimile la nullité relative et la responsabilité civile en estimant qu'il n'y a pas de nullité relative sans préjudice³⁰. Comme la responsabilité, la nullité relative viserait à rétablir « l'équilibre détruit par le dommage consistant à placer, si possible la victime dans la situation ou elle serait si le dommage ne

²⁴ On rencontre la même confusion dans les articles 1306, 1307, 1308, 1309, 1310, 1312 et 1313 C. civ. En effet dans ces articles, le mot restitution est employé à la place du mot nullité.

²⁵ Cf. *Infra*, n° 21 et s ; D. Deroussin, « Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », *Rev. historique de droit français et étranger*, 2004-2, p. 193 ; C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 2.

²⁶ Ainsi pour C. Guelfucci-Thibierge, « le but de la nullité consiste dans le rétablissement de la légalité transgressée, par la suppression de la situation juridique illicite créée par la conclusion du contrat au mépris d'une règle impérative de formation » (*Idem*, pp. 223, 489).

²⁷ Pour C. O. de Vincelles, en cas de présence d'une clause illicite d'augmentation de loyer, « la réparation, c'est-à-dire le rétablissement de la situation qui aurait été celle de la victime si règle avait été respectée, consistera en la simple suppression de la clause ou de l'augmentation de loyer » La réparation ici étant en nature. (C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, Paris : Dalloz, 2002, pp.33-34). Voir aussi : G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, Paris : Dalloz, 1967, p. 91.

²⁸ C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 103.

²⁹ B. Waltz, *La notion de dol dans la formation des contrats : Essai d'une nouvelle théorie*, Univ Lyon 3 : th doc, 2011, n° 8, 634, 649.

³⁰ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. XI.

s'était pas produit »³¹. Toutefois, on peut critiquer cette assimilation, car il est possible et même souhaitable de « [...] distinguer les actions en nullité et en responsabilité [...] »³².

10. Pour toutes ces raisons, une définition rigide de la notion de nullité ne sera pas retenue ici. – Par conséquent, contrairement à ce qui est dit dans le Lexique juridique, la nullité ne sera pas considérée seulement comme la destruction rétroactive de l'acte vicié³³. Pour mieux cerner la diversité des positions des auteurs sur les nullités, la nullité sera considérée dans ce travail un peu comme une inopposabilité, une rescision, une action en restitution ou même une action en responsabilité ... Même si on ne partage pas ce syncrétisme, c'est seulement à ce prix que les positions de tous les auteurs sur les nullités peuvent être cernées. Ce qui peut expliquer l'utilisation, au pluriel du terme « inefficacités »³⁴, pour désigner toutes ces nullités. Cependant, comme les composantes de cette définition des nullités sont diverses, il est nécessaire de les systématiser. Or pour systématiser cette diversité, il est nécessaire d'utiliser une théorie, même si la notion de théorie retenue ici sera, elle aussi, très souple.

§ 2. Le choix d'une conception souple de la théorie

11. Le Larousse définit la théorie comme « une connaissance purement spéculative, abstraite par opposition à la pratique »³⁵. – Mais si cette définition a le mérite de montrer qu'une théorie est une abstraction, elle n'est pas suffisamment précise pour comprendre la notion de théorie des nullités. Pour trouver une définition, plus précise, de cette notion, il convient de s'interroger sur le rôle d'une théorie. La théorie est avant tout un instrument de classification³⁶ selon un ordre logique³⁷ pour mettre en évidence l'unité qui se cache sous la

³¹ C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 33.

³² C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 8.

³³ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 359 ; **Contra** : Pour Japiot, on ne peut « [...] pas définir *a priori* la nullité comme la suppression de tous les effets d'un acte juridique » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 23).

³⁴ *Idem*, p. 295 ; D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, Préf. H. Kaufmann, Paris : L. G. D. J, 1970, p. 75 ; C. Mandoza, « La nullité des contrats », *Erudit : Les Cahiers de droit de l'Université Laval et de l'Université du Québec*, vol. 2, 1956, p. 105.

³⁵ Le Larousse de poche : *Dictionnaire*, Paris : Larousse, 1998, p. 782.

³⁶ Ainsi pour C. Atias, comme « [...] classification, la théorie ne rend pas seulement l'ensemble des lois physiques qu'elle présente plus aisé à manier, plus commode, plus utile ; elle le rend plus beau » (C. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris : Dalloz, 2002, p. 180).

diversité³⁸. Les théories juridiques jouent le même rôle, car comme l'a montré C. Attias, une théorie juridique aussi « [...] peut être considérée comme **une classification** [...] »³⁹ qui sert à simplifier le droit⁴⁰.

12. Toutefois, assimiler la théorie des nullités à une classification des nullités conduirait à exclure, de cette recherche, certains travaux : c'est-à-dire ceux qui ont renoncé à toute classification des nullités. – Les travaux de Drogoul⁴¹, et même de ceux de Japiot⁴² ou de certains auteurs du début du XIX^{ème} siècle⁴³, n'auraient pas pu trouver leur place ici. On a donc préféré retenir une conception souple, de la notion de théorie des nullités, pour admettre des travaux dans lesquels on a fait l'effort de réunir, dans un seul ouvrage, les questions relatives aux nullités sans les classer⁴⁴. En effet, l'étude de certains systèmes étrangers montre que, même en l'absence d'une classification des nullités, on peut parler d'une théorie des nullités, car tous les systèmes étrangers n'ont pas classé leurs nullités⁴⁵.

Sous-section 2. La délimitation spatiale des recherches menées sur les nullités

13. Si ce travail n'est pas un travail de droit comparé, certains systèmes étrangers vont tout de même être étudiés afin de montrer l'absence de classification des nullités dans ces systèmes⁴⁶. – Mais cette utilisation servira uniquement à des fins méthodologiques⁴⁷. En effet, le but de ce travail n'est pas de comparer ces systèmes – dont la connaissance à elle seule peut couvrir une thèse entière – au système français, mais de montrer comment ces

³⁷ Car même pour Einstein « le but suprême de toute théorie est de rendre ces éléments irréductibles de base [éléments recueillis par le chercheur sur le terrain] aussi simples et aussi peu nombreux qu'il est possible [...] » (A. Einstein, *Sur la méthode de la physique théorique*, Paris : Ed A. Colin, 1968, pp. 271-274).

³⁸ Quant à Duhem, il disait que des « [...] connaissances classées sont des connaissances d'un emploi commode et d'un usage sur. Dans ces cases méthodiques [...] la main de l'ouvrier saisit sans tâtonnement, sans méprise, l'outil qu'il faut. **Grâce à la théorie** [...] » (R. Duhem, *La Théorie physique, son objet et sa structure*, Paris : Ed. M. Rivière, 1914, pp. 23-31).

³⁹ C. Attias, *Epistémologie juridique*, op. cit., p. 180 ; E. Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 23.

⁴⁰ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 17.

⁴¹ Cf. *Infra*, n° 675.

⁴² Cf. *Infra*, n° 679.

⁴³ Cf. *Infra*, n° 655, 658, 664 et 671.

⁴⁴ Ainsi pour G. de La Pradelle « [...] le droit ne peut se former sans recourir aux constructions juridiques. » C'est pour cela qu'il estime qu'une « [...] théorie approximative est préférable à l'absence de théorie ». Or dans les travaux de ces auteurs, il n'y a pas d'absence totale de théorie mais une théorie approximative. (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., pp. 9 et 17).

⁴⁵ Cf. *Infra*, n° 599 et s.

⁴⁶ Cf. *Infra*, n° 618 et s.

⁴⁷ Cf. *Infra*, n° 614.

systèmes ont été utilisés, pour construire une théorie générale des nullités, en se fondant sur leur proximité avec le système français des nullités⁴⁸.

En revanche, quant à la doctrine étrangère, elle sera utilisée dans la mesure où elle a pris, la théorie des nullités française, pour objet. Certes la doctrine est un phénomène territorial, voire national⁴⁹, car, même si F. Larnaude a estimé que « la science juridique pas plus qu'aucune autre science n'a de frontières »⁵⁰, chaque doctrine étudie son propre droit⁵¹. Cependant, la théorie des nullités fait exception à ce principe. Cela est sans doute dû au Code civil français. Ayant été appliqué hors de nos frontières, plusieurs auteurs étrangers l'ont étudié, car il est considéré comme le plus prestigieux de tous⁵². Ainsi la théorie classique des nullités a-t-elle été initiée en France par Zachariae qui était un auteur Allemand⁵³. A côté de lui, on peut citer Laurent, qui était Belge, mais aussi un des pères de la théorie classique des nullités en France⁵⁴. Pour la théorie des nullités, née au XX^{ème} siècle, on peut citer entre autres Lutzesco, formé à Bucarest ; ou le suisse, Guggenheim. Sans oublier les québécois, M. Cumyn et S. Gaudet⁵⁵. Tous ces auteurs, bien qu'étrangers, ont largement participé à l'élaboration de la théorie des nullités en France.

14. Cet intérêt de la doctrine étrangère est tel que cela a suscité dans la doctrine française, qui a une certaine prépondérance sur les autres doctrines⁵⁶, un sentiment de dépossession de sa théorie par des auteurs étrangers. – Ce qui transparait parfois dans les critiques, teintées d'ironie, contre ces auteurs étrangers. C'est ainsi que, pour critiquer la théorie classique de Zachariae, Loyer ironise-t-il sur « cette **belle découverte** que le

⁴⁸ Cf. *Infra*, n° 619.

⁴⁹ D. Deroussin, « Comment forger une identité nationale? La culture juridique française vue par la doctrine civiliste au tournant des XIX^e et XX^e siècles », *Clio et Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, 5, 2012, n° 1.

⁵⁰ D. Deroussin, « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », *Clio et Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, 2, 2009, n° 14 ; *Contra* : Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 205 à 207.

⁵¹ *Idem*, pp. 205 et s.

⁵² Cf. *Infra*, n° 491.

⁵³ Cf. *Infra*, n° 513 ; M. Pédamon, « Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 816 ; E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, (1934) réimp. Paris : Editions mémoire du droit, 2002, p. 106. Toutefois Kohler a mis en cause les qualités de l'analyse de Zachariae sur le droit français. (J. Kohler, « Le Code civil français dans la théorie et la pratique allemandes », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp. Paris : Dalloz, 2004, p. 617).

⁵⁴ F. Laurent, *Principes de droit civil*, Paris : A. Durand, 1869, tome 2 et s ; Cf. *Infra*, n° 64 et 610.

⁵⁵ S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », *McGill Law Journal*, 1995, Vol. 40, p. 294.

⁵⁶ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris : F. Pichon, 1901, p. IX ; Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., pp. 206 et 207.

professeur allemand et nos auteurs, à sa suite, ont pensé faire »⁵⁷. Quant à Gaudemet, il tient à rappeler que « l'œuvre de Laurent n'est pas française : elle appartient à la science belge »⁵⁸. Pourtant, au-delà de ce mouvement d'humeur de la doctrine nationale, on peut dire que la collaboration entre ces doctrines a été parfaite sans aucun nationalisme juridique⁵⁹, hormis le cas de Savigny⁶⁰. En effet, ce dernier tenait des propos, purement nationalistes sur système français des nullités, dont on n'a pas jugé utile de reprendre dans ce travail⁶¹.

Donc si toute cette contribution de ces auteurs éloignés dans l'espace ne sera pas occultée ici, celle de ceux qui sont éloignés dans le temps ne sera pas oubliée non plus, car elle est à l'origine de la théorie actuelle des nullités.

⁵⁷ J. Loyer, *Les actes inexistants*, Rennes : L. Larose & Forcel, 1908, p. 28.

⁵⁸ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 104. Ainsi quand Laurent, le belge, qui est même temps un des promoteurs de l'inexistence, a estimé que « si les auteurs du Code ne se sont pas servis de ce terme, c'est qu'il n'était **pas français**. », Drogoul a répliqué à cette affirmation en disant à Laurent que le législateur **français n'est pas belge**. Et il a ajouté ironiquement qu'il « [...] est vraiment **regrettable** [Pour Laurent], en cette occurrence, que **nos législateurs n'aient pas été belges** » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 45).

⁵⁹ Si le nationalisme juridique existe, on peut chercher une de ses sources au XIX^{ème} siècle, dans **le printemps des peuples de 1848**. Après cette date, on assiste alors à l'émergence de l'esprit national chez plusieurs peuples européens. Ce nationalisme fut aussi juridique, dès lors qu'il se fondait sur l'idée selon laquelle, chaque peuple doit pouvoir disposer de lui-même. C'est sans doute ce qui pousse plusieurs pays, qui appliquaient le Code Napoléon, à concevoir leur propre code, conforme à leur esprit national (Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2007, p. 104 ; J-L de Sédouy, *Le concert européen : Aux origines de l'Europe 1814-1914*, Paris : Puf, 2009, p. 262 ; voir aussi le *Dictionnaire encyclopédique et universel*, Paris : Connaissance & Savoir, 1993, p. 1369).

⁶⁰ M. Pédamon montre ici que chez Savigny, le droit est « fonction de l'esprit **national** ». Ce qui fait que ce droit ne peut résulter que de la **conscience commune** du peuple (*Volksgeist*). D'où son nationalisme, qui s'est manifesté par son hostilité à l'application du Code Napoléon, en Allemagne (M. Pédamon, « Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^{ème} siècle », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, op. cit., pp. 812, 813 ; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2^e éd, Paris : Rousseau & Cie éditeur, tome VIII., 1936, p. 187 Cf note de bas de page ; O. Jouanjan, « Présentation », in *L'esprit de l'école historique du droit*, Strasbourg : PUS, 2004, p. 14 ; F. C. von Savigny, « Le but de la présente revue », in *L'esprit de l'école historique du droit*, Strasbourg : PUS, 2004, pp. 27 et s). Toutefois, J. Ruckert, a relativisé ce conservatisme de Savigny (J. Ruckert, « Savigny et la méthode juridique », in *L'esprit de l'école historique du droit*, Strasbourg : PUS, 2004, p. 86).

⁶¹ M. Pédamon, « Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^{ème} siècle », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, op. cit. p. 814. D. Deroussin a montré que la conception nationaliste ou raciste de la doctrine consiste, non seulement à surestimer la qualité de son droit par rapport au droit des autres, comme l'a fait Savigny ici, mais aussi à soutenir que si on n'appartient pas à une société, on ne peut pas étudier son droit. Ce qui exclut toute possibilité pour les étrangers d'étudier le droit français. C'est grâce à la fin de la deuxième guerre que cette conception a disparu (D. Deroussin, « Comment forger une identité nationale ? La culture juridique française vue par la doctrine civiliste au tournant des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles », op. cit., pp. 11 à 16 ; voir aussi J. L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris : PUF 1999). Mais ce comportement n'est pas récent, car il existait déjà chez les auteurs du XVII^{ème} siècle. Ainsi, dans un ouvrage édité en 1692, Simon a montré que « dans le choix des auteurs, **la nation a toujours servi d'un grand préjugé**. Les Italiens méprisent les *François*, & ceux-ci ont traité les autres de chicaneurs [...] les *Allemands* et les Belges ont toujours passé pour plus laborieux que subtils [...] » (D. Simon, *Nouvelle bibliothèque historique et chronologique des principaux auteurs*, Paris : Robert Pepie, 1692, Préface).

Sous-section 3. La délimitation temporelle des recherches

15. Même si ce travail ne porte pas sur la théorie des nullités d'avant le Code civil, le survol de cette période, afin de comprendre les dynamiques actuelles de cette théorie, peut être riche d'enseignements. – Comme un astronome, qui veut comprendre la trajectoire actuelle d'un astre, est obligé de se référer à sa trajectoire passée, pour comprendre La théorie actuelle des nullités, il est nécessaire de se référer à son passé, car cette théorie ne vient pas de nulle part⁶². Elle a ses racines dans le droit romain (§ 1), sans oublier le droit du moyen-âge qui a été un passeur de ce droit romain (§ 2), et, surtout, le droit de la période moderne (§ 3). Pour comprendre les difficultés soulevées par la théorie des nullités dans la doctrine actuelle, il est donc nécessaire d'invoquer ces périodes où ces difficultés existaient déjà en germe.

§ 1. Aperçu des nullités dans le droit romain

S'il n'y avait pas de théorie des nullités dans le droit romain, des auteurs récents ont cherché à rapprocher les différentes nullités romaines (A) pour en déduire une théorie des nullités (B).

A. La présentation des différentes nullités romaines

Si dans l'ancien droit romain on ne pouvait pas parler de différentes nullités, c'est parce que la nullité n'y existait pas (I). Sous la période classique, on a assisté à la naissance de plusieurs types d'actions, qui étaient proches de l'action en nullité, mais qui n'étaient pas de véritables actions en nullité (II). La véritable action en nullité ne naîtra que sous *Justinien* (III).

⁶² R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 49.

I. Les nullités dans l'ancien droit romain

16. Cette période, qui va de l'origine de Rome à la moitié du deuxième siècle avant J.C.⁶³, est la période du droit des *mores* et de la loi des douze Tables⁶⁴. – Elle ne connaissait pas encore le contrat, car le mot *contractus* n'est apparu qu'à l'époque classique, même si l'idée existait bien avant⁶⁵. En effet, à l'époque, on connaissait déjà des sortes d'actes, formalistes, qui jouaient le rôle du contrat. Parmi ces actes, on peut citer le *nexum*, qui est une sorte de prêt, et la *stipulatio*⁶⁶.

La procédure était régie par les *legis actiones*⁶⁷ : chaque acte qui respectait les rites pouvait être sanctionné par une action⁶⁸. Au fond, pendant cette « époque ancienne, du temps du formalisme exclusif, la validité du contrat ne dépendait que de l'observation des formalités [...] »⁶⁹. Par exemple, l'action *sacramentum in personam* n'était attachée qu'à un acte qui respectait les formes prévues par le *ius civile*⁷⁰. Le contrat qui ne respectait pas ces formes n'était pas nul, car il n'y avait pas d'action en nullité, mais inexistant, parce que pour Pize, « L'inexistence est la conception normale de l'inefficacité originaire des contrats chez les Romains à l'époque primitive »⁷¹.

17. Malgré tout, parmi les *legis actiones*, il y avait des actions, très proches de l'action en nullité, qui permettaient d'obtenir une restitution si le contrat ne respectait par les

⁶³ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris : Dalloz, 2002, p.1.

⁶⁴ *Idem*, p. 2.; Voir aussi : A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2003, p. 23 et 26 ; M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2011, p. 252.

⁶⁵ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 647.

⁶⁶ *Idem*, p. 658 ; D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., pp. 203 et s.

⁶⁷ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris : Dalloz, 2002, p.1 ; M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., pp. 255-420. Ainsi Cuq montre que le droit romain a connu une existence de treize siècles, qui se divisent en trois périodes : la période de l'ancien droit (les six premiers siècles), la période du droit classique (qui s'étend de la fin de la République à la fin du règne de Dioclétien) et en fin la période du droit du Bas-empire (qui s'étend du règne de Constantin à la mort de Justinien) (E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2e éd, Paris : Plon, 1928, pp. 2-3).

⁶⁸ Fragment de la loi des douze Tables, *De pactis*, V, 2.

⁶⁹ D. Deroussin, « Culpam in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », *Rev. historique de droit français et étranger*, 2004-2, p. 193.

⁷⁰ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 647-648 ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J -P. Lévy, Paris : Dalloz, 2003, p. 1046.

⁷¹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, Paris : Arthur Rousseau éditeur, 1897, p. 14. Pour Lutzescu « tant que les gestes symboliques et palpables sont les seules conditions nécessaires à la formation du lien obligatoire, on ne saurait parler de la notion de nullité... la nullité ne pouvait apparaître qu'avec la conception matérielle de l'acte juridique, c'est-à-dire avec l'apparition de l'acte écrit [...] » (G. Lutzescu, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 46). Quant à F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, pour eux « le Droit romain primitif, formaliste, ne connaissait qu'une catégorie de nullité, celle encourue pour défaut de l'un des rites du contrat. » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 103).

formes⁷². – Ainsi avec le *sacramentum in rem*, on pouvait prononcer la « *vindicatio* » qui est à l'origine de la revendication⁷³. En plus de cette action réelle, il y avait aussi des actions en restitution, personnelles, comme la *condictio*⁷⁴. Toutefois, ces actions n'étaient pas des actions en nullité, mais des actions en restitution. En effet, les actions en nullité n'ont commencé à émerger qu'à l'époque classique.

II. Les nullités dans la période classique

18. La période classique est celle qui va du dernier siècle avant J.-C. au troisième siècle de notre ère⁷⁵. – C'est une période très riche en ce qui concerne le droit des contrats. C'est elle qui voit, en remplacement des *legis actiones*⁷⁶, le développement de la procédure formulaire au premier siècle avant J. C.⁷⁷. Durant cette période, la violation du *ius civile* n'ouvrait droit à aucune action civile en nullité⁷⁸ ; l'acte était nul *ipso iure*, c'est-à-dire de plein droit⁷⁹. C'est ce qu'a tenu à rappeler l'empereur Théodose en estimant que « nous voulons qu'il ne s'ensuive aucun pacte, aucune convention, aucun contrat entre ceux qui contractent lorsqu'il leur est défendu par la loi [...] »⁸⁰.

Même si cette affirmation est postérieure à la période classique, l'empereur Théodose tient à rappeler que « [...] ceci doit être appliqué à toutes lois, tant **anciennes** que nouvelles [...] »⁸¹. Ce qui laisse entendre que ce principe existait antérieurement à la période de Théodose. Ce que, au demeurant, semble confirmer indirectement Ulpien dans son Livre des règles⁸². Si au

⁷² M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 421.

⁷³ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p.14.

⁷⁴ *Idem*, p.15 ; R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle, op. cit., p. 54.

⁷⁵ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 2.

⁷⁶ M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 428.

⁷⁷ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 17; A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 30; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J -P. Lévy, op. cit., p. 1055.

⁷⁸ Parmi les actions civiles, on ne fait aucune référence à une action en nullité, même si la querella était très proche d'une action en nullité. (*Idem*, p. 1079).

⁷⁹ Ulpien, D. 23, 3, 39, 1 ; G. Renard, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age», *Nouvelle Rev. historique de dr. Français*, (1903) 27, pp. 216 et 221 ; J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 837.

⁸⁰ Traduction : « *Nullum enim pactum , nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente* » (C. J. 1, 14, 5)

⁸¹ Traduction : « *Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas , trahi generaliter imperamus* » (C. J. 1, 14, 5)

⁸² Ulpien, 1 et 2 , *Liber singularis regularum*., *De legibus*, I.

contraire l'acte était conforme au *ius civile*, même s'il était vicié par le dol ou par la violence, on ne pouvait pas le contester⁸³.

19. D'où l'intervention du préteur pour remédier à cette injustice du *ius civile*⁸⁴.

– C'est la procédure formulaire qui, sans pour autant créer une véritable action en nullité, permet cette intervention. Cette procédure permet à ce magistrat de créer des actions proches de l'action en nullité, mais qui n'étaient pas des actions en nullité. En effet, elles ne pouvaient aboutir qu'à une sanction pécuniaire, sauf pour la *restitutio in integrum*⁸⁵. Cependant, même si le juge ne pouvait prononcer que des sanctions pécuniaires, à la fin de la période classique, il pouvait forcer les parties à s'exécuter, s'il le fallait, *manu militari*⁸⁶. Malgré tout, ce n'est qu'avec la procédure *extraordinaire* que l'action en nullité naîtra à Rome. Par conséquent la procédure formulaire ne pouvait pas permettre au préteur d'annuler le contrat⁸⁷ ; il pouvait seulement utiliser sa *iurisdictio* (1) ou son *imperium* (2) pour créer des actions très proches de l'action en nullité⁸⁸.

1. Les actions résultant de la *iurisdictio*

20. La procédure formulaire comporte deux phases⁸⁹ : la phase *in iure*, qui se passe devant le préteur⁹⁰, et la phase *apud iudicem*, qui se passe devant le juge. – Dans la phase *in iure*, le préteur, dans l'exercice de sa *iurisdictio*, rédige une formule qui fixe les modalités du procès⁹¹. Dans la phase *apud iudicem*, le juge ne peut que vérifier l'existence des faits pour appliquer la formule. Cette formule avait la structure suivante⁹² : 1) la nomination du juge ; 2) *l'intentio*, où l'on expose les prétentions ; 3) la *condamnatio*, par laquelle le préteur donne des

⁸³ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 52.

⁸⁴ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 25.

⁸⁵ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 15.

⁸⁶ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 52.

⁸⁷ *Idem*, p. 53.

⁸⁸ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 31; Voir aussi : J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 12.

⁸⁹ M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 429.

⁹⁰ P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 1061.

⁹¹ *Idem*, p. 1076.

⁹² M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 431.

instructions au juge⁹³. Il faut ensuite passer devant le juge qui ne peut prononcer qu'une sanction pécuniaire⁹⁴.

Mais lors de l'élaboration de cette formule, le préteur pouvait permettre aux parties de n'exposer que des faits dans l'*intentio* sans évoquer une règle de droit au soutien de ces faits. Dans ce cas, dans la *condamnatio*, le préteur demande au juge de juger comme si une règle existait pour fonder l'action des parties⁹⁵. On appelait cette action, l'action *in factum*⁹⁶. C'est ce procédé qu'il utilise pour sanctionner la violence et le dol dans la formation du contrat. En effet, aucune règle du *ius civile* ne sanctionnait les vices du consentement⁹⁷, sauf l'erreur, car selon Girard, l'erreur était sanctionnée par une nullité de plein droit dans le *ius civile*⁹⁸.

21. En ce qui concerne le dol, le préteur a créé une action spécifique, qui n'était pas une action en nullité, mais une action délictuelle et infamante⁹⁹. – Aussi, avec une telle action, on ne condamnait pas à la restitution ; on prononçait une sanction pécuniaire¹⁰⁰. La personne, auteur du dol, avait le choix suivant : soit payer la sanction soit restituer la chose livrée. Mais rien ne l'obligeait à restituer cette chose¹⁰¹. C'est sous Justinien que l'*actio doli* est devenue *arbitraire*. Ce qui a permis au juge de condamner l'auteur du dol au quadruple de la valeur de la chose à restituer, s'il ne restitue pas cette chose¹⁰². Si le contrat vicié par le dol n'avait pas encore été exécuté, et si on en demandait l'exécution, le préteur pouvait aussi accorder

⁹³ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p.19. ; A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 30.

⁹⁴ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 21.

⁹⁵ M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 434 ; J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 24 ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 1080.

⁹⁶ Pomponius, D. 19, 5, 11.

⁹⁷ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Paris : Economica, 2007, p. 654 ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 445; *Contra* : Quant à Renard, pour lui les actions sanctionnant le dol et la violence n'étaient pas forcément des actions *in factum*, même si elles ont finalement été assimilées à ces dernières. (G. Renard, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-âge», op. cit., pp. 248 et 249).

⁹⁸ C'est pour cela que Girard a estimé que « l'erreur [...] intervient à Rome pour empêcher le contrat d'être formé » mais ne le vicie pas. C'est pour cela que « la crainte [...] à la différence de l'erreur [...] n'entraîne jamais l'inexistence du contrat pour défaut de consentement » (P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., pp. 490 et 492 ; voir aussi J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 837).

⁹⁹ G. Renard, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-âge», op. cit., p. 452; J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 838.

¹⁰⁰ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 520.

¹⁰¹ Ulpian, D. 4, 3, 1, 4.

¹⁰² D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 521; R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 59 ; M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 433.

l'exception de dol à la victime du dol¹⁰³. Ce qui permettra à ce dernier s'opposer à cette action en exécution en invoquant le dol du créancier¹⁰⁴.

22. Si le contrat était vicié par la violence, le préteur pouvait utiliser le même procédé en accordant à la victime de la violence, l'*actio metus*. – Cette action était une action pénale¹⁰⁵ et arbitraire mais pas une action en nullité¹⁰⁶. Là aussi, le juge ne pouvait prononcer que des sanctions pécuniaires ; il ne pouvait pas forcer l'auteur de la violence à restituer la chose¹⁰⁷. Tout au plus pouvait-il le condamner à verser le quadruple de la valeur de la chose, s'il ne la restituait pas, car l'*actio metus* était arbitraire dès la période classique¹⁰⁸.

Si le contrat n'a pas encore été exécuté, le préteur pouvait accorder l'*exceptio metus* à la victime de la violence. Ce, pour permettre à ce dernier de s'opposer à la demande d'exécution du contrat vicié¹⁰⁹. Néanmoins dans tous ces cas, il n'y avait pas d'action en nullité. En effet, ces actions ne pouvaient donner lieu qu'à des sanctions pécuniaires¹¹⁰. C'est pour cette raison que, à côté de ces actions, issues de sa *iurisdictio*, le préteur a développé des actions issues de son *imperium* dont il pouvait exiger l'exécution en nature.

2. Les actions résultant de l'*imperium*

23. Le préteur était un magistrat, et à ce titre, il avait l'*imperium*¹¹¹. – La *restitutio in integrum*, comme les stipulations prétorienne et la *missio in possessionem*¹¹² sont justement

¹⁰³ Justinien, Inst. 4, 13, 1.

¹⁰⁴ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 516; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 64; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 492.

¹⁰⁵ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 515. Mais même dans le droit contemporain, certains vices du consentement sont toujours considérés comme des délits pénaux (En ce sens, Cf: l'article L 122-8 et s. du Code de la consommation et l'article 223-15-2 du Code pénal)

¹⁰⁶ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 516; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 1085.

¹⁰⁷ C. J. 2, 20, 4.

¹⁰⁸ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 816 ; R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 58 ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 448.

¹⁰⁹ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 63; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 28 ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 493.

¹¹⁰ Justinien, Inst. 4, 6, 31.

¹¹¹ Il s'agissait de l'*imperium domi* ici. Ce pouvoir permettait au préteur de se livrer à des activités juridictionnelles. (M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., pp. 238- 308).

tirées de cet *imperium*¹¹³. Il était libre d'accorder ou pas cette *restitutio in integrum*, car il s'agissait d'une simple faveur¹¹⁴. Cette procédure, qui avait des conditions et des effets presque identiques à ceux des actions résultant de la *iurisdictio*, était subsidiaire¹¹⁵. On ne pouvait pas l'invoquer si l'acte vicié n'avait pas encore été exécuté¹¹⁶. Cette action était également refusée si les exceptions et les actions, résultant de la *iurisdictio*, pouvaient permettre de paralyser les effets de l'acte¹¹⁷.

Cette procédure ne connaissait pas deux phases, mais une seule comme dans la procédure extraordinaire¹¹⁸. Cependant, le préteur pouvait décider d'une seconde phase, afin de permettre le rétablissement des parties dans la situation d'avant le contrat. Pour cela, il utilisait une action fictive ordonnant au juge de décider comme si le contrat n'existait pas. On appelait cette action, la « *rescissoriae* »¹¹⁹. A la différence des actions résultant de la *iurisdictio*, qui permet seulement une sanction pécuniaire contre l'auteur de l'acte vicié, avec cette procédure, le préteur peut ordonner la restitution de la chose, objet du contrat annulé. Cette décision peut être exécutée *manu militari*, s'il le faut¹²⁰. Ce qui rapprochait l'action résultant de cette procédure d'une véritable action en nullité.

24. Cependant, l'édit du préteur, qui fixe les modalités de la *restitutio in integrum*, ne pouvait durer qu'un an et pas plus¹²¹. – Après cet édit, l'acte annulé par cette procédure pouvait ressusciter. D'après Mortet, la *restitutio in integrum* ne pouvait durer que

¹¹² *Idem*, p. 438; Adde : P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 1127.

¹¹³ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 22. ; A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 32.

¹¹⁴ Modestin, D. 4, 1, 3.

¹¹⁵ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 817.

¹¹⁶ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 51.

¹¹⁷ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 817. Ce qui restreignait son champ à des cas très spécifiques, comme quand le débiteur de restitution était insolvable. (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 516.)

¹¹⁸ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 29; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 64.

¹¹⁹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 30.

¹²⁰ *Idem*, p. 29. Ce qui matérialise l'*imperium militae* du préteur qui restait en sommeil, sauf en cas de nécessité. Cette exécution *manu militari* de la *restitutio in integrum*, prouve justement le réveil de cet *imperium militae* en cas de nécessité (M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 310).

¹²¹ Ulpien, D. 4, 2, 1; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 3. Cette annualité a été mise en place pour marquer la rupture entre la monarchie et la république. A la différence du roi, le magistrat n'exerce pas des fonctions viagères. Ce qui permet la mise en cause de ses fonctions chaque année (M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., pp. 239- 305).

pendant la durée de la magistrature du préteur, puisque, à un « contrat reconnu par le *jus civile*, le préteur ne pouvait [...] enlever son existence légale : il ne pouvait que le priver **temporairement** de ses effets juridiques [...] si l'obstacle qui le paralysait venait à disparaître, il pouvait recouvrer son efficacité pratique»¹²². Par conséquent la *restitutio in integrum* ne pouvait pas être une véritable action en nullité¹²³. Ce qui prouve qu'une véritable action en nullité n'existait pas à Rome. Ce n'est que sous *Justinien* que l'on peut parler véritablement d'une action en nullité, car même la violation du *ius civile* par le contrat ne donnait lieu, généralement, à aucune action en nullité à l'époque classique¹²⁴.

III. Les nullités au Bas-Empire

25. Le Bas-empire dure de 284 à 564 après J.C¹²⁵. – Cette période voit l'émergence de la procédure *extraordinaire*, qui supprime les deux phases dans le procès en droit romain¹²⁶, à la fin du III^{ème} siècle de notre ère¹²⁷. C'est cette suppression qui facilite l'émergence de l'action en nullité¹²⁸. En effet, avec cette procédure, le pouvoir du juge n'est plus limité aux sanctions pécuniaires. Mais, malgré cette possibilité offerte par la procédure *extraordinaire* de créer une action en nullité, l'empereur *Théodose* semble la rendre inutile en estimant que « ce qui est fait contre la loi est non seulement **inutile**, mais encore **radicalement nul** [...] »¹²⁹. Ce qui laisse entendre qu'un acte contraire à la loi ne produit aucun effet, même sans l'intervention du juge.

¹²² C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p.5; Pour Hartemann aussi, « l'in *integrum restitutio* est donc une voie de nullité ; mais ce n'est qu'une voie de nullité prétorienne. L'acte annulé, en effet, n'est nul que d'après le Droit prétorien ; en principe le Droit civil le considère encore comme existant et comme produisant ses effets [...] » (E. **Hartemann**, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 64).

¹²³ D. Deroussin, « C I C. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 193.

¹²⁴ Cf. *Supra*, n° 26.

¹²⁵ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 2.

¹²⁶ C. J. 2, 58, 1.

¹²⁷ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 40; J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 28 ; M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p 439 ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 1132.

¹²⁸ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 83.

¹²⁹ Traduction : « *hoc est, ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur* » (C. J. 1, 14, 5).

26. Pour assister à une véritable émergence de l'action en nullité, il faut donc attendre Justinien. – Ce dernier crée une action en nullité, résultant de la fusion des nullités issues du droit prétorien et de celles issues du *ius civile*¹³⁰. Pour arriver à un tel résultat, il s'est attribué le rôle du préteur dans l'interprétation des textes¹³¹. Néanmoins, *Justinien*, en soumettant ces actions qu'il a créées à une même prescription de quatre ans¹³², ne prend pas le soin de distinguer réellement ces différentes actions en nullité¹³³. Ce sont les auteurs des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles qui vont chercher à systématiser ces nullités romaines¹³⁴.

B. La tentative de systématisation de ces nullités par la doctrine des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles

Si la doctrine romaine n'a jamais songé à construire une théorie des nullités, plusieurs auteurs, ayant écrit sur les nullités après le Code civil, ont tenté de systématiser les différentes nullités romaines pour justifier leur théorie des nullités (I). Mais cette systématisation ne reflète pas réellement le droit romain (II).

I. La présentation faite par la doctrine des nullités romaines

27. Plusieurs auteurs, après le Code civil, ont voulu se servir du droit romain pour justifier leur théorie des nullités¹³⁵. – Ils ont essayé de montrer que cette théorie existait à

¹³⁰ C'est ce qu'a montré Mortet, pour qui « ce fût la réforme législative de Justinien qui effaça la distinction de la nullité civile de la nullité prétorienne » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 60).

¹³¹ C. J. 1, 14, 11.

¹³² C. J. 2, 53, 7; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 61.; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 18; G. Lutzescio, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 83; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 14; J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 838.

¹³³ G. Lutzescio, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 87.

¹³⁴ G. Lutzescio, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 84.

¹³⁵ Aussi Renard a estimé que les auteurs après le Code civil «ont trouvé [...] de nombreux points d'appui dans les textes romains, et les travaux des anciens romanistes sont les ancêtres de nos théories des nullités» (G. Renard, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-âge», op. cit., p. 215).

Rome¹³⁶. Or « les jurisconsultes romains n'ont **point construit de théorie des nullités** ; nulle part ils ne réunissent en un corps de doctrine les hypothèses infiniment variées ou un acte manque son effet en raison d'un vice initial ; ils négligent, et de mettre en lumière les traits qui leur sont **communs**, et de les partager en **catégories logiques** »¹³⁷. Même le Digeste, qui a recensé les positions de la doctrine romaine sur plusieurs points¹³⁸, ne contient ni une classification ni une définition générale des nullités. Si bien que « la langue juridique latine ne possède aucune expression pour désigner, de la façon la plus générale, la nullité. »¹³⁹

28. Pour expliquer cette absence de classification des nullités à Rome, on peut faire appel à l'opposition entre le *ius civile* et le droit prétorien. – En effet, « si les jurisconsultes romains n'ont jamais éprouvé le **besoin** de créer de toutes pièces sur ce point une théorie complète, c'est que **l'origine** parfaitement distincte des cas d'inexistence et des cas d'annulabilité empêchait entre eux la confusion »¹⁴⁰ Ce qui revient à dire que l'on n'avait pas besoin d'une classification des nullités à Rome, car il suffisait de se référer à l'opposition entre le *ius civile* et le *ius* prétorien : la violation du *ius civile* était sanctionnée par l'inexistence, et la violation du *ius* prétorien par l'annulabilité¹⁴¹.

Cette idée se rencontrait chez plusieurs auteurs au XIX^{ème} siècle. Ainsi, pour Mortet, à « Rome, pendant la période classique, deux Droits se trouvaient en présence, le *jus civile* et le

¹³⁶ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.16. ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 13.

¹³⁷ G. Renard, « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-âge », op. cit., p. 214 ; Ainsi pour Hartemann aussi, « ne nous attendons pas à trouver une théorie nettement formulée [...] sur cette distinction. Loin de là, nous serons obligés de dégager nous-même un système général des décisions éparses rendues sur la question » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p.13). C'est pour cela que F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette ont estimé que « le droit romain n'a jamais comporté une théorie très précise des nullités et cette lacune s'est fait ressentir jusqu'à nos jours » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 100.). Pour Ghestin aussi, le droit romain n'a « [...] jamais connu de théorie précise [...] » en matière de nullité (J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1988, p. 873.). Quant à S. Gaudet, il semble aller dans le même sens en estimant que les « [...] jurisconsultes romains n'ont ni élaboré ni esquissé une théorie des nullités » (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », *McGill Law Journal*, 1995, Vol. 40, p. 299).

¹³⁸ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., pp. 29, 33; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 88.

¹³⁹ G. Renard, « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-âge », op. cit., p. 214; Pour C. Mandoza aussi, en ce qui concerne la théorie des nullités dans le droit romain, la « doctrine demeure incertaine: aucune loi ne la formule expressément ; certains concepts demeurent imprécis, flottants » (C. Mandoza, « La nullité des contrats », op. cit., vol II, p. 104).

¹⁴⁰ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.16.; Pour Pize aussi « nous n'allons pas rencontrer [...] cette théorie générale des divers degrés d'inefficacité originaire des contrats [...] mais nous espérons montrer qu'une distinction [...] analogue à la distinction moderne de l'inexistence et de l'annulabilité, ressort des lois romaines » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p.13 ; C. Mandoza, « La nullité des contrats », op. cit., vol II, p. 104).

¹⁴¹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 57.

jus praetorium [...] **De là deux sortes de nullités** [...] »¹⁴². Cependant, cette présentation est critiquable, parce que non seulement toutes les nullités prétoriennes n'étaient pas de véritables nullités¹⁴³, mais même certaines nullités prétoriennes pouvaient être des inexistentes. Quant aux nullités civiles, certaines d'entre elles pouvaient être des annulabilités. C'est ce qui sera démontré ci-dessous.

II. Les critiques de cette présentation

29. Selon la doctrine, qui vient d'être exposée, la nature de la nullité était déterminée à Rome par l'origine de la règle dont elle assurait la sanction. – Si elle sanctionnait la violation du *ius civile*, c'était une inexistence, si elle sanctionnait la violation du droit prétorien, c'était une annulabilité. Le dol faisait justement partie du droit prétorien, puisque c'était un délit prétorien¹⁴⁴. Donc normalement, il aurait dû être sanctionné par l'annulabilité. Or, contrairement à la violence qui elle était sanctionnée par les nullités prétoriennes même dans les contrats de bonne foi¹⁴⁵, le dol était sanctionné par une inexistence dans les contrats de bonne foi¹⁴⁶. Ainsi Bartole a-t-il montré que si le contrat de bonne foi était vicié par le dol¹⁴⁷, sa nullité pouvait jouer sans aucune action, comme pour les contrats inexistant¹⁴⁸. Idée qui se retrouvait chez Cujas aussi¹⁴⁹. Ce qui permit d'invoquer ce dol perpétuellement, en utilisant, non *l'actio doli* mais *l'actio empti* s'il s'agissait d'une vente, pour obtenir la restitution¹⁵⁰. Ce qui prouve qu'un vice prétorien pouvait rendre un contrat inexistant, même

¹⁴² C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 143; Pour Pize aussi la « [...] distinction du jus civile et du jus *praetorium* a une importance capitale en notre matière : elle nous permettra de constater qu'en droit civil l'inexistence forme la règle générale, règle qui comporte cependant quelques exceptions, et qu'en droit prétorien, la règle est au contraire une sorte d'annulabilité » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 14).

¹⁴³ Cf. *Supra*, n° 20 et s.

¹⁴⁴ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 654.

¹⁴⁵ Paul, D. 4, 2, 21, 4 ; C. J. 2, 20, 4.

¹⁴⁶ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 116; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp., Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 452; G. Renard, « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age », op. cit., p. 244.

¹⁴⁷ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p.122.

¹⁴⁸ Bart. in I. 3., C., *de his quae vi*, 2, 20.

¹⁴⁹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 46.

¹⁵⁰ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 520 ; Paul, D. 19, 1, 21.

si cette inexistance n'était pas parfaite, car la restitution s'obtenait à l'aide de l'action du contrat.

Malgré tout, on peut parler d'inexistence ici, car même après la disparition d'une vente, Pomponius explique que son action peut lui survivre¹⁵¹. Ce qui prouve que l'action du contrat pouvait exister à Rome sans le contrat, de sorte que l'existence de cette action ne contredit pas l'inexistence de ce contrat. D'ailleurs, cette inexistance a été explicitement rappelée par Paul, dans le contrat de société vicié par le dol, en parlant de nullité de plein droit. En effet, étant un contrat de bonne foi, il a estimé qu'une « société frauduleuse ou contractée de mauvaise foi est **nulle de plein droit** ; parce que la bonne foi, qui doit faire l'âme de la société, est contraire à la fraude et au **dol**. »¹⁵². Ce qui prouve que la violation du droit prétorien peut être, ici, sanctionnée par une inexistance.

30. Dans d'autres cas, il pouvait arriver, qu'un vice issu du *ius civile*, rende l'acte annulable et non inexistant. – Selon la doctrine, la nature de la nullité était déterminée à Rome par son origine : si elle sanctionnait la violation du *ius civile*, c'était une inexistance et donc une nullité de plein droit. Néanmoins il y a des actes, qui étaient annulables et non inexistants, alors même qu'ils violaient le *ius civile*. On peut citer les exceptions issues de la *lex Plaetoria* et des sénatus-consultes *Velleien* et *Macédonien* qui ont été « créées par le *Droit civil* »¹⁵³. Si un acte violait ces sénatus-consultes, la nullité qui le sanctionnait n'était pas une inexistance : l'acte n'était pas nul de plein droit, parce qu'il fallait lui opposer une exception. Or comme ces sénatus-consultes font partie du « droit civil », la nullité qui sanctionne leur violation aurait dû avoir le « [...] caractère de l'inexistence »¹⁵⁴. Ce qui peut expliquer la mise en cause, de l'origine civile de ces sénatus-consultes, par certains auteurs. Pour ces auteurs, si la violation de ces sénatus-consultes n'est pas sanctionnée par l'inexistence, c'est parce qu'ils ne faisaient pas partie du *ius civile*.

31. Normalement le *ius civile* était composé par les sénatus-consultes, les plébiscites, les constitutions impériales et certaines coutumes¹⁵⁵. – Quant au droit prétorien, c'était celui

¹⁵¹ Pomponius, D. 18, 1, 6, 1.

¹⁵² Traduction : « *Societas, si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est : quia fides bona contraria est fraudi et dolo* » (Paul, D. 17, 2, 3, 3.)

¹⁵³ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 57.

¹⁵⁴ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 57.

¹⁵⁵ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 2.

qui se trouvait dans l'*édit*¹⁵⁶. Donc on peut dire que le sénatus-consulte macédonien, évoqué pour la première fois par Ulpien, appartient aux normes qui sont citées parmi le *ius civile*¹⁵⁷. Mais pour Mortet, en ce qui concerne les exceptions issues du sénatus-consulte macédonien « [...] aucune d'elles n'a pu être créée par le *jus civile* [...] »¹⁵⁸ car les « sc. Velleien et Macédonien [...] ne formaient pas de dispositions législatives [...] mais étaient de **simples avis** [...] »¹⁵⁹.

Il est vrai que les sénatus-consultes n'étaient pas des normes comme les constitutions impériales ; ils n'étaient que de simples avis du Sénat¹⁶⁰. Mais à la fin du deuxième siècle de notre ère, ces sénatus-consultes sont devenus de véritables normes. En effet, c'est par eux que l'Empereur a capté le pouvoir des Comices¹⁶¹, car pendant ce deuxième siècle de notre ère, l'« *oratio principis* »¹⁶², c'est-à-dire le discours du Prince devant le Sénat, est devenu une norme qui a la même valeur que la loi. Cette loi prenant la forme d'un sénatus-consulte¹⁶³.

C'est pour cette raison que les empereurs *Gratien*, *Valentinien* et *Théodose* ont estimé, à l'époque, que « quoique le sénatus-consulte ait par lui-même vigueur éternelle, nous voulons cependant **l'appuyer encore par nos lois** »¹⁶⁴. D'où l'identité de nature entre les sénatus-consultes et les *constitutions* impériales. C'est ce qu'a montré **M. Humbert** en estimant qu'au « II^e siècle, le Sénat [...] édicte maintenant des normes qui ont valeur de *ius civile* »¹⁶⁵. Girard aussi semble aller dans le même sens¹⁶⁶. Ainsi les sénatus-consultes *Tertullien* et *Orbitiez*, pris en 160 et en 178 de notre ère, faisaient-ils partie du *ius civile*¹⁶⁷.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ Ulpien, D. 16, 6, 1.

¹⁵⁸ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 18.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 32.

¹⁶⁰ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 22.

¹⁶¹ Avant cette captation du pouvoir des comices, le Sénat se contentait de donner l'*auctoritas* aux textes votés par ces comices. Cette *auctoritas* prenant la forme d'un sénatus-consulte (M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., pp. 326-414 ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit, p. 61 et s).

¹⁶² M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit. p. 414; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 62.

¹⁶³ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 27. C'est à avec la complicité du Sénat qu'Octave a pu faciliter la mise en place de l'empire en 27 après J. C. (M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 378).

¹⁶⁴ Traduction : « *Quamvis senatusconsultum perpétua per se obtineat firmitatem, tamen nostris legibus etiam idem prosequimur* » (C. J. 1, 16, 1.)

¹⁶⁵ M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 414.

¹⁶⁶ P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., p. 62.

¹⁶⁷ M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 414

32. D'où la nécessité de s'interroger sur la date du sénatus-consulte macédonien pour dire si c'était un avis ou une norme du *ius civile*. – Le sénatus-consulte macédonien daterait approximativement d'une période entre le règne de *Claude* et de celui de *Vespasien*, c'est-à-dire de 41 à 80 après J. C.¹⁶⁸. Même si la date exacte de ce texte fait encore débat¹⁶⁹, on peut donc dire que ce sénatus-consulte date d'une époque où les sénatus-consultes n'étaient pas encore rangés parmi les textes de l'*ius civile*, mais étaient de simples avis¹⁷⁰. En effet, les sénatus-consultes ne sont devenus des normes qu'à la fin du deuxième siècle après J.-C.¹⁷¹.

Ce qui permet de dire que la violation du sénatus-consulte Macédonien n'était pas une violation du *ius civile*¹⁷², d'autant que ce sénatus-consulte ne disait pas clairement, dans son texte repris littéralement ici¹⁷³, que sa violation devait être sanctionnée par une exception. C'est le préteur et la doctrine qui ont découvert cette exception. Il est donc normal que la sanction de ce texte ne soit pas une inexistence, mais une annulabilité, parce que ce texte n'était pas normatif et son exception n'a été ajoutée que par le préteur et Ulpien¹⁷⁴. Ce qui peut expliquer la pertinence du rangement de ce texte parmi les textes issus du droit prétorien.

33. Mais quant aux lois *plaetoria* ou *cincia*, leur caractère civil ne faisait aucun doute. – Cependant, leur violation n'était pas sanctionnée par une inexistence mais par une exception¹⁷⁵. Ce qui prouve que la violation du *ius civile* n'était pas systématiquement

¹⁶⁸ Dictionnaire encyclopédique et universel, op. cit., pp. 323 et 1645.

¹⁶⁹ D. Deroussin, *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français*, Préf. N. Dockès, Paris : Bocard, 2001, p.19 ; M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 414.

¹⁷⁰ P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, op. cit., pp. 64 et 835: Quant au sénatus-consulte Valléien, il daterait entre 44 et 46 après J.C.

¹⁷¹ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 27 ; Ainsi pour Mortet, « on conçoit difficilement pourquoi le *jus civile* dont le procédé normal et habituel était de considérer comme légalement inexistant le contrat qu'il voulait priver d'efficacité, aurait pris ici, pour atteindre le même résultat, le moyen détourné auquel le préteur avait recours, précisément parce qu'il n'était pas investi d'un plein pouvoir législatif » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p.31).

¹⁷² Même si on n'a pas d'information sur l'origine de ce second sénatus-consulte.

¹⁷³ **V o i c i les termes du sénatus-consulte Macédonien :** « Comme entre les différents crimes dont *Macédos* s'est rendu coupable par le penchant naturel qu'il avait au mal, il se procurait criminellement des créances, et que souvent cet usurier, en prêtant de l'argent sans exprimer aucune cause, ouvrait la carrière aux débauches et à la mauvaise conduite des fils de famille, on a décidé que celui qui aurait prêté de l'argent à un fils de famille n'en pourrait point exiger de lui le paiement, même après la mort du père sous la puissance duquel il était. Pour apprendre à ceux qui prêtent ainsi à usure (ce qui est d'un très mauvais exemple), que l'obligation contractée à cet égard par un fils de famille ne pourra jamais devenir valable, et qu'on ne gagnera rien à attendre la mort du père » (Ulpien, D. 14, 6, 1).

¹⁷⁴ Ulpien, D. 14, 6, 7.

¹⁷⁵ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 32. Pour l'exception qui se trouve dans la *lex Plaetoria*, Mortet a estimé qu'étant antérieure à la *lex Aebutia* qui a créé la procédure formulaire et donc les exceptions, elle n'est pas une véritable exception. (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 32).; *Contra* : Mais Hartemann lui, il a reconnu ces exceptions pour les relativiser en estimant que « de ce qu'il

sanctionnée par l'inexistence ; elle pouvait aussi être sanctionnée par une annulabilité, qui ne pouvait être invoquée que par une exception¹⁷⁶.

34. Il pouvait même arriver que cette violation du *ius civile* fût sanctionnée, non par une exception, mais aussi par une action en nullité comme pour les nullités prétoriennes.

Ainsi la *querella inofficiosi testamenti* permettait de sanctionner un testament violant le *ius civile*¹⁷⁷. Cette sanction, contrairement aux autres sanctions de la violation du *ius civile*¹⁷⁸, n'opérait pas de plein droit, comme pour les inexistentes, mais nécessitait une action, proche de la rescision¹⁷⁹, mais qu'on appelait la *querella inofficiosi testamenti*¹⁸⁰.

Cette action était introduite, non devant le préteur, mais devant les Centumvirs¹⁸¹. Cette juridiction, à la différence du préteur, ne pouvait se prononcer que sur des actions issues du *ius civile*¹⁸². Par conséquent pour Lutzesco, cette *querella inofficiosi testamenti* serait même à l'origine de l'action en nullité dans le *ius civile*¹⁸³. Ce qui prouve là aussi, que dans le *ius civile*, il y avait aussi des annulabilités qui étaient prononcées par le juge¹⁸⁴.

y a des exceptions de Droit civil, il ne s'ensuit pas nécessairement que les actes contre lesquels ces exceptions sont admises ne sont pas inexistantes » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 60).

¹⁷⁶ Renard montre ici que l'exception à Rome est différente de l'exception actuelle, car l'acte faisant l'objet d'une exception existait jusqu'à l'annulation, dans la mesure où l'exception était une simple promesse du préteur. Avant la réalisation de cette promesse par l'exception, l'acte reste valable, mais il est tout simplement annulable. Ce qui faisait des actes sanctionnés par les exceptions des véritables annulabilités (G. Renard, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-âge», op. cit., pp. 228, 229 et 230).

¹⁷⁷ Plus exactement, Lutzesco montre que la *querella* sanctionnait la violation du droit coutumier. (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 69.). Voir aussi : Or pour Mortet, la coutume faisait justement partie du *ius civile* (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 2; voir aussi A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 22.

¹⁷⁸ Marcien, D. 5, 2, 2 et 19 ; Ulpian, D. 23, 3, 39, 1.

¹⁷⁹ Renard a montré que Bortole aussi faisait la même confusion entre la *querella* et la rescision (G. Renard, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-âge», op. cit. p. 237).

¹⁸⁰ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 71

¹⁸¹ Car cette juridiction était compétente pour des questions familiales (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 19 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 33).

¹⁸² On peut dire que cette action était une action du *ius civile*, puisque les héritiers prétoriens ne pouvaient pas l'invoquer, car « on ne peut faire valoir par la procédure des actions de la loi que des actions établies par la loi civile, et tous les procès jugés par les centumvirs étaient liés par la procédure des actions de loi [...] » Or malgré tout, Girard a montré que la *querella* se passait devant cette juridiction. Ce qui prouve que cette nullité était une nullité civile et non prétorienne. (P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, (1895) réimp, Préf. J -P. Lévy, op. cit., p. 914).

¹⁸³ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 81 ; G. Renard, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-âge», op. cit., p. 217.

¹⁸⁴ Ulpian, D. 5, 2, 8, 16.

35. **En conclusion, on ne peut pas dire, comme la doctrine, que, a Rome, la violation du *ius civile* était systématiquement sanctionnée par l'inexistence et la violation du droit prétorien par l'annulabilité.** – Il y avait des cas où le *ius civile* était sanctionné par l'annulabilité, et des cas où le droit prétorien était sanctionné par l'inexistence. Par conséquent, on peut dire qu'il n'y avait pas de critère fondé sur l'origine de la règle violée à Rome. Ce qui rendait impossible la distinction des nullités romaines. La même difficulté se rencontre après Rome dans la doctrine savante.

§ 2. Aperçu des nullités au Moyen-âge

36. **Le début de cette période, qui n'était pas propice à une systématisation¹⁸⁵, n'a pas vu naître une théorie des nullités.** – A l'époque, où chaque groupe ethnique avait ses propres règles¹⁸⁶, les lois romaines des barbares ont repris les règles romaines, d'avant Justinien, régissant les nullités¹⁸⁷. En effet, si la constitution de Caracalla avait affirmé que le droit romain était aussi applicable en Gaule¹⁸⁸, le droit de Justinien ne fut jamais appliqué en Gaule à l'époque¹⁸⁹ ; on utilisait plutôt le code Théodosien¹⁹⁰. Aussi, le Bréviaire d'Alaric, qui date de 506¹⁹¹, reprend-il la distinction romaine qui se trouve dans ce code¹⁹², c'est-à-dire la

¹⁸⁵ Ainsi pour Lutzesco, « la période barbare, comprise entre 481 et 987, porte la double marque de la confusion et de l'incertitude » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 90).

¹⁸⁶ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 4.

¹⁸⁷ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 108 ; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 91. Ainsi A. Rigaudière a montré que les Rois barbares avaient permis aux gallo-romains d'utiliser le droit romain. C'est ce droit qui se trouve dans les lois romaines des barbares (A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 60).

¹⁸⁸ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 83.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 85.

¹⁹⁰ A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 61 ; Voir aussi : E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 107.

¹⁹¹ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n°401.

¹⁹² C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 86.; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit*

distinction entre la nullité résultant du droit prétorien et la nullité de droit civil¹⁹³. Néanmoins, cette distinction était loin d'être parfaite. En effet, à l'époque, « la *restitutio in integrum* reçoit la signification la **plus vague** : tout rétablissement d'une situation disparue [...]»¹⁹⁴. Ce qui compte non seulement l'annulation, proprement dite, mais aussi les restitutions résultant d'une révocation d'une donation¹⁹⁵. D'où une certaine confusion entre l'annulation et la résiliation dans ce droit.

37. Quant aux coutumes germaniques des barbares¹⁹⁶, elles ne contenaient pas de distinction claire des nullités¹⁹⁷. – En effet, dans ce droit, il n'y a qu'un seul type de nullité de l'acte qui n'a pas de « *firmitate* »¹⁹⁸ : l'inexistence¹⁹⁹. L'annulabilité, au sens où le contrat n'était pas nul de plein droit, existait certes en germe, mais elle se manifestait de façon très éloignée de l'esprit romain. En effet, dans la *lex ripuaire*, c'était « [...] les armes à la main que le demandeur en nullité faisait tomber le contrat contre lequel il dirigeait une action »²⁰⁰. Aucune doctrine n'a cherché à systématiser ces nullités, car pendant la période Barbare, « l'Europe occidentale devient un désert intellectuel [...] Il n'y a [...] plus de docteur [...]»²⁰¹. Ce qui ne veut pas dire que certaines coutumes germaniques n'ont pas esquissé une

romain, *l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 109; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., pp. 36-37.

¹⁹³ *Lex romana Visigothorum* : Gaius, II, tit. IX; *Lex romana Visigothorum*: cod. Theo. liv. II, tit. XVI, § 1 : Textes cités par Hartemann aussi (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 108).

¹⁹⁴ G. Renard, « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age », op. cit., pp. 216 et 218 ; Voir aussi : E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 104 ; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 90.

¹⁹⁵ *Lex romana* : Cur, III, tit. 19, 1 ; XVII, 5 : Texte cité par Renard (G. Renard, « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age », op. cit., p. 216).

¹⁹⁶ Ces lois ont été promulguées pour les peuples germaniques. (A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 59).

¹⁹⁷ C'est pour cela que Mortet a estimé que « [...] les diverses coutumes germaniques [...] la loi Salique, la loi Ripuaire, les lois des Alamans, des Bavares, des Burgondes et des Wisigoths, ne contiennent guère [...] comme dans la loi romaine, une théorie savamment élaborée sur la nullité des contrats » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 87).

¹⁹⁸ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 93.

¹⁹⁹ C'est pour cela que Renard a estimé que « la notion d'annulabilité [...] est complètement inconnue des interprètes barbares; loin de se développer, ses germes se corrompent » (G. Renard, « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age », op. cit., pp. 215 et 216).

²⁰⁰ Ainsi, pour Mortet, les Assises de Jérusalem admettaient elles aussi le duel pour faire tomber un contrat (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 89); Voir aussi : Ce qui peut se comprendre, car A. Rigaudière a montré qu'à l'époque déjà, on utilisait les ordalies dans la procédure (A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 64).

²⁰¹ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 34. ; Voir aussi : C'est pour cette raison que Hartemann a parlé de « l'état de la science du Droit encore imparfaite et presque dans l'enfance... » à cette époque. (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 104).

distinction des nullités, de façon très embryonnaire, comme l'ont montré certains textes de l'époque²⁰².

38. Cependant, à la fin de cette période, on assiste à un véritable effort de systématisation chez les canonistes²⁰³. – Cet effort est perceptible dans le décret de Gratien et dans les décrétales de Grégoire IX, où l'on tente de distinguer les nullités, même si cette distinction est loin d'être parfaite, car elle ne fait que reprendre les termes du droit romain²⁰⁴. Cet effort l'est davantage encore dans les coutumiers et chez les romanistes, qui tentent de construire une théorie des nullités, pendant la période territoriale²⁰⁵.

39. Les coutumiers du XIII^{ème} et du XIV^{ème} siècles ne se limitent pas à une simple compilation des coutumes ; ils ont réalisé un certain effort de systématisation. – C'est pour cette raison que Ph. Jestaz et C. Jamin ont estimé que l'œuvre des coutumiers est une véritable œuvre « doctrinale »²⁰⁶. Cet effort de systématisation s'est manifesté dans le domaine des nullités aussi. Ce qui s'illustre parfaitement dans le tableau de Beaumanoir sur la classification des nullités, présenté ci-dessous²⁰⁷.

²⁰² *Leges Burgundiorum*, tit. XLIII, § 1 ; *Lex Wisigothrum*, liv. II, tit. V, ch. 9 ; *Lex Baiuvariorum*, tit. XV, ch. 2, § 2 ; *Lex Wisig.*, liv. II, tit. V, ch. 7 ; *Leg. Burgund.*, tit. LXXXVII, §§ 2 et 3 : Textes cités aussi bien par Hartemann que par Lutzesco (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 110 ; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 95).

²⁰³ Il est vrai qu'on trouve dans le Décret de Gracien les permisses de la distinction des nullités. Ainsi M. Vidal a montré que dans ce décret, il est dit qu'un mariage contracté avec un fou est inexistant, mais s'il y a une simple erreur sur la personne, le mariage serait simplement nul (M. Vidal, « L'inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle », in *Les controverses doctrinales*, Montpellier : Cahiers des écoles doctorales, 2000, p. 387). Le doyen Carbonnier en parlant de la nullité absolue et de la nullité relative, ne disait pas autre chose, car pour lui « quelque chose de cette dualité d'origine, recueillie à travers le droit canonique et l'ancien droit, continue à peser sur la théorie moderne » qui distingue la nullité absolue et la nullité relative (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 841).

²⁰⁴ *Decr. Greg.*, liv I, tit. 41, ch. 1 ; *Decr. Grat.*, liv II, tit. 14 et 15, q ; *Decr. Grat.*, II, 15, q, 6, c. 2 : textes cités aussi bien par Hartemann et Mortet que par Pize (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 131 ; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 43 ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., pp.92, 93).

²⁰⁵ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 5.

²⁰⁶ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 34 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p.114 ; A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n°435.

²⁰⁷ Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, ch. 16..., § 23 : textes cités par Hartemann aussi (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 118).

N° de ligne	La nature de la nullité	Le type de vice		
		Convention contraire aux bonnes mœurs ou à la loi	Convention faite sous l'empire de crainte	Convention consentie par un mineur
1	N'est mie à tenir	Ch. 34 § 2 § 23 § 24	Ch. 34 § 26	
2	<i>Est de nule valeur</i>		Ch. 34 § 38 § 40	Ch. 16 § 9
3	<i>On ne pot s'ivir de telle convenence</i>			Ch. 34 § 56
4	<i>Ne peut estre rapelée</i>			Ch. 34 § 56 §
5	<i>Pot estre rapelée</i>	Ch. 34 § 24	Ch. 34 § 29	Ch. 16 § 11
6	<i>On peut avoir restablissement</i>			Ch. 16 § 4

Ainsi, pour Beaumanoir, il y a, d'une part, les contrats nuls et d'autre part « [...] *ceux contre lesquels on peut seulement invoquer une barre ou demander l'entérine restitution* »²⁰⁸. Mais après avoir établi cette distinction, il ne précise aucun critère pour classer ces nullités. Et même la lecture du tableau ci-dessus ne permet pas de trouver ce critère, ce qui affaiblit les classifications de Beaumanoir²⁰⁹. On ne sait pas si c'est l'intérêt protégé où la différence entre le droit prétorien et le droit civil qui lui sert de critère de distinction, car certains coutumiers mélangeaient la coutume et le droit romain. Ainsi dans la ligne N° 1 de ce tableau, il soumet le contrat vicié par la violence et le contrat portant atteinte aux bonnes mœurs à la même sanction. On retrouve la même logique dans la ligne N°5 du tableau. Par conséquent, à la lecture de ce tableau, on ne peut pas « dire que Beaumanoir a fait une distinction de l'inexistence et de l'annulabilité [...] jetant ainsi le lecteur dans la plus grande confusion »²¹⁰.

40. Cette imprécision se rencontre chez les autres coutumiers aussi. – Ainsi si le coutumier d'Artois utilise les termes n'est « *mie à tenir* », pour désigner des nullités, on ne

²⁰⁸ J. Brissaud, *histoire du droit privé*, 2e éd, Paris : E. de Broccard, 1935, p. 465 ; J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit, p. 840.

²⁰⁹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 41.

²¹⁰ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 119 ; Voir aussi : Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 840.

sait pas quel type de nullité il désignait par ces termes²¹¹. Si on lit la *Somme rural* aussi²¹², il y est dit que l'acte immoral ou illicite « *ne doit pas estre tenu* » ou « *ne vault ny ne faict à tenir* »²¹³. Ce qui peut laisser entendre que les termes « *n'est mie à tenir* » désignaient une sorte de nullité, qui sanctionnait les actes violant l'intérêt général, comme la nullité absolue. Pourtant chez Pierre de Fontaine, dans le *Conseil à un ami*, publié après 1250²¹⁴, sont utilisés les mêmes termes pour désigner la nullité qui sanctionne le dol et la violation de l'intérêt général. Ce qu'illustre parfaitement le passage suivant : « *convenance faite par laide cause [...] ou par tricherie ou contre bones mœurs [...] n'est mie à tenir* »²¹⁵. Quant à Beaumanoir, lui aussi s'il a utilisé les termes « *n'est pas à tenir* »²¹⁶, c'est pour désigner la sanction de la violence et des actes violant l'intérêt général.

On peut conclure que dans ces coutumiers, toutes les nullités sont désignées de la même façon, avec les termes « *n'est mie à tenir* », sans aucune classification²¹⁷. C'est au reste ce qu'a constaté Hartemann en estimant que « les expressions *n'est mie à tenir* et autres [...] ne sont donc pas employées [...] pour édicter une inexistence [...] »²¹⁸. Cette absence de classification empêchait donc toute véritable théorie des nullités chez ces coutumiers.

41. Quant aux romanistes médiévaux, ils n'ont pas mieux réussi. – Après la redécouverte du droit de Justinien aux XI^{ème} et XII^{ème} siècles²¹⁹, les glossateurs étudient ce droit en tenant compte des compilations de Justinien²²⁰. Toutefois, *Irnerius*, qui était un des pionniers de ce

²¹¹ *Le coutumier d'Artois*, tit. 7, § 3 : textes cités par Hartemann aussi (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 123).

²¹² A l'époque, rurale ne prenait pas un e (A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n°446).

²¹³ Jean Bouteillier, *Somme rural*, liv. I, tit. 42: textes cités aussi bien par Lutzesco que par Hartemann (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 124 ; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 104.

²¹⁴ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n°441.

²¹⁵ P. de Fontaine, *Conseil*, ch. XV, § 1 : textes cités aussi bien par Lutzesco que par Hartemann (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p.106 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p.115).

²¹⁶ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p.107.

²¹⁷ *Idem*, p. 107.

²¹⁸ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p.125.

²¹⁹ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 3 ; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 108.

²²⁰ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 38. ; A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n°461 ; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 35.

courant, ne proposa aucune théorie des nullités²²¹. Certes, on trouve dans certaines gloses la distinction entre les actes nuls de plein droit, contre lesquels l'action en nullité n'est pas nécessaire sauf pour faire disparaître leurs effets²²², et les actes annulables²²³, mais il n'y a aucun critère précis pour distinguer ces nullités²²⁴. Il est revenu aux postglossateurs²²⁵, comme *Bartole*, de trouver un critère de distinction, fondé sur l'intérêt protégé et surtout sur l'apparence²²⁶. Pour Bartole, comme pour Balde, il y a des nullités de plein droit et des annulabilités²²⁷. Les nullités sont de plein droit quand l'acte, violant une règle d'intérêt général, n'a pas d'apparence de validité²²⁸. Ces nullités opéreraient sans l'intervention du juge²²⁹.

42. Bartole est le seul auteur dont la construction est proche d'une théorie, même si on peut se demander dans quelle mesure cette construction reflète réellement le droit romain. – En effet, les nullités romaines ne se distinguaient pas selon l'apparence de validité de l'acte²³⁰. On sait que si Cujas a rompu avec les bartolistes, c'est parce qu'il leur reprochait de privilégier les gloses au détriment des vraies sources romaines²³¹. La lecture de toutes ces gloses, où *Bartole* prend des libertés avec les textes romains sur les nullités, lui donne-t-il raison²³². Ce qui illustre la difficulté de la doctrine médiévisite à proposer une véritable théorie des nullités.

Cette difficulté de la doctrine médiévisite dans la construction de la théorie des nullités se poursuivra dans la doctrine de l'ancien droit aussi.

²²¹ Ainsi pour Lutzesco, « la conception d'*Irnerius* n'est pas trop claire : il flotte dans la [...] confusion [...] il confond souvent ce qui est contraire à la loi avec ce qui est fait en fraude, et la confusion se prolonge même en ce qui touche la sanction » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 113); Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 39.

²²² Texte cité par Renard aussi (G. Renard, « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age », op. cit., p. 228).

²²³ Texte cité par Renard aussi (*Idem*, p. 225).

²²⁴ Glose. v. *Ad distrahendā*, in I. 11, § 6 D., de act. Empt., 19, 1 ; Glose. v. *Nemo*, in I. 17 D., de inj. test., 28, 3.

²²⁵ Qui est un courant qui a succédé aux Glossateurs. (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 38).

²²⁶ Bart. in I. 1 § 1, D., de leg. III, 32 : texte cité par Renard aussi (G. Renard, « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age », op. cit., p. 225).

²²⁷ Bart. in I. Un., C., de thes., 10, 15 ; Bald. in I. 2 C., in quid. caus. rest. non nec., 2, 41.

²²⁸ Bart. in I. 5., C., quoin et quand., 7, 43 : texte cité par Renard aussi (G. Renard, « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age », op. cit., p. 227).

²²⁹ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 121-122.

²³⁰ Cf. *Supra*, n° 28.

²³¹ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, 4^e éd, Paris : L'Hermès, 1998, p. 55, 56 ; Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 51. Ainsi chez les glossateurs, les actions arbitraires romaines n'apparaissent pas fidèlement dans la glose, car elles sont assimilées à la *restitutio in integrum*. (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 839).

²³² G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 89.

§ 3. Aperçu des nullités dans l'ancien droit

Dans l'ancien droit, plusieurs sources de droit prévoient la nullité comme sanction (A). La doctrine de l'époque a tenté de systématiser cette diversité pour construire une théorie des nullités, sans qu'on puisse dire qu'elle ait réellement atteint cet objectif (B).

A. La diversité des sources des nullités dans l'ancien droit

43. Dans l'ancien droit, les nullités pouvaient avoir plusieurs sources. – En effet, à l'époque, il y avait soixante coutumes générales et sept cents coutumes locales²³³. A cela, il fallait ajouter les ordonnances, comme celle de Lyon, prise par Louis XII en 1510, et celle de Villers-Cotterêts, prise en 1539²³⁴. A partir du XVI^{ème} siècle, on a assisté à des tentatives de réunification de ce droit, initiées par Du Moulin et Guy coquille, sans oublier Domat et Pothier plus tard²³⁵. A côté de ces diverses sources nationales, il y avait aussi le droit romain. Mais pour ne pas permettre à ses sujets d'invoquer une règle étrangère sur son territoire, le Roi exigeait de demander sa permission, sous la forme d'une lettre de rescision, pour pouvoir invoquer ce droit romain²³⁶. Toutefois, cette vision a été récemment mise en cause par M. Cumyn²³⁷.

44. Ce qui faisait qu'il y avait, des nullités d'origine romaine et des nullités d'origine nationale, en France. – Parmi ces nullités nationales, il y avait les nullités d'intérêt privé et les nullités d'intérêt public. Parmi les nullités romaines, il y avait les nullités *ipso iure*, sanctionnant de plein droit la violation du *ius civile*, et la *restitutio in integrum*. D'où la nécessité pour la doctrine de trouver un critère pour distinguer toutes ces nullités. Ce qui lui a posé plusieurs problèmes.

²³³ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^è éd, Paris : Dalloz, 2005, p. 43.

²³⁴ Cf. *Infra*, n° 369.

²³⁵ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 52; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^è éd, op. cit., p. 43. ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p.105; P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 65.

²³⁶ Cf. *Infra*, n° 564 ; Cf. annexe, Doc N°X.

²³⁷ Cf. *Infra*, n° 567 et s.

B. Les difficultés de la doctrine dans la systématisation de ces diverses nullités pendant l'ancien droit

Si la présentation des auteurs était faite par ordre chronologique, il aurait fallu commencer par Du Moulin (1500-1560) en passant par D'Argentré (1519-1590), Domat (1625-1696), Loisel (1536-1617) ; pour finir avec Pothier (1699-1772)²³⁸. Mais on préfère une présentation plutôt thématique. Ce qui permet de montrer que s'il y a eu des auteurs qui se sont fondés sur l'origine de la règle violée pour distinguer les nullités (I), il y en a d'autres qui ont rejeté ce critère (II).

I. L'utilisation du critère de distinction des nullités lié à l'origine des règles violées dans la doctrine de l'ancien droit

45. Certains de nos anciens auteurs ont utilisé l'origine des règles violées par l'acte pour distinguer les nullités sanctionnant cette violation²³⁹. – Selon que la règle violée était d'origine nationale ou romaine, il y avait des nullités de plein droit ou des rescissions, nécessitant une lettre royale²⁴⁰. Ainsi Imbert distingue-t-il les nullités sanctionnant le droit romain des nullités sanctionnant la violation d'une norme française²⁴¹. La même position se retrouvait chez Denisart²⁴², chez Guy Coquille²⁴³ et chez Loisel. Pour ce dernier, « voies de

²³⁸ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 862.

²³⁹ J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., p. 51.

²⁴⁰ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 538 ; J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 842.

²⁴¹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 165.

²⁴² Ainsi pour Denisart, « on distingue deux sortes de nullités dans les contrats [...] **celles qui sont établies par les coutumes & par les ordonnances, & celles qui** [...] ne rendent pas les actes [...] **nuls de plein droit** [...] mais donnent seulement ouverture à les faire [...] **rescindre** par la voie de la restitution en entier [...] C'est à cette dernière espèce de nullité qu'il faut appliquer, Les voies de nullité n'ont point de lieu en France. Ce qui comme on voit doit s'entendre des nullités que le droit romain a introduites » (J. B. Denis art, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris : Chez Dessaint, tome 2, 1744, p. 328).

²⁴³ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 147.

nullité n'ont point de lieu »²⁴⁴ en France « à moins que la nullité ne soit prononcée par l'ordonnance ou par la coutume »²⁴⁵.

46. Ce qui laisse entendre que chez Loysel, selon que la nullité était prononcée par le droit français ou le droit romain, elle n'était pas la même. – En effet, chez lui, si une nullité n'était prévue que par le droit romain, elle était impossible sans une lettre de rescision, parce que pour lui, « les voyes de nullité [...] ne peuvent point être opposées contre tout ce qui est nul suivant le **Droit Romain**. De sorte qu'il faut se pourvoir contre ces nullités [...] en obtenant des **lettres de prince** [...] Mais quand il est question de Nullités, qui sont déclarées par **l'ordonnance & les coutumes**, les voyes et exceptions ont lieu **sans lettre de prince** »²⁴⁶. On rencontrait la même position chez Mornac, Imbert et Laurière²⁴⁷. Le Grand aussi reprend le même critère, pour distinguer les nullités, mais en le tempérant pour les nullités romaines *ipso iure*, qui, tout en étant d'origine romaine, ne nécessitaient pas de lettre de rescision²⁴⁸.

47. Cependant, d'autres auteurs de l'ancien droit ne se contentent pas de tempérer cette distinction, ils vont la rejettent entièrement, parce qu'elle ne permet pas de tenir compte de l'état de l'acte ou de l'intérêt protégé par la règle violée. – Selon ces auteurs, seul l'état de l'acte ou l'intérêt protégé peut expliquer pourquoi l'incapacité de la femme, résultant du sénatus-consulte *Velleien*, n'est pas sanctionnée par une nullité requérant une lettre de rescision²⁴⁹, alors même que cette incapacité avait, pour partie, pour origine le droit romain prétorien²⁵⁰. C'est sans doute pour cela que des auteurs, comme D'Argentré et Bouhier, n'ont pas utilisé l'origine de la règle violée pour distinguer les nullités.

²⁴⁴ Loysel, *Instutes Coutumières*, tome 2, p. 206 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 166 ; J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 839.

²⁴⁵ D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, (Dir M. Boudot et P. M. Vecchi), Poitiers : LGDJ, 2008, p. 66.

²⁴⁶ Loysel, *Instutes Coutumières*, tome 2, p. 207.

²⁴⁷ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 167.

²⁴⁸ *Idem*, p. 168.

²⁴⁹ B. d'Argentré, *Coutumes générales du pais et duché de Bretagne*, tome 1, p. 568 ; Bouhier, *Les coutumes du duché de Bourgogne*, tome 1, p. 339 à 341.

²⁵⁰ Même si la coutume avait déjà repris cette incapacité romaine. (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 842).

II. Le rejet du critère de distinction des nullités lié à l'origine des règles violées dans la doctrine de l'ancien droit

Si certains auteurs ont rejeté le critère lié à l'origine de la règle violée pour distinguer les nullités, c'est pour lui substituer celui lié au but de la règle violée (1) ou à l'état de l'acte (2).

1. La construction d'une théorie des nullités fondée sur le but de la règle violée

48. En rédigeant son commentaire de la coutume de Bretagne, D'Argentré distingue clairement les contrats nuls de plein droit, des contrats rescindables²⁵¹. – Mais cette distinction n'est pas assimilable à la distinction entre la nullité sanctionnant la violation du droit romain, qui requerrait une lettre de rescision, des autres nullités. En effet, il précise que ses nullités rescindables ne sont pas assimilables aux nullités obtenues à l'aide d'une lettre de rescision²⁵².

En conséquence, son critère de distinction n'était pas l'origine de la règle violée, mais son but²⁵³. Si la règle violée protège l'intérêt général, la nullité opère de plein droit ; si elle protège l'intérêt privé, le contrat est rescindable. Ce qui ne l'empêche pas de ranger la nullité de la vente des biens du mineur, faite par lui seul sans respecter les formalités, parmi les nullités de droit²⁵⁴, ce qui semble contradictoire. Ainsi, de l'avis de plusieurs auteurs, comme cette règle ne protège que l'intérêt du mineur, sans sanction aurait dû être une rescision²⁵⁵.

²⁵¹ D'Argentré, *Commentarii in Brittorum leges*, art. 283, col. 1365, 1366 et 1368 : textes cités aussi bien par Hartemann que par Pize. (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 137 ; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 45).

²⁵² E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 139.

²⁵³ *Idem*, p. 140. ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 129 ; Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 842.

²⁵⁴ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., pp. 138 et 141.

²⁵⁵ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 146.

49. **Bouhier aussi utilise l'intérêt protégé pour distinguer les « nullités absolues » des « nullités respectives »**²⁵⁶. – Position que l'on retrouve chez Merlin aussi, qui, après avoir rejeté l'origine de la règle violée comme critère de distinction²⁵⁷, a utilisé le droit canonique pour distinguer, pour la première fois, la nullité absolue de la nullité relative²⁵⁸. Pour atteindre ce but, il s'est fondé sur l'intérêt protégé²⁵⁹.

Le point commun à tous ces auteurs, c'est donc leur hostilité au critère tiré de l'origine de la règle violée. Ce qui s'illustre parfaitement chez Denisartt aussi. Ainsi, après avoir utilisé, l'intérêt protégé et l'origine de la règle violée, pour distinguer les nullités²⁶⁰, tient à relativiser l'importance de l'origine de la règle en estimant que la « [...] nécessité [des lettres] n'est que de forme »²⁶¹. Position que l'on retrouve chez Guyot aussi, pour qui « On distingue [...] deux sortes de nullités, l'une absolue ou radicale, l'autre respectueuse [...] »²⁶², tandis qu'il considère les lettres de rescision comme « une formalité purement bursale »²⁶³.

50. **Tout cela peut expliquer les limites de ces constructions, qui ignorent totalement le critère lié à l'origine de la règle, à refléter réellement l'ancien droit qui exige des lettres de rescision pour certaines nullités.** – C'est pour cette raison que Dunod, dans son Traité sur la prescription a comme Bouhier, distingué la nullité absolue de la nullité respectueuse, estimant que « la prohibition est censée faite dans l'intérêt public, lorsque son [...] objet, est le bien de la société [...] la nullité qui résulte de la prohibition en ce cas est absolue »²⁶⁴, sans oublier les « lettres de rescision »²⁶⁵. Pour distinguer les nullités absolues des nullités respectives, il

²⁵⁶ Ainsi pour Bouhier, Les nullités absolues « [...] peuvent être opposées par toutes sortes de personnes », Les nullités respectives ne peuvent être opposées que « par ceux au profit desquels elle ont été établies » (**Bouhier, Les coutumes du duché de Bourgogne, tome 1**, pp. 333, 172 et s).

²⁵⁷ *Idem*, p. 214.

²⁵⁸ *Répertoire de Guyot*, v Nullité, § 7.

²⁵⁹ Quant à Merlin, pour lui il y a « [...] des **nullités relatives** et des **nullités absolues** : les nullités absolues sont celles qui se tirent de ce qu'on a manqué à ce que **l'essence du sacrement** [...] la nullité relatives sont celles qui ne concernent que l'intérêt de certaines personnes [...] » (*Ibid*, pp. 215, 216).

²⁶⁰ J. B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, tome 2, p. 328 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p.194.

²⁶¹ *Idem*, p. 195.

²⁶² M. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile*, tome 42, p. 421.

²⁶³ J. B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, tome 2, p. 468.

²⁶⁴ Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 47.

²⁶⁵ *Idem*, pp. 176 et 178.

utilise le critère tiré de « l'intérêt public »²⁶⁶. Au sein des nullités respectives, il distingue celles qui s'obtiennent de plein droit de celles qui s'obtiennent par une lettre de rescision²⁶⁷.

Cette théorie de Dunod est sans doute la théorie la plus cohérente, formulée avant le Code civil, même si elle est moins claire sur la rescision et sur la place des nullités *ipso iure*. Ainsi si pour Dunod la nullité respective sanctionne les règles relatives à la minorité et aux vices du consentement²⁶⁸, la rescision aussi concerne les mêmes vices. En effet, dans sa théorie, « les rescisions naissent des contrats que l'on a fait par crainte, ou dans lesquels on a été trompé ou *lezé* »²⁶⁹. Malgré cette assimilation des nullités respectives aux rescisions, il n'a pas hésité à écrire que l'action en nullité respective se prescrit par trente ans²⁷⁰. Ce que contredisent plusieurs ordonnances qui fixent, le délai de la nullité pour vice du consentement, à dix ans²⁷¹. Ce qui est le cas l'ordonnance de Lyon, prise par Louis XII en 1510, dans son article 46 qui dispose qu'on ne peut pas invoquer la nullité des actes après ce délai si cette nullité était fondée « sur le dol, fraude, circonvension, crainte, violence, déception d'outre moitié du juste prix [...] »²⁷².

La soumission des rescisions à la prescription de trente ans est cependant reprise par Guyot, malgré la contradiction de la théorie de Dunod par rapport à l'ordonnance de 1510²⁷³. D'ailleurs, Dunod reconnaît lui-même cette anomalie en soutenant que certes les nullités respectives durent trente ans, mais que « quant aux rescisions [...] comme elles *duraient* trente ans [...] ce délai paru long & le Roi a bien voulu, sur les remontrances du Parlement, nous donner un édit au mois de juillet 1707, pour les réduire à dix ans [...] »²⁷⁴.

C'est oublier que, bien avant cet édit de 1707, les ordonnances de 1510 et de 1535 ont déjà réduit ce délai à dix ans, non seulement pour les nullités sanctionnant les vices du consentement, mais aussi pour celles sanctionnant la lésion²⁷⁵. Ce qui rend sa distinction difficile à comprendre, car on n'arrive pas à expliquer comment les nullités respectives sont

²⁶⁶ Ainsi pour Dunod, les nullités respectives « [...] concernent principalement l'intérêt des particuliers » car si la règle violée vise « [...] l'intérêt des particuliers [...] sa prohibition produit en ce cas une nullité, qu'on appelle respective » (*Ibid*, pp. 190 et s ; Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 48).

²⁶⁷ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., pp. 189, 191.

²⁶⁸ Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 48.

²⁶⁹ *Idem*, p. 175.

²⁷⁰ *Ibid*, pp. 47 et 49.

²⁷¹ Cf. *Infra*, n° 369.

²⁷² D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 74.

²⁷³ M. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile*, tome 42, p. 476 et s.

²⁷⁴ Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 176.

²⁷⁵ Pierre Guenois, *Recueil des ordonnances royaux*, Bourgue en Bresse : Jean Teinturier, 1622, p. 597; Cf. *Infra*, n° 369.

soumises au délai de trente ans et pas les rescisions, dans la mesure où ces deux nullités sanctionnent, dans sa théorie les mêmes vices²⁷⁶. Par conséquent, on peut dire que les nullités sanctionnant la violation d'une règle d'intérêt privé ne sont pas toutes soumises au même régime. Ce qui prouve les limites de du critère tiré de l'intérêt protégé pour distinguer les nullités et déterminer leur régime dans l'ancien droit. C'est sans doute pour cela que d'autres anciens auteurs préfèrent recourir à l'état de l'acte pour distinguer les nullités.

2. La construction d'une théorie des nullités fondée sur l'état de l'acte

51. Du Moulin est un des plus grands jurisconsultes de tous les temps²⁷⁷. – C'est grâce à ses travaux qu'a été esquissé un droit français, commun à tout le territoire, par opposition au droit romain. D'où sans doute le peu de place qu'il donne au droit romain dans sa théorie des nullités²⁷⁸. En effet, avant de construire cette théorie des nullités, il a précisé ne pas vouloir utiliser l'origine de la règle violée comme critère de distinction des nullités²⁷⁹. Ce qui le pousse à exclure de sa distinction des nullités, les nullités nécessitant une lettre de rescision²⁸⁰. Cette distinction est construite autour des nullités sanctionnant les vices évidents, qui étaient des « *nullités evidens* [...] »²⁸¹, et qui ne nécessitaient pas une action en nullité²⁸², et les nullités sanctionnant les vices non évidents²⁸³. C'est donc l'état du vice, son apparence, comme chez Bartole, qui lui sert de critère de distinction dans sa théorie des nullités²⁸⁴.

²⁷⁶ On aurait pu dire qu'au sein des nullités respectives, c'étaient seulement les nullités respectives, issues du droit romain, qui étaient soumises au délai de dix ans. Mais la sanction de la lésion était aussi prévue par les ordonnances (Cf. *Infra*, n° 369). Or malgré tout, l'ordonnance de 1510 a limité le délai contre les actes lésionnaires à dix ans.

²⁷⁷ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 156.

²⁷⁸ *Idem*, p. 162.

²⁷⁹ Du Moulin, *Commentarii in Consuetudines Parisienses*, art. 283, col. 1365 et 1366 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 156.

²⁸⁰ *Idem*, p. 156 ; Voir aussi : J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 46.

²⁸¹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 157.

²⁸² *Idem*, p. 159.

²⁸³ *Ibid*, p. 157.

²⁸⁴ *Ibid*, p. 162.

52. Quant à Domat, même s'il recourt à l'apparence, il n'en a pas fait un critère pour distinguer la nullité de la résolution²⁸⁵. – Son critère de distinction, c'est l'importance du vice, c'est-à-dire son état. Par conséquent chez lui, « les conventions **nulles**, sont celles qui manquant de quelque caractère **essentiel**, n'ont pas la nature d'une convention [...] »²⁸⁶, alors que « les conventions où l'un des contractants est surpris & trompé par le dol [...] sont **résolues** »²⁸⁷.

Donc pour Domat, si le vice est grave, l'acte sera sanctionné par une nullité, si le vice n'est pas grave, comme la lésion ou les vices du consentement²⁸⁸, l'acte sera sanctionné par une résolution²⁸⁹. Ce qui ne l'a pas empêché de ranger parmi les nullités, la sanction des actes viciés par l'incapacité²⁹⁰, en estimant que « les conventions sont **nulles** [...] par l'incapacité des personnes »²⁹¹, alors même que ce vice n'est pas très grave, car le droit positif soumet sa sanction à régime différent des autres nullités²⁹². Ce qui est contradictoire avec sa définition de la nullité. D'ailleurs cette contradiction s'est manifestée dans la prescription de l'action en nullité. L'action en résolution se prescrit, selon lui, en dix ans, or l'action contre les actes, viciés par l'incapacité, se prescrit aussi en dix ans chez lui²⁹³. Ce qui prouve que même s'il range la sanction de l'incapacité parmi les nullités, il continue de soumettre cette sanction au régime de la résolution.

En outre, en ce qui concerne les « [...] lettres de Chancellerie : Domat [...] semble ne leur accorder qu'une importance tout à fait secondaire : il n'en fait mention qu'en passant »²⁹⁴.

²⁸⁵ Ainsi pour Domat, « il y a cette différence entre la **nullité** & la **résolution** des conventions, que la nullité fait qu'il n'y a eu que l'**apparence** d'une convention, & que la résolution anéantit une convention qui *avait* existé » (J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, p. 32). J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., pp. 49 et s.

²⁸⁶ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 182; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 49.

²⁸⁷ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, pp. 30 et 33.

²⁸⁸ *Idem*, p. 33.

²⁸⁹ Ainsi pour son critère de distinction, Domat a tenu à préciser que « les conventions nulles sont celles qui manquent de quelque caractère **essentiel**, n'ont pas la nature de convention » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 182). En plus de cette distinction, Domat ajoute celle des nullités légales et des nullités naturelles. (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 540).

²⁹⁰ C'est pour cela que Pize a estimé que « malheureusement, Domat a perdu quelquefois de vue la distinction et a commis des **inexactitudes** : c'est ainsi qu'il classe parmi les contrats nuls dans leur origine les contrats faits par un **incapable** et les contrats entachés d'un vice du consentement [...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 50).

²⁹¹ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, p. 31.

²⁹² Cf. *Supra*, n° 50.

²⁹³ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, pp. 313, 316 et 321.

²⁹⁴ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 189 ; *Contra* : Toutefois Domat n'ignorait pas totalement les

C'est pour toutes ces raisons que Pize a estimé que « Domat a [...] commis des inexactitudes »²⁹⁵, non seulement en confondant les causes de nullité avec les causes de résolution²⁹⁶, mais aussi en occultant les lettres de rescision.

53. Pothier aussi a rencontré les mêmes problèmes de son côté. – Son *Traité des obligations* ne contenait aucune « doctrine générale »²⁹⁷ sur les nullités. Malgré tout, on peut y trouver, dispersée, une distinction des nullités, fondée sur l'état de l'acte. Cette distinction est composée d'actes rescindables, dont le vice n'est pas grave, et d'actes inexistantes, dont le vice est grave, car touchant à l'essence même du contrat²⁹⁸. C'est ce que l'on peut déduire de son affirmation selon laquelle « les choses qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles [...] **il n'y a pas du tout de contrat** »²⁹⁹. Ainsi le prix étant « l'essence du contrat de vente »³⁰⁰, s'il n'y a pas de prix, « il n'y a pas de contrat de vente »³⁰¹. En revanche, ceux dont « le consentement a été extorqué par la violence [...] peuvent [...] faire **rescindé** » le contrat³⁰². Il en est de même pour le dol³⁰³.

Si le contrat manque d'un élément qui fait partie de son essence, il est donc inexistant. Cependant, si l'élément qui manque ne fait pas partie de l'essence du contrat, le contrat se forme, mais il est rescindable. Ce qui n'empêche pas Pothier, après avoir dit que « l'essence

lettres de rescision. Ainsi il a estimé qu'on « ne fait pas annuler un acte [...] en alléguant simplement les moyens qui le rendent nul ; mais qu'il faut obtenir les **lettres du prince** pour les rescisions [...] » (J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, p. 313).

²⁹⁵ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 50. ; Ainsi pour Mortet aussi, « la doctrine de Domat [...] est moins nette et présente des contradictions [...] » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 125).

²⁹⁶ Pour Hartemann, « Domat aperçut fort bien la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité [...] seulement il eut tort de la perdre de vue dans certaines parties de ses lois civiles, ce qui amène dans l'ensemble de son ouvrage une certaine **confusion** » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., pp. 184, 185, 186, 181).

²⁹⁷ En parlant de Pothier et de Domat, Bourgeon a estimé que « leur œuvre [...] se ressent des **incertitudes** [...] c'est toujours le même défaut de généralisation la même absence d'idées d'ensemble [...] que les auteurs qui les ont précédés [...] » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit. p. 175, 170).

²⁹⁸ *Idem*, p. 175.

²⁹⁹ Pothier, *Traité des obligations*, tome 1, p. 6.

³⁰⁰ Pothier, *Traité du contrat de vente*, tome 1, p. 5 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 201. Pothier a ajouté que l'erreur sur la personne « est incompatible avec ce qui est de l'essence du mariage » (cité par J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 54).

³⁰¹ Mais si le vice n'est pas grave, Pothier estime que « lorsqu'une partie a été engagée à contracter par le dol de l'autre, le contrat n'est pas absolument et essentiellement nul, parce qu consentement quoique surpris par le dol, ne laisse pas d'être un consentement ; mais ce contrat est vicieux [...] » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., pp. 201, 203).

³⁰² Pothier, *Traité des obligations*, tome 1, p. 20.

³⁰³ *Idem*, p. 24.

de la convention consistant [...] dans le consentement, il s'en suit qu'il faut être capable de consentir »³⁰⁴, d'écrire ensuite que les actes du mineur sont rescindables et non inexistants³⁰⁵. Il est donc difficile de dire que chez Pothier, l'absence des éléments qui font partie de l'essence du contrat est systématiquement sanctionnée par l'inexistence : alors même qu'il range la capacité parmi les éléments essentiels au contrat, il sanctionne le contrat vicié par l'incapacité, due à la minorité, par la rescision et non par l'inexistence.

54. D'où la difficulté de trouver le véritable critère de distinction des nullités chez Pothier : se fonde-t-il sur la gravité du vice ou sur l'intérêt protégé ? – Il est difficile de répondre à cette question. En effet, dans certains cas, Pothier n'hésite pas à utiliser l'intérêt protégé pour dire qu'un contrat est inexistant. Ainsi, pour lui, « un engagement **illicite** n'est pas obligatoire »³⁰⁶. La difficulté de cerner le critère de distinction des nullités chez Pothier tient au fait qu'il utilise aussi bien l'intérêt protégé que l'état de l'acte. D'où la critique de son « approche casuistique »³⁰⁷ des nullités par plusieurs auteurs : il ne fournit pas un critère précis de distinction des nullités. D'autres sont allés encore plus loin, lui reprochant une « confusion »³⁰⁸ dans sa présentation des nullités.

55. En plus de ce reproche, cette théorie de Pothier est loin d'être complète. – Elle ne tient pas compte des nullités nécessitant une lettre de rescision³⁰⁹. C'est sans doute pour cela que Pothier cherche à se rattraper dans son traité sur la procédure civile, paru en 1778. Dans ce traité, il intitule le chapitre IV de la cinquième partie, « des moyens de nullités et des lettres de rescision »³¹⁰. Au reste, pour D. Veillons, malgré cet effort, « Pothier ne fait pas ici une théorie générale des nullités »³¹¹, car les distinctions qui se trouvent disséminées dans cette œuvre ne « coïncident pas tout à fait »³¹² avec les rescisions³¹³.

³⁰⁴ *Ibid*, p. 36.

³⁰⁵ *Ibid*, p. 29.

³⁰⁶ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 201.

³⁰⁷ D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., pp. 76 et 67.

³⁰⁸ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 170.

³⁰⁹ Ainsi Hartemann a montré ici que pour Pothier, « ce n'est pas la nécessité d'obtenir des **lettres de rescision** qui entraîne le caractère de l'annulabilité. » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 204).

³¹⁰ D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. Cit. p. 63.

³¹¹ *Idem*,

³¹² *Ibid*, p.65

³¹³ Ce qui serait dû selon D. Veillon au fait que « L'approche **casuistique** développée par [...] Pothier ne s'interroge jamais sur le principe même des lettres de rescision » (*Ibid*, p.76).

56. **D'où le caractère, non seulement incomplet de cette théorie, chez Pothier et tous ceux qui excluaient les lettres de rescision, comme Du Moulin et Domat, mais aussi complexe**³¹⁴. – Aussi, J. Ph. Lévy et A. Castaldo ont-ils estimé que « la **confusion** qui naissait entre la classification nouvelle et la question devenue tout à fait oiseuse **des lettres de rescision** »³¹⁵ n'a jamais disparu dans la théorie des nullités de l'ancien droit. Cette même confusion va passer dans le Code civil. En effet, ce code ayant été inspiré par Pothier³¹⁶, ses « [...] rédacteurs [...] ont largement puisé dans les œuvres de **Pothier** [...] **la théorie des nullités** [...] »³¹⁷. D'où la nécessité d'analyser comment ce code a repris cette doctrine, et comment les difficultés de cette dernière se sont retrouvées dans la doctrine après le Code civil. C'est ce point qui fera l'objet d'une étude approfondie dans ce travail, après ce survol de l'évolution de la théorie des nullités avant le Code civil.

§ 4. Etude approfondie des nullités dans le Code civil

C'est cette période qui constitue le cœur de ce travail, car elle est la résultante de toute l'évolution qui vient d'être évoquée et qui a abouti à l'absence d'une véritable théorie des nullités. Ainsi, lors de la rédaction du Code civil, certains de ses rédacteurs ont pris conscience de cette absence et ont cherché à intégrer une définition des nullités dans ce code. Mais cette volonté ne s'est pas traduite dans la lettre des textes (A). En effet, dans la lettre de ce code, on a préféré reprendre une distinction anachronique, proche, non de celle de Pothier, mais de celle de Mornac, de Loysel et de Laurière (B).

³¹⁴ C'est pour cela que Mandoza a estimé que des « grands classiques, Domat et Pothier, ne semblent pas avoir d'opinions bien arrêtées sur la matière » des nullités. (C. Mandoza, « La nullité des contrats », op. cit., vol II, p. 104).

³¹⁵ Ainsi pour J. Ph. Lévy et A. Castaldo, dans l'ancien droit, on a eu « [...] beaucoup de peine à classer chacune des causes de nullité dans l'une ou l'autre catégorie, parce que l'ancienne distinction fondée sur la source du droit invoqué venait interférer avec la nouvelle, qui partait de l'intérêt en cause » (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit, pp. 842, 843 ; voir aussi : D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit, p. 540).

³¹⁶ Fr. Génay, « La technique législative dans la codification civile moderne », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 1005. ; J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris : PUF, 1996, p. 32.

³¹⁷ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. Cit. p. 200.

A. De la lucidité des débats...

57. Dans les différents projets de Code civil, il n'existe pas de distinction entre la nullité absolue et la nullité relative. – Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a pas de distinction des nullités dans ces projets, car ils contiennent une esquisse de distinction entre l'action en restitution et l'action en nullité³¹⁸. Lors des débats devant le Conseil d'Etat, Real prend conscience de cette lacune du dernier projet de Code civil. Ce projet étant rédigé sous la direction du Portalis, ce dernier avait pris le soin de bien lui imprimer certaines de ses convictions. Ainsi, pour lui, les classifications et les définitions n'ont pas leur place dans le Code civil, car « tout ce qui est **définition**, enseignement, **doctrine**, est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois »³¹⁹. Par conséquent pour les nullités, il n'a proposé aucune définition, dont il postule déjà l'existence dans la doctrine de Pothier.

Or pour Real, à la séance du 4 frimaire an X au Conseil d'Etat, si on a postulé des « nullités assez bien **définies par les auteurs** pour se dispenser d'introduire dans le Code **d'inutiles définitions** [...] La discussion actuelle [...] semble annoncer que **ces définitions sont nécessaires** »³²⁰. Tronchet, trouvant cette distinction trop complexe, rétorque que « la loi ne sera cependant pas aussi simple qu'on paraît le croire. Il faudra entrer dans une infinité de

³¹⁸ Ainsi dans un des projets de **Cambacérès**, il a certes parlé des nullités, mais il n'a fait aucune distinction entre ces nullités. Par exemple l'article 714 de ce projet dit que les conventions « [...] **qui blessent l'honnêteté publique et l'ordre social, sont nulles** » dans l'article 717. Il ajoute que « **la convention est nulle s'il y a dol, violence grave ou erreur sur la chose** » Cambacérès fait ici implicitement une distinction entre la nullité absolue et la nullité relative. Mais il ne tire aucune conséquence de cette distinction dans son projet. Par exemple il ne dit rien sur les titulaires de l'action en nullité selon le type de nullité, il ne dit rien non plus sur la confirmation. Quant à la prescription, il semble soumettre tous les deux types de nullité à la même règle dans l'article 721 de ce projet. C'est pour cette raison qu'on peut dire qu'il n'y avait pas de classification des nullités dans ce projet. (**Cambacérès**, *Projet de Code Civil*, Paris : Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 57). Quant à un des projets ultérieurs de Code civil, son article CXCI dispose que « l'action tendant à faire déclarer nul un contrat, dure trente ans, excepté dans le cas où la loi restreint certaines actions à un terme moindre » Quant à l'article CXCV, il soumet clairement l'action en restitution à un autre délai, en estimant que « l'action en restitution ne dure que dix ans [...] » Cette action en restitution ne vise que les contrats viciés par une cause de nullité relative, car selon l'article CXCV, « l'erreur, la violence et le dol ne donnent lieu qu'à une simple action en restitution » (Projet de Code civil du 24 thermidor an VIII, Paris : Emery, 1801, p. 254).

³¹⁹ Ainsi pour Portalis « en traçant le plan de cette législation, nous avons dû nous prémunir [...] contre l'esprit de système [...] » (J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Paris : Centre de philosophie politique et juridique, 1989, pp.8, 94 et 100).

³²⁰ Real pourtant estime que cette définition des nullités est nécessaire. Pour surmonter la complexité de la question et parvenir à une classification des nullités, il proposa d'inverser « l'ordre de travail puisque [...] ces définitions sont nécessaires. C'est un point qu'il faut alors décider avant tout. Si ce travail est possible, il sera d'une grande utilité » (J. G. L'ocre, *Législation civile commerciales et criminelle de la France*, Paris : Treuttel et wurtz libraires, tome IV., 1827, p. 371 et s ; Cf. annexe, Doc N°II).

détails pour distinguer les diverses espèces de nullités »³²¹. Néanmoins, si le fait pour Portalis de dire que « ces expressions, nullités absolues, nullités relatives, sont des termes techniques et simples [...] qui [...] doivent être conservées dans le langage des lois »³²², semble prouver qu'il approuve Real contre Tronchet, cette approbation n'est pas passée dans la loi. Ce qui s'illustre dans l'anachronisme des termes sur les nullités qui se trouvent dans ce code.

B. ...à l'anachronisme des textes

58. Dans l'ancien droit, il y avait les nullités de plein droit, qui sanctionnaient la violation d'une règle nationale, et les nullités qui requerraient une lettre de rescision³²³. – Au lieu de distinguer, dans le Code civil, la nullité absolue de la nullité relative, comme il avait été proposé lors des débats, le législateur a préféré reprendre cette distinction anachronique dans l'article 1117 C. civ.³²⁴. Cet article dispose que « la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point **nulle de plein droit** ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en **rescision** [...] »³²⁵. Ce qui laisse entendre qu'*a contrario*, les autres vices rendent l'acte nul de plein droit.

Au fond la distinction utilisée ici n'est ni totalement celle de Domat, qui opposait la nullité à la résolution³²⁶, ni même celle de Pothier qui n'accordait pas trop de place à l'opposition entre la rescision et la nullité de plein droit dans sa théorie³²⁷. La distinction utilisée dans cet article est plutôt proche de celle de Denisart, de Mornac, de Loisel et de Laurière³²⁸, c'est-à-dire la

³²¹ Cf. annexe, Doc N°II.

³²² Portalis avait même lors de la séance du 4 frimaire an X au Conseil d'Etat, « qu'il aimerait classer les dispositions du projet par espèce de nullités [...] » (Cf. annexe, Doc N°II).

³²³ Cf. *infra*, n° 565.

³²⁴ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, (Dir M. Boudot et P. M. Vecchi), Poitiers : LGDJ, 2008, pp. 80, 81. ; Voir aussi : S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit. vol 40, p. 308; M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 26.

³²⁵ Code civil des français, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806.

³²⁶ Cf. *Supra*, n° 52.

³²⁷ Cf. *Supra*, n° 53.

³²⁸ Cf. *Supra*, n° 45 et s. On peut même dire que l'article 1117 C. civ. est puisé directement chez Denisart, pour qui « on distingue **deux sortes de nullités** dans les contrats [...] **celles qui sont établies par les coutumes & par les ordonnances, & celles qui** [...] ne rendent pas les actes... **nuls de plein droit**...mais donnent seulement ouverture à les faire [...] **rescindre**» (J. B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, op. cit., p. 328).

distinction entre la nullité de plein droit et la rescision³²⁹. Mais cette distinction n'a plus lieu d'être, puisque les lettres de rescision avaient déjà été abolies pendant la Révolution³³⁰, de sorte que l'on ne peut plus opposer la nullité de plein droit à la rescision.

59. Aussi, Savigny a-t-il violemment critiqué les articles 1117 et 1304 C. civ.³³¹, critiques à la limite du nationalisme³³². – Dès le XIX^{ème} siècle, des auteurs français critiquent également l'absence de distinction des nullités dans le Code civil³³³. Evoquant la technique législative, Gény reprend les mêmes critiques en estimant qu'en lisant le Code civil, c'est une « impression générale [...] de l'à peu près [...] »³³⁴ qui domine, surtout en ce qui concerne les nullités, car « les termes nullité, nuls, nuls de droit [...] sont employés à peu près indistinctement, pour désigner des cas d'invalidité de nature fort diverse [...] »³³⁵. Quant à Capitant et Colin, sous une rubrique de leur manuel intitulée, des « défauts du Code civil - Nécessité de sa révision- »³³⁶, ils n'hésitent pas à citer la théorie des nullités³³⁷...

³²⁹ Ce qui s'illustre dans les propos de Favard avant le vote de l'article 1117, qui estimé qu'il « faut bien se pénétrer du principe adopté par le projet ; il divise les engagements [...] deux sortes [...] les engagements auxquels la loi refuse toute existence [...] et ceux qui sont seulement susceptibles d'être rescindés » (Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 249).

³³⁰ Cf. *Infra*, n° 579.

³³¹ J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 148 ; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2^e éd, op. cit., p. 187 (Cf note de bas de page). Ainsi en 1847, quand Windscheid publie un travail intitulé « *La théorie de la nullité des actes juridiques d'après le Code Napoléon* », il estime lui aussi qu'en ce qui concerne les nullités dans ce code, la « précision [...] n'est souvent que formelle, ce n'est pas cette précision vraie interne, résultant de la complète clarté de la pensée » (C. Crome, « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 590). Mais bien avant ces auteurs allemands, Perrin avait déjà reconnu le défaut de la partie du Code, qui parle des nullités en 1816, en estimant que la lecture des nullités dans le Code civil laisse une impression de « défaut de boussole [...] » (J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit. p. 235).

³³² M. Pédamon, « Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, op. cit., p. 814 ; Voir aussi : E. Muller, « Le Code civil en Allemagne : son influence générale sur le droit du pays, son adaptation dans les pays rhénans », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 633.

³³³ Ainsi pour Bourgeon « nulle part dans les textes nous ne rencontrons [...] les actes que nous avons appelés inexistantes ; c'est ensuite que nulle part le Code ne pose sur ce point de règles générales ; donc [...] point de théorie générale ! » Mais à la décharge du législateur, Bourgeon reconnaît que « rien n'est plus difficile on le sait que de généraliser ; généraliser et définir sont, on peut le dire, les deux écueils du législateur, qu'il évite [...] il les tourne en se bornant à faire comprendre nettement sa pensée sans la formuler » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.195). Quant à Mortet, pour lui, les carences de la théorie des nullités dans le Code civil sont dues à « [...] la rapidité avec laquelle il a été rédigé. Les rédacteurs ont employé indistinctement les mots nul et nullité [...] » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p.150). Pour Perrin aussi, ce défaut est dû au fait que « le Code civil fut rédigé avec précipitation [...] » (J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., p. 23). Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 187.

³³⁴ Fr. Gény, « La technique législative dans la codification civile moderne », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 1015.

³³⁵ *Idem*, p. 1016.

³³⁶ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandiere, Paris : Librairie Dalloz, 1947, n° 24.

60. Le législateur n'est pas resté sourd à toutes ces critiques. – Par un décret du 7 juin 1945, il désigne une Commission pour reformer le Code civil³³⁸. Cette Commission, après avoir estimé que « le Code civil de 1804 ne contient pas de dispositions générales applicables aux nullités des contrats [...] »³³⁹, propose d'introduire, dans ce code, une distinction des nullités³⁴⁰. Toutefois, cette proposition ne fut pas retenue. Lors de la commémoration du bicentenaire du Code civil, en 2004, J. Mestre propose à son tour de reformer « l'article 1304 qui présente l'action en nullité de manière trop sèche, sans rien dire du jeu éventuel de l'exception de nullité et, a *fortiori*, des effets de la nullité et des restitutions »³⁴¹. D'où la création d'une Commission de réforme du Code civil, dirigée par P. Catala. Dans l'exposé des motifs de son projet, cette Commission a proposé une théorie des nullités dite théorie moderne, car pour Ph. Simler, « les textes proposés constituent une consécration explicite de ce qu'il est convenu d'appeler la théorie moderne des nullités [...] »³⁴².

61. Cependant, même si tous ces projets n'ont pas encore abouti, cette absence de classification des nullités dans le code n'a pas préoccupé que le législateur ; elle a aussi préoccupé la doctrine. – Ce qui peut expliquer ses tentatives pour proposer une théorie des nullités, capable de pallier les carences du Code civil. Ainsi, dès après l'adoption de ce code, Sirey a formulé le vœu que « quelque bon esprit nous donnera [...] les principes théoriques [...] »³⁴³ sur les nullités pour remédier à l'absence de classification dans le code. Dès 1821, Biret tente de relever ce défi, indiquant avoir « entendu ce vœu et [...] désiré le remplir »³⁴⁴. D'autres, comme lui, tentent de construire une théorie générale des nullités pour remédier à l'absence de classification dans le Code civil³⁴⁵. L'intérêt de ce travail, qui porte sur la théorie

³³⁷ *Idem*.

³³⁸ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit. p. 52; Foyer, « Le Code civil de 1945 à nos jours », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 276.

³³⁹ Houin a montré que « sans doute, la Section VII du Chapitre V du Titre III du Livre III s'intitule De l'action en nullité ou en rescision des conventions mais les textes qu'elle contient ne sont généraux qu'en ce qui concerne la prescription décennale applicable d'ailleurs aux seules nullités relatives [...] Les autres ne concernent que l'action en nullité pour incapacité, spécialement pour du mineur. On trouve également l'article 1338 sur la confirmation des actes annulables placé au Chapitre VI de la preuve des obligations » (M. R. Houin, « Avant-projet de textes sur les nullités des actes juridiques », in *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1946-1947, p. 48).

³⁴⁰ *Idem*, p. 50.

³⁴¹ J. Mestre, « La difficulté de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz & Litec, 2004, p. 238.

³⁴² P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris : Documentation française, 2006, p. 44.

³⁴³ M. Biret, *Traité des nullités de tous genres : Substantielles et de procédures*, op. cit., tome I, p. 7.

³⁴⁴ *Idem*, p. 8.

³⁴⁵ Ainsi en 1816, quand Perrin publie son traité sur les nullités, il a estimé qu'en « [...] attendant une réforme [...] j'offre aux tribunaux et aux jurisconsultes [...] » cette théorie des nullités qui est imparfaite dans le Code civil (J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., pp. 28 et 36).; Au début du XX^{ème} siècle, Japiot aussi reprendra le même discours, en estimant qu'en « ce qui concerne l'organisation générale des nullités, les

des nullités dans la doctrine après le Code civil, réside justement dans l'étude approfondie de ces tentatives doctrinales.

Section 2 : Intérêts des recherches menées sur les nullités

L'intérêt de ce travail va au-delà d'une simple présentation linéaire de la façon dont la doctrine a construit la théorie des nullités après le Code civil ; il permet de questionner certains concepts, comme la doctrine et son rôle dans la construction de la théorie des nullités (Sous-section 1). D'où la nécessité de chercher des réponses à ces interrogations soulevées par ces questionnements (Sous-section 2).

Sous-section 1. Questionnements soulevés par la théorie des nullités dans la doctrine après le code civil

Le travail entrepris ici permet non seulement de mettre en lumière les ambiguïtés du concept de doctrine (§ 1), mais aussi de s'interroger sur le rôle de cette doctrine dans la construction des théories juridiques (§ 2).

§ 1. Interrogation sur la doctrine et la théorie des nullités

62. La doctrine est définie dans le Lexique juridique comme la « pensée des auteurs. Par extension, l'ensemble des auteurs »³⁴⁶. – Cette définition comporte un critère organique et

textes actuels manquent parfois de précision, mais on [...] peut sans les déformer, les interpréter de façon à admettre une théorie satisfaisante. D'ailleurs la théorie générale que nous avons développée dans cet ouvrage domine plus souvent les textes eux-mêmes : nous avons cherché à fonder très largement cette théorie sur des considérations rationnelles [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 932). Quant à Lutzesco, il semble lui aussi faire confiance à la doctrine française, pour pallier la carence du Code civil, car « dans un pays où la Science juridique a des défenseurs **de la taille du Français** et où la flamme de la pensée rejaillit de plus en plus forte, il est sinon impossible, tout au moins très difficile que le règne des erreurs soit instauré » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., pp. 399, 400, 401).

³⁴⁶ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 12^e éd, op. cit., p. 200.

un critère matériel³⁴⁷ : matériellement, la doctrine est la pensée de chaque auteur ; organiquement, la doctrine est un groupe d'auteurs, réunis selon certains critères et partageant certains paradigmes. C'est pour cette raison que F. Zenati a parlé d'entité à propos de la doctrine³⁴⁸. Ainsi plusieurs auteurs du XIX^{ème} siècle ont été présentés comme appartenant au groupe des exégètes³⁴⁹. Si cette assimilation de la doctrine à un groupe n'est pas connue des non juristes, par exemple les linguistes³⁵⁰, c'est qu'avant le XIX^{ème} siècle, on ne parlait pas de la « doctrine », mais de la « doctrine des auteurs »³⁵¹ pour signifier que chaque auteur émettait une position individuelle. La doctrine n'était pas un groupe, mais elle s'identifiait aux enseignements individuels³⁵². C'est ce qu'illustrent les travaux de Simon, publiés en 1692, où sont étudiés les auteurs individuellement, par ordre alphabétique, et non par groupe d'auteurs autour d'une idée commune³⁵³.

63. Mais depuis le XIX^{ème} siècle, c'est le terme « doctrine » qui s'est imposé à la place des termes « doctrine des auteurs ». – Or quand le terme « [...] **doctrine** [...] se substitue à la **doctrine des auteurs**, le mot change discrètement de sens : il ne désigne plus une **opinion**, mais une **collectivité** »³⁵⁴. Ce qui fait que chaque auteur, en s'exprimant sur une question, exprime la position de la collectivité à laquelle il appartient et non sa position individuelle³⁵⁵. Mais cette conception de la doctrine a été récemment critiquée par plusieurs auteurs, pour qui

³⁴⁷ B. Durand, « Querelles doctrinales et frontières du droit », in *Les controverses doctrinales*, Montpellier : Cahiers des écoles doctorales, 2000, p. 13

³⁴⁸ F. Zenati-Castaing, *La jurisprudence*, Paris : Dalloz, 1991, pp. 246 et 262; Ph. Jestaz et C. Jamin, *L'entité Doctrinale française*, Paris : Dalloz, 1997, p. 167 et s ; **Contra** : L. Aynès, P. Y. Gautier et F. Terré, *Antithèse de l'entité*, Paris : Dalloz, 1997, p. 229 et s.

³⁴⁹ Cf. *Infra*, n° 492.

³⁵⁰ Ainsi Ph. Jestaz et C. Jamin rapportent-ils que lors d'un débat sur les universités, un universitaire juriste avait dit à un recteur que nous avons « une doctrine de grande qualité [...] » en France. Le recteur, linguiste, lui a répondu « une doctrine ? Je ne comprends pas ce que vous entendez par là ». Cette incompréhension du recteur est due au fait que, selon le sens commun, la doctrine ne peut être qu'une opinion ou un ensemble d'idées. (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 1). Même les juristes des autres pays ignorent cette conception organique de la doctrine (J. L. Bilon, « Controverses et querelles sur la doctrine », in *Les controverses doctrinales*, Montpellier : Cahiers des écoles doctorales, 2000, p. 18).

³⁵¹ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 70.

³⁵² Toutefois dans le droit romain, le concept désigné par le mot actuel de « doctrine » désignait une communauté. Ainsi le groupe des pontifes étaient un corps. Il en fut de même pour les jurisconsultes, qui étaient divisés entre les *proculiens* et les *sabinien*s. Quant au moyen-âge, la doctrine était à l'époque aussi une communauté, divisée entre les glossateurs et les postglossateurs. On rencontre la même situation au XVI^{ème} siècle chez les humanistes, réunis autour de Cujas. Mais par la suite, aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, cette assimilation de la doctrine à une communauté cessa. En effet à l'époque, Ph. Jestaz et C. Jamin ont montré que les « professeurs [...] les docteurs de ce temps semblent avoir travaillé dans un assez grand **isolement** » même s'il existait des groupes de juristes romanistes, canonistes et coutumiers, le terme de doctrine désignait à l'époque exclusivement la pensée des auteurs et non leur communauté. (*Ibid*, p. 10).

³⁵³ D. Simon, *Nouvelle bibliothèque historique et chronologique des principaux auteurs*, Préface.

³⁵⁴ *Ibid*, pp. 70, 259.

³⁵⁵ En effet pour Ph. Jestaz et C. Jamin, « chaque auteur parle non seulement en son nom, mais aussi dans une certaine mesure au nom d'une assez vague et une peu mystérieuse entité [la doctrine] » (*Ibid*, p. 7). **Jestaz. Ph.**, *Le droit, Connaissance du droit*, Paris : Dalloz, 1991, p. 56.

chaque auteur exprime une opinion personnelle et ne peut parler au nom de tous. En effet, pour ces critiques, « la doctrine juridique est l'œuvre d'individus épris de liberté : considérer la doctrine comme une entité homogène et compacte, c'est méconnaître sa nature profonde. Comme celle des savants, les opinions des juristes sont celles des **individus** [...] »³⁵⁶. Position que l'on retrouve chez R. Cabrillac aussi³⁵⁷. C'est cette diversité des auteurs qui a poussé J. L. Bergel à estimer qu'il « [...] n'y a pas **une doctrine** mais des **auteurs** de droit dont la liberté favorise la diversité de leurs pensées »³⁵⁸.

64. Or quand on parle de la théorie des nullités dans la doctrine, on se réfère plus à la conception collective qu'à la conception individualiste. – L'idée qu'il existe une théorie des nullités dans la doctrine est née chez Drogoul. Au début de sa thèse, conscient « des **divergences** d'opinions »³⁵⁹ des auteurs sur la théorie des nullités, il réunit, Aubry et Rau, Laurent et Demolombe, en estimant qu'une « fois que nous aurons donné une connaissance de chacune de ces **doctrines types**, il nous faudra en dégager l'esprit général et construire avec elles une espèce de **doctrine moyenne** qui en sera la résultante »³⁶⁰. C'est cette doctrine moyenne que Japiot³⁶¹ et E. Gaudemet appelleront « **la doctrine classique** [...] » des nullités, et à leur suite, plusieurs autres auteurs³⁶². Cette appellation ne désigne pas seulement la pensée de chaque auteur, mais aussi les « auteurs du XIX^{ème} siècle » eux-mêmes³⁶³. Plus précisément ceux qui utilisaient le critère tiré de l'état de l'acte pour distinguer l'annulabilité de l'inexistence.

³⁵⁶ J. L. Bilon, « Controverses et querelles sur la doctrine », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., p. 26 ; L. Aynès, P. Y. Gautier et F. Terré, *Antithèse de l'entité*, op. cit., pp. 229 et s.

³⁵⁷ Ainsi, R. Cabrillac préfère-t-il prendre en compte les positions individuelles des auteurs plutôt que de les classer en les rattachant à une entité collective, puisque selon lui la doctrine « est si divisée ! Juriste de droite ou juriste de gauche, technicien ou philosophe [...] juriste baroque chantre d'une université humaniste et jouisseuse, ou juriste médiocre, issu d'une université mesquine et laborieuse, fossoyeur de l'université [...] » (R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, Paris : Dalloz, 2005, pp. 149 et 150; Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit, p. 261.); Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale de droit civil*, 2^e éd, Paris : Défrenois, 2005, n° 371.

³⁵⁸ J.L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1989, n° 59.

³⁵⁹ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. Cit. p. 5.

³⁶⁰ *Idem*, p. 6.

³⁶¹ Ainsi Japiot a parlé ici de « la doctrine classique [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 612).

³⁶² E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, (1937) réimp. Paris : Dalloz, 2004, p. 141. Cela s'illustre parfaitement chez Mandoza, pour qui, après le Code civil, au XIX^{ème} siècle, « une doctrine traditionnelle dite classique a toujours illuminé les nombreuses controverses. Elle divise la nullité absolue et relative. Il faut remarquer que les auteurs sont l'accord sur le fond des idées » (C. Mandoza, « La nullité des contrats », op. cit. vol II, p. 105 ; Voir aussi M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV, p. 517).

³⁶³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 107.

65. Le même phénomène se rencontre chez les auteurs du XX^{ème} siècle aussi. – Ce groupe d’auteurs du XX^{ème} siècle, que l’on appelle la « doctrine moderne »³⁶⁴ des nullités, serait composé de trois auteurs qui auraient « contribué successivement à la construction de la théorie moderne : Drogoul, Japiot et Gaudemet »³⁶⁵. A ces auteurs, il faut sans doute ajouter Lutzesco. Ce sont ces auteurs que l’on appelle les « auteurs modernes »³⁶⁶, car ils présentent tous les nullités de la même manière, en recourant au droit de critique, pour distinguer la nullité absolue de la nullité relative³⁶⁷.

66. Cependant, cette conception organique de la théorie des nullités dans la doctrine a été critiquée par plusieurs auteurs. – En effet, « l’unité » de pensée des auteurs est souvent le fruit d’une vision rétrospective, car il existe de véritables divergences au sein de chaque groupe doctrinal³⁶⁸. Ainsi M. Boudot a estimé, lors du colloque sur la théorie des nullités à Poitiers en 2007, qu’il n’y a « [...] aucune unité doctrinale [...] »³⁶⁹ au sein des auteurs du XIX^{ème} siècle. Critique qui est admise, au reste, par plusieurs autres auteurs³⁷⁰. Les mêmes critiques ont été adressées à la doctrine moderne aussi. Ainsi Guggenheim, après avoir constaté que la doctrine moderne est constituée par Gaudemet et Japiot³⁷¹, admet-il, en parlant de ces derniers, qu’il « [...] y a contradiction entre ces deux auteurs »³⁷².

³⁶⁴ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 311. Quant à P. Simler, en parlant de la théorie moderne, il a parlé de la « nouvelle tendance doctrinale » (P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, loc. cit., p. 28). Quant à S. Gaudet, il a parlé lui de « la doctrine française contemporaine des nullités » (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit. vol 40, p. 334.). Berton aussi a parlé de « la doctrine moderne » (P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, Paris : L R S, 1938, p. 44).

³⁶⁵ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l’équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., n° 57.

³⁶⁶ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, Paris : Economica, tome III, 1996, p. 518.

³⁶⁷ Pour F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, avec les auteurs du XX^{ème} siècle, « la doctrine a considéré la nullité non plus comme une manière d’être de l’acte, mais comme un droit de critique » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 107).

³⁶⁸ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd., op. cit., p. 516.

³⁶⁹ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 93.

³⁷⁰ D. Guggenheim aussi a parlé de « théorie classique »³⁷⁰ tout en reconnaissant une divergence entre les auteurs classiques (D. Guggenheim, *L’invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d’une théorie générale*, op. cit., p. 8). Quant à M. Cumyn, elle a estimé que « les auteurs du XIX^e siècle sont loin de constituer un bloc aussi monolithique que le laissent supposer les auteurs contemporains » C’est pour cela qu’elle a parlé du « mythe de la théorie classique » (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l’équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 3, 29; voir aussi G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, Paris : LGDJ, 1972, p. 3. ; M. Vidal, « L’inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^e siècle », in *Les controverses doctrinales*, Montpellier : Cahiers des écoles doctorales, 2000, p. 401.)

³⁷¹ D. Guggenheim, *L’invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d’une théorie générale*, op. cit. p. 11.

³⁷² *Idem*, p. 13. Ainsi pour Renard et Vieujean aussi, il existe « [...] parfois des divergences assez graves » entre les auteurs modernes. (M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l’inexistence et l’annulabilité en droit civil

66 bis. **Le premier intérêt scientifique de ce travail est lié au fait qu'il permet de se demander si, après toutes ces mises en cause de l'unité doctrinale autour de la question relative aux nullités, est-il encore pertinent de parler de la « théorie des nullités » dans la « doctrine », si on se rattache à la conception organique de cette doctrine.** – La réponse à cette question pourrait avoir des conséquences sur les fonctions même de la doctrine. En effet, admettre qu'il existe une doctrine sur les nullités, au sens organique, voudrait dire que, dépassant les positions individuelles qui le composent, ce groupe pourrait être une source de droit et donc prescrire le droit au lieu de se contenter de le décrire³⁷³. D'où l'intérêt d'une seconde interrogation sur le rôle de la doctrine dans la construction de la théorie générale des nullités.

§ 2. Interrogation sur la théorie des nullités et la doctrine

67. **Si on assimile la doctrine à une entité, il serait tout à fait possible que cette entité se comporte comme une source de droit**³⁷⁴. – Mais la fonction de la doctrine est-elle d'être une source de droit, en prescrivant des normes, ou doit-elle se contenter de décrire ce droit ? Pour des juristes moralistes, comme **del Vecchio**, les juristes ne doivent pas se contenter de décrire les règles positives³⁷⁵, car « en face du droit, l'esprit humain n'est jamais resté totalement passif ; jamais il ne s'est contenté du fait accompli comme d'une limite à ne pas dépasser [...] Il est [...] nécessaire que le juriste [...] éprouve aussi la nécessité de rechercher [...] la justice, autrement dit le droit tel qu'il devrait être »³⁷⁶. Ce qu'il illustre en montrant que dans l'histoire, aussi bien le droit, résultant de la Révolution anglaise de 1688, que celui, résultant des Révolutions américaine de 1776 et française de 1789, ont été influencés par les travaux de

belge », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV, p. 522.). Ce qui s'illustre chez Lutzesco qui se différencie de Japiot, lorsqu'il affirme que « [...] la théorie défendue par Japiot, n'est pas à la hauteur de ses ambitions » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit. p. 6).

³⁷³ Si on considère que la doctrine est une entité, cela revient en effet à dire que c'est une source de droit (J. L. Bilon, « Controverses et querelles sur la doctrine », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., p. 29; Ph. Jestaz, « Source délicieuse », *RTD*, 1993, p. 73; C. Atias, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », *JCP*, I, 1999).

³⁷⁴ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 151.

³⁷⁵ C'est pour cela que Henri **Mendras** estime que « construire une **théorie** qui rende compte de la réalité n'est pas porter un jugement sur cette réalité [...] » (H. Mendras, *Elément de sociologie*, Paris : Collection U éd. A. Colin, 1978, p. 11).

³⁷⁶ **G. del Vecchio**, *Philosophie du droit*, Préf. D. Gutmann, (1953) réimp. Paris : Dalloz, 2004, p. 16.

Grotius et Beccaria³⁷⁷. Ces auteurs, loin de se contenter de décrire le droit existant, comme l'ont fait Hobbes et Machiavel³⁷⁸, ont prescrit un droit idéal.

68. Toutefois, cette assimilation des jusnaturalistes, du droit - ensemble des normes obligatoires- et de la science du droit – description ordonnée de l'ensemble des normes obligatoires-, n'a pas été partagée par les positivistes. D'où la nécessité, selon eux, de distinguer ce droit de sa science. En effet, comme l'a montré E. Millard, « la science du droit n'est pas le droit »³⁷⁹ Sans une telle distinction, cette science serait complètement confondue avec l'activité législative ou jurisprudentielle. Ce qui empêcherait toute description scientifique du droit par le juriste, puisque, comme l'a montré M. Troper, c'est parce que la science du droit « est radicalement distincte de son objet [...] qu'elle peut le décrire comme une réalité objective, sans [...] prescription, ni jugement de valeur »³⁸⁰. Néanmoins, cela ne veut pas dire que « le droit lui-même [...] est [...] neutre. La neutralité [...] est donc seulement celle du discours des juristes »³⁸¹. Une loi peut certes avoir un contenu moral, ce qui est le cas du droit de la consommation dans la mesure où il protège les plus faibles face aux plus forts, mais la théorisation de ce droit se doit d'être neutre.

69. Cette opposition binaire, entre positivistes et jus naturalistes, peut être dépassée. – En effet, comme l'a montré le Pr. F. Zenati, il serait réducteur de limiter la doctrine à sa fonction descriptive³⁸². Dans son travail, un juriste peut à la fois décrire et prescrire ; chacune de ces activités ayant son domaine spécifique. C'est ce qu'a montré del Vecchio, pourtant jusnaturaliste. Pour lui, si la philosophie du droit est prescriptive, la science du droit elle, elle

³⁷⁷ *Idem*, p. 17.

³⁷⁸ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. Cit. p. 20.

³⁷⁹ E. Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 19.

³⁸⁰ M. Troper, *La théorie du droit, le droit*, l'Etat, Paris : Puf, 2001, p. V.

³⁸¹ *Idem*, p. 4.

³⁸² Ainsi pour lui, la conception positiviste « a légué aux docteurs [...] une vision strictement épistémique de l'office doctrinal, **une inhibition de la prétention de participer à la production du droit** » C'est ce qui lui a poussé à se poser la question suivante : « le positivisme aurait-il été une illusion ? » Pour répondre à cette question, il a estimé que « l'ordre positif revigore la science des juristes, mais il lui assigne une place modeste. Il lui retire le statut d'épicentre du droit qu'elle avait eu depuis la naissance du système juridique et la mission qu'elle a **rempli de façonner la culture juridique**. Désormais, le caractère scientifique du droit ne lui est plus redevable. Il l'est à la science en général, qui est devenu un paradigme pour l'ensemble des activités sociales. **La science du droit n'est plus qu'une science parmi d'autres**, au surplus une de celles dont la nature demeure des moins certaines. Elle ne peut plus prétendre être l'âme du droit ni son modèle. L'ordre positif lui substitue, comme centre de gravité, l'Etat, devenu l'alpha et l'oméga de toute la vie juridique. Mise désormais à l'extérieur du droit, elle est tenue de s'astreindre, comme toutes les sciences dans l'âge positif, à **une simple posture d'observation**. Elle est sauvée, mais au prix d'un statut de seconde zone. Certes, elle retrouve la pureté de la science du droit des origines, mais elle est désormais émasculée de ce qui en faisait la raison d'être, **la transcendance**, ce qui pose la question de savoir si une science du droit ainsi conçue a un sens. » (F. Zenati-Castaing, *Scientia juris*, œuvre non encore publiée).

doit restée descriptive³⁸³. Ce qui l'invite à distinguer ces deux activités du juriste, en estimant que « la philosophie du droit [...] débute là où finit la science du droit positif [...] »³⁸⁴. Cette façon de reconnaître à la doctrine une fonction prescriptive, à côté de sa fonction descriptive n'est pas ignorée même par les positivistes. Ainsi M. Troper³⁸⁵ et Kelsen³⁸⁶ distinguent-ils la fonction scientifique de la doctrine, dans laquelle elle doit se contenter de décrire le droit, de sa fonction dogmatique, comme le conseil juridique³⁸⁷, dans laquelle elle peut prescrire³⁸⁸.

70. Donc, on peut dire que si le juriste agit dans le cadre de sa fonction scientifique, il ne formule pas une opinion sur le droit : il le théorise. – Cette « théorie » vient du grec, *theorein* qui signifie : **contempler et observer**³⁸⁹. Elle doit donc être le reflet fidèle de ce qui est observé. Ainsi, dans les sciences naturelles, si on découvre une loi de la sélection naturelle, cette loi ne devient une théorie de l'évolution que si l'observation sur le terrain prouve les régularités décrites dans cette dernière³⁹⁰. D'où la nécessité, selon Karl Popper, d'utiliser l'expérience pour vérifier si cette théorie décrit réellement la nature³⁹¹. Or pour

³⁸³ G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Pref. D. Gutmann, op. cit., pp. 16 et 17.

³⁸⁴ Ce qui lui permet de dire que s'il est tout à fait « logique et même nécessaire que le juriste, comme tel, considère ce qui est, se limite à comprendre et à interpréter dans leur sens propre les règles positives, sans chercher à savoir s'il pourrait y en avoir de meilleures. Mais, outre cette activité spéciale du juriste, au sens strict, l'homme éprouve aussi la nécessité de rechercher et étudier la justice, autrement dit le droit tel qu'il devrait être » (*Idem*, pp. 16 et 20).

³⁸⁵ M. Troper, *La théorie du droit, le droit*, l'Etat, op. cit., p. 5.

³⁸⁶ Pour Kelsen « la science du droit, ne peut décrire les normes individuelles créées par les tribunaux et les normes générales créées par les organes législatifs [...] qu'après leur entrée en vigueur. Prédire les décisions juridictionnelles futures peut être l'affaire des avocats qui conseillent leurs clients. Mais il ne faut pas confondre la connaissance du droit avec la fonction de conseil juridique » (*Idem*, p. 10).

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ Ainsi la doctrine peut donner son avis sur le droit. Dans cette fonction, elle n'a pas besoin de décrire ce droit, car elle porte un jugement sur lui et le fait évoluer. C'est ce que l'on rencontre dans les commentaires de nouveaux textes ou dans les commentaires de jurisprudence. Dans un commentaire d'arrêt, un auteur peut souhaiter l'abandon de l'arrêt, en ne se référant pas forcément à une norme supérieure. C'est ce qui s'est passé dans les commentaires de l'arrêt *Perruche* qui ont poussé à un changement de loi. Dans le cadre d'une consultation, le juriste pourrait présenter le droit de façon orientée, soit pour pousser le juge à aller dans son sens, soit pour pousser le législateur à **réformer** le droit. Ainsi pour réformer le Code civil, ont été mis sur pied des commissions, comme la Commission Catala. Ces commissions sont composées par les membres de la doctrine. Dans ce cas, ces membres ne décrivent pas le droit, mais ils l'influencent, pour le faire progresser. Il peut même arriver que la doctrine crée **des principes de droit** qui peuvent être consacrés par le droit positif. Ce qui est le cas du principe *in rem verso*. Mais ces principes ne deviennent du droit, qu'après leur consécration positive. La doctrine peut enfin **fabriquer des théories**. Mais ici, elle doit se contenter de décrire ce droit (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 228 à 241).

³⁸⁹ *Dictionnaire encyclopédique et universel*, op. cit., p. 1561.

³⁹⁰ C. Darwin, *L'Origine des espèces*, Paris : Ed. Marabout, 1973, pp. 73 et 74.

³⁹¹ Pour Karl Popper, la théorie doit correspondre à la réalité qu'elle décrit, d'où la nécessité, avant d'admettre une théorie, de vérifier si cette théorie correspond à la réalité qu'elle décrit dans une expérience. C'est pour cela qu'il a estimé que « tant qu'une théorie résiste à des tests systématiques et rigoureux [...] nous pouvons dire que cette théorie a fait ses preuves [...] » (K. Popper, *La logique de la découverte scientifique* (1934), traduction de N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, Paris : Ed. Payot, 1973, p. 29.). Voir aussi : On retrouve la même conception descriptive, chez les plus grands théoriciens des sciences dures, comme **Einstein**, pour qui « les données de l'expérience [...] doivent correspondre exactement aux conséquences de la théorie. C'est uniquement sur la possibilité d'une telle correspondance que reposent la valeur et la justification de l'ensemble du système [...]

Kelsen, les théories juridiques aussi sont soumises à cette exigence. En effet, pour lui, « la théorie du droit positif se situe sur le même plan que la science naturelle empirique »³⁹². Ainsi tire-t-il les conséquences d'une telle assimilation en estimant qu'une théorie juridique n'est valable que si elle reproduit « de façon **descriptive** le devoir être contenu dans les normes »³⁹³. Position que l'on retrouve chez E. Millard aussi³⁹⁴. Cette exigence épistémologique peut même dépasser l'opposition entre les positivistes et les jus naturalistes³⁹⁵. Ainsi si les juristes positivistes se contentent de décrire le droit positif dans leur théorie, les naturalistes réalistes, comme Gény et l'école réaliste américaine, eux aussi décrivent un droit naturel qui ne vient pas d'eux, mais des régularités qui résultent des rapports sociaux³⁹⁶.

Aussi, on peut dire que l'objectivité, la conformité au droit positif ou à la réalité sont des qualités nécessaires à toute théorie juridique. Si elles font défaut à cette théorie, elle n'est pas seulement mutilée d'une de ses composantes essentielles ; elle change de nature pour se transformer en récit mythique. En effet, une théorie juridique qui ne décrit pas le droit est un

sinon ceux-ci ne seraient que de libres inventions de l'esprit humain n'ayant aucune justification » (A. Einstein, *Sur la méthode de la physique théorique*, loc. cit., pp. 271-274).

³⁹² H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris : LGDJ, 1997, p. 216. *Contra* : Cependant pour Mendras, contrairement à Kelsen, le droit n'est pas une vraie science, mais une science normative au même titre que la morale. (H. Mendras, *Elément de sociologie*, Paris : Collection U éd. A. Colin, p. 11). Quant à J. L. Bergel, le droit « est un **art** consistant à améliorer les rapports sociaux en formulant des règles justes et en les appliquant de manière équitable, mais que c'est aussi une **science**, car le droit ne se borne pas à établir des règles [...] il a aussi pour tâche de classer les faits juridiques, de **construire des théories** [...] » (J.L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2003, p. 7).

³⁹³ Car pour Kelsen, « les propositions de devoir être qu'emploie le théoricien du droit pour décrire les normes, n'ont qu'une portée **descriptive** ; elles reproduisent de façon **descriptive** le devoir être contenu dans les normes », puisque pour lui « la théorie juridique s'attache à comprendre la signification spécifique des normes juridiques, créées et appliquées par les organes de la communauté juridique » (H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., pp. 216, 217).

³⁹⁴ Ainsi pour E. Millard, sa « théorie générale du droit [...] peut être dite positiviste [...] Elle est positiviste [...] parce qu'elle s'attache à permettre une description du seul droit positif, sans plus de précision » (E. Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 4).

³⁹⁵ *Idem*, p. 37 ; G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Préf. D. Gutmann, op. cit., pp. 16 et 20.

³⁹⁶ H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation* : La vérité, (Dir. M. Chartier), Paris : Documentation française, 2004, p. 94 ; Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 277 ; Voir aussi : M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, op. cit., p. 10 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., op. cit., p. 21.

mythe³⁹⁷, car comme les récits mythiques, qui eux aussi donnent une explication du monde³⁹⁸, elle est non vérifiable³⁹⁹.

71. Mais si cette exigence épistémologique a été très tôt prise en compte en droit public, notamment chez Kelsen et M. Troper, en droit privé, elle paraît moins présente. – Or Kelsen avait montré que cette exigence était applicable au droit des contrats aussi⁴⁰⁰. Ainsi a-t-il proposé une théorie positiviste du contrat qui a permis à Rouhette de faire, à la différence de Gounot, une critique positiviste de la théorie de l'autonomie de la volonté⁴⁰¹. Pour cet auteur, l'idée selon laquelle le contrat serait fondé exclusivement sur la volonté des parties ne décrit pas réellement le droit positif, puisqu'un contrat peut exister sans la volonté parfaite des parties. Ainsi, même si certains vices du consentement excluent la volonté dans le contrat, ils ne justifient pas toujours sa nullité⁴⁰². Ce qui prouverait, selon Rouhette, que la volonté n'est pas le seul fondement du contrat dans le droit positif⁴⁰³. Mais l'idée n'a pas eu autant de succès en droit privé que le travail de Kelsen en droit constitutionnel. Les privatistes continuent malgré tout à penser qu'ils peuvent prescrire en théorisant.

72. Ainsi, même si Demolombe a déjà exprimé des réserves sur cette méthode de construction des théories, cette précaution épistémologique n'a jamais été appliquée, ni par Demolombe ni par les autres privatistes⁴⁰⁴. – C'est ce que constate E. Savaux dans son étude, sur la théorie générale du contrat, dans laquelle il montre que plusieurs privatistes pensent que « la théorie générale du contrat [...] pose des règles communes à l'ensemble des contrats [...] »⁴⁰⁵. Or, à la fin de son travail, il dresse le constat que cette « théorie générale du contrat [...] ne se confond pas au droit commun des contrats »⁴⁰⁶. Ce qui le conduit à se

³⁹⁷ Ce qui était le cas dans l'ancien droit romain, car les **pontifes** étaient à la fois des autorités doctrinales et religieuses. C'est pour cela que leur avis sur le droit, mêlait le droit aux mythes. (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 116 ; Voir aussi : Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 23).

³⁹⁸ P. Ricœur, *Finitude et culpabilité, la symbolique du mal*, Paris : Ed. Auber-Montaigne, 1960, p. 12. ; M. Eliade, *Le sacré et le profane*, Paris : Ed Gallimard, 1965, p. 82.

³⁹⁹ L'opposition entre la théorie et les mythes, s'illustre parfaitement dans l'opposition entre les créationnistes et les évolutionnistes. (B. Durand, « Querelles doctrinales et frontière du droit », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., p. 10).

⁴⁰⁰ H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Arch. Phil. Dr.*, 1940, pp 33 et s.

⁴⁰¹ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris : LGDJ, 1997, pp. 228 et 230.

⁴⁰² Cf. *Infra*, n° 316.

⁴⁰³ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 238.

⁴⁰⁴ Ainsi Demolombe, en parlant de la théorie générale des nullités, avait déjà pris conscience de cette nécessité pour les privatistes de se contenter eux aussi de décrire le droit relatif aux nullités, en estimant que « ma conviction est que, si vous voulez adopter un système [des nullités] exclusif, et suivre sans aucune concession toutes les conséquences, vous pourrez bien être plus logique que le législateur lui-même, mais que vous arriverez à des résultats certainement contraires à sa volonté » (C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., pp. 364, 365).

⁴⁰⁵ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 19.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 17.

demander si la théorie générale du contrat est un mythe plutôt qu'une réalité⁴⁰⁷. Pour Ph. Jestaz et C. Jamin, cela ne fait aucun doute, « [...] toutes les théories juridiques sont des mythes [...] »⁴⁰⁸ car comme tous les mythes, elles ne se contentent pas de décrire ce qui est, mais prescrivent aussi ce qui devrait être.

Or pour que la science du droit privé passe de l'âge métaphysique à l'âge scientifique, décrit par Comte⁴⁰⁹, elle doit elle aussi rompre avec ses mythes. Dans ce nouvel âge scientifique du droit, C. Atias, s'inspirant des théoriciens scientifiques⁴¹⁰, estime que « seule la loi ou les autorités assimilées sont juges de la valeur des théories. Celles qui sont **conformes au droit positif** sont vraies [...] »⁴¹¹.

73. Cependant pour E. Savaux, un tel projet scientifique est irréalisable en droit, car « [...] le droit positif ne se donne jamais tel qu'il est à l'observateur, mais que sa perception est toujours plus ou moins influencée par des **présupposés** [...] »⁴¹². – Néanmoins, même dans les sciences dures, comme la physique, les théories procèdent toujours d'un présupposé⁴¹³. Donc, ce n'est pas parce qu'un présupposé existe que la théorie scientifique du droit serait impossible. En effet, ce présupposé « [...] n'est pas le résultat d'une opinion, voire d'une conviction personnelle »⁴¹⁴, mais une représentation, supposée rationnelle, du droit

⁴⁰⁷ Ainsi pour lui, « la théorie générale du contrat ne doit pas être confondue avec le droit commun positif et sa positivité n'est qu'un mythe » (*Ibid*, p. 92, 236).

⁴⁰⁸ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 231.

⁴⁰⁹ A. Comte, *Cours de philosophie positive*, Paris : Ed Hatier, 1982, pp. 75, 76.; F. Zenati-Castaing, *Scientia juris*, œuvre non encore publiée ; F. Braustein-Silvestre & J. F. Pepin, *Les grandes doctrines*, Paris : Ellips, 1993, p. 170.

⁴¹⁰ A. Einstein, *Sur la méthode de la physique théorique*, op. cit., p. 271-274.

⁴¹¹ C. Atias, *Epistémologie juridique*, op. cit., p. 224; *Contra*: J. L. Autin et C. Ribot, *Droit administratif général*, 3^e éd, Paris : Litec, 2004, p. 17.

⁴¹² Pour lui « dans la mesure où elle entend confronter la notion traditionnelle au droit positif conçu comme un réel, la théorie positiviste du contrat se donne un programme sans doute irréalisable. L'épistémologie juridique moderne paraît en effet démontrer que le droit n'est pas un donné s'imposant intégralement de l'extérieur, à l'observateur mais qu'il est toujours partiellement reconstruit ». Ce qui fait que dans la construction d'une théorie par une classification, « la décision de retenir ou d'ignorer une jurisprudence ou une loi lors de l'évaluation des règles générales du contrat exerce également une influence déterminante sur l'**image** rendue du droit positif » (E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., pp. 84, 253 et 236)..

⁴¹³ Pour Bachelard il faut comprendre l'objet de sa recherche pour l'appréhender, or pour comprendre cet objet, il faut le penser « ainsi les faits s'enchaînent d'autant plus solidement qu'ils sont impliqués dans un réseau de raisons. C'est par l'enchaînement, conçu **rationnellement**, que les faits hétéroclites reçoivent leur statut de faits scientifiques. Que la terre tourne, c'est donc une idée avant d'être un fait. Ce fait n'a primitivement aucun trait empirique. Il faut le mettre à sa place dans un domaine rationnel d'idées pour oser l'affirmer » (G. Bachelard, *Le rationalisme appliqué*, Paris : Ed. P.U.F, 1949, pp. 52 et 123). Kant aussi enseignait dans sa critique de la raison pure, que « la raison ne voit que ce qu'elle produit elle-même d'après ses propres plans et qu'elle doit prendre le devant [...] obliger la nature à répondre à ses questions et pas se laisser conduire pour ainsi dire par elle [la chose observée] ; car autrement, faites au hasard et sans aucun plan tracé à l'avance, nos observations ne se rattacheraient point à une loi nécessaire [...] » (Kant, *Critique de la raison pure* (1781), préface et traduction de A. Tremesaygues et B. Pacaud, Paris : Ed. P.U.F, 1968, p.17).

⁴¹⁴ C. Atias, *Epistémologie juridique*, op. cit., p. 209.

positif. Cette représentation peut être validée ou contredite par l'expérience⁴¹⁵, car en « émettant une proposition, les juristes recherchent, dans les décisions de justice, les indices de sa pertinence. Même lorsqu'ils prétendent à l'originalité, ils veulent montrer qu'ils demeurent dans les limites de la réalité du droit positif [...] comme l'**expérience scientifique**, la confrontation à la jurisprudence lave la théorie du soupçon de subjectivité »⁴¹⁶.

On ne saurait donc exclure *a priori* toute possibilité d'une théorie positiviste du contrat, sous-prétexte qu'elle serait fondée sur un présupposé, au risque d'exclure toutes les théories scientifiques, même les plus prestigieuses, parce qu'elles aussi sont fondées sur des présupposés⁴¹⁷. On ne peut donc exclure une théorie qu'*a posteriori*, après avoir confronté ses présupposés au droit positif. Si ses présupposés sont contredits par le droit positif, il faut l'écarter, mais on postule toujours que cette théorie est possible, en attendant qu'un juriste plus avisé trouve le présupposé conforme au droit positif.

74. Le second intérêt de ce travail réside justement dans la possibilité qu'il offre de vérifier, la conformité au droit positif, des présupposés de la théorie générale des nullités qui a été construite par la doctrine après le Code civil. – On peut parler d'une théorie générale des nullités ici, car l'utilisation des termes « la théorie des nullités » à la place « des théories des nullités » dans l'intitulé du sujet, postule qu'il existe une **théorie générale des nullités** et non des théories diverses. Cette théorie générale refléterait, plus qu'un droit commun des nullités, une synthèse de l'ensemble des règles régissant les nullités de tous les contrats⁴¹⁸.

Il nous faut donc nous interroger sur la pertinence des présupposés de cette théorie générale des nullités : ces présupposés reflètent-ils le droit positif⁴¹⁹? C'est à cette question et à celle

⁴¹⁵ K. Popper, *La logique de la découverte scientifique* op. cit, p. 29.

⁴¹⁶ C. Atias, *Epistémologie juridique*, loc. cit, p. 210.

⁴¹⁷ Pour expliciter cette idée, **Einstein** utilise l'image d'une montre plombée. Le rôle du savant consiste à émettre des théories qui expliquent le fonctionnement interne de cette montre sans l'ouvrir, en interprétant le mouvement des aiguilles et le tic-tac de la montre. Pour parvenir à expliquer ce mécanisme de la montre, comme elle est plombée, le savant sera obligé de « **se former quelque image du mécanisme** » de la montre, sans l'ouvrir. Or cette image *a priori* du mécanisme de cette montre avant son ouverture est un **présupposé**. Ce qui prouve que même les théories des sciences dures comme la physique sont fondées sur un présupposé (A. Einstein et L. Infeld, *L'évolution des idées en physique*, Paris : éd Flammarion, 1982, p. 34 et s ; A. Einstein, *Sur la méthode de la physique théorique*, op, cit, p. 271-274).

⁴¹⁸ Cf. *Infra*, n° 641 et s.

⁴¹⁹ Le droit positif qui sera utilisé ici pour apprécier les théories sera le même aussi bien pour les théories émises au XIX^{ème} siècle que celles émises au XX^{ème} siècle, car depuis le vote du Code civil, la partie relative aux nullités des contrats en général n'a pas été modifiée, à l'exception de la prescription en 1968 et en 2008 (A. Castaldo, « Le Code civil, les loi de la troisième république et les actes dits lois de vichy », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 260 et s ; J. Foyer, « Le Code civil de 1945 à nos jours », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 283.). Toutefois cela ne veut pas dire qu'il n'y a eu des modifications légères du Code civil. Ainsi dans la version

du précédent paragraphe que ce travail va chercher à répondre, en formulant de nouvelles hypothèses à vérifier.

Sous-section 2. Tentatives de réponse à ces questionnements

Toutes les interrogations soulevées ci-dessus, par l'étude de la théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil, seront étudiées ici afin de tenter d'y apporter une réponse. Pour cela, on va proposer certaines hypothèses en guise de réponse, dont la pertinence sera vérifiée tout au long de ce travail (§ 1). Ce qui ne veut pas dire que le plan de ce travail va suivre l'ordre de ces hypothèses (§ 2).

§ 1. Présentation des hypothèses de ce travail

75. Comme l'a souligné C. Atias dans son épistémologie juridique, si l'origine d'une «hypothèse est variable. Elle présente un trait constant ; c'est l'insatisfaction de l'auteur devant le savoir admis qui l'incite à une clarification, à une rectification, à une reconstruction [...]»⁴²⁰. – Dans ce travail, l'origine des hypothèses émises réside dans la volonté d'apporter

originale du Code civil les articles 502 et s sont devenus les articles 414-1 et 414-2 C. civ. avec de légères modifications. Quant aux articles 180 et suivants, qui prévoyaient la consolidation du mariage par la cohabitation, ils ont été modifiés. Il en est de même en ce qui concerne l'article 146 C. civ, sa sanction a été elle aussi précisée par la loi du 19 février 1933. Ce qui fait que, sous réserve de ces modifications et de celles apportées au droit de la famille et des protégés, on peut utiliser le même droit positif des obligations, sans risquer d'être **anachronique**, pour apprécier aussi bien la théorie classique que la théorie moderne de nullités (En ce sens, voir : Code civil des français, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806 ; Cf. *Infra*, n° 782). En ce qui concerne la jurisprudence, contrairement à M. Troper pour qui, « si la norme n'est pas la loi, mais la somme de ses interprétations, alors c'est cette somme que décrit la proposition de droit », nous pensons que la théorie des nullités doit être étudiée non seulement par rapport à la jurisprudence mais aussi par rapport aux lois. Ce qui permet d'apprécier le respect de la hiérarchie des normes en critiquant la jurisprudence qui ne respecte pas la norme supérieure, sans pour autant porter un jugement de valeur sur ce droit positif. (M. Troper, *La théorie du droit, le droit*, l'Etat, op. cit., p. 16 ; Voir aussi : F. Zenati-Castaing, *La jurisprudence*, op. cit., p. 82).

⁴²⁰ C. Atias, *Epistémologie juridique*, op. cit, p.178. On peut légitimement penser comme cet auteur que la construction d'une hypothèse, ne doit pas forcément partir de rien. L'objet de cette thèse, la théorie des nullités, ayant fait l'objet de plusieurs écrits depuis 1804, on peut puiser de ces écrits pour construire une hypothèse, puisque « le scientifique progresse, non en comparant des idées avec l'expérience [ici il s'agit du droit positif], mais avec d'autres idées [par exemple dans cette thèse la théorie classique et la théorie moderne des nullités] » (*Idem*, p 48). C'est ce qui va permettre à un chercheur, selon P. Feyerabend, d' « élaborer des hypothèses qui ne concordent pas avec des théories bien établies [...] » (P. Feyerabend, *Contre la méthode, Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris : Seuil, 1979, p. 26).

des clarifications aux questions qui ont été soulevées dans la Sous-section précédente. Ces hypothèses sont au nombre de trois.

Première hypothèse : Les limites des théories générales des nullités

76. Après le Code civil, des auteurs ont proposé une théorie générale des nullités, fondée sur l'état de l'acte, que l'on appelle la théorie « classique » des nullités. Cette théorie a utilisé l'état de l'acte pour distinguer l'annulabilité de l'inexistence. D'autres ont proposé une théorie des nullités, fondée sur le droit de critique, que l'on appelle la théorie « moderne » des nullités. Cette théorie a utilisé le droit de critique pour distinguer la nullité absolue de la nullité relative. Ces deux théories ont la particularité d'être générales. Elles ne prétendent pas refléter seulement le droit commun des nullités, mais une synthèse de l'ensemble des règles régissant les nullités de tous les contrats⁴²¹. **Notre hypothèse est que ces deux théories ne reflètent pas totalement le droit positif, et que cette non-conformité au droit positif serait due aux méthodes de construction de ces théories.**

Deuxième hypothèse : Les limites de la casuistique

77. Après le code civil, d'autres auteurs n'ont pas eu la prétention ou n'ont pas pu construire une théorie générale des nullités. Ces auteurs ont privilégié ou sont tombés dans la présentation diverse des nullités, ce qui est plus conforme au droit positif. **Le premier aspect de notre hypothèse ici soutient que cette diversité dans l'étude des nullités, si elle exclut toute classification *a priori*, risque de mener à une régression méthodologique et scientifique par rapport aux progrès de la pensée juridique réalisés depuis Rome.**

Aussi, on a estimé qu'il est possible d'éviter cette régression méthodologique, qu'est la casuistique, due à l'abandon des idées *a priori* dans la théorie des nullités, sans pour autant retomber dans les excès des théories générales en proposant des classifications spécifiques à certains contrats. Au surplus, on tentera de montrer dans **le second aspect de cette hypothèse que le rapprochement des positions de certains auteurs après le Code civil, permet de déceler l'existence latente de ces classifications spécifiques chez ces auteurs.** Même si ces

⁴²¹ Cf. *Infra*, n° 641 et s.

classifications ne reflètent pas totalement le droit positif, elles sont un juste milieu entre les théories générales et la casuistique.

Troisième hypothèse : Les limites du concept de doctrine « classique » et « moderne »

78. Même si l'on n'abandonne pas totalement l'expression « théorie des nullités dans la doctrine », on essayera de montrer qu'il est souhaitable de relativiser le concept de « doctrine classique » opposé à celui de « doctrine moderne » pour privilégier le concept de « théorie des nullités chez les **auteurs** ». En effet, on va tenter de montrer que les divergences qui existent au sein de chaque courant ne sont pas moins importantes que celles qui existent entre les deux doctrines. Ce qui met en cause le regroupement des auteurs en écoles, dès lors que ce regroupement est justifié par les divergences qui existent entre cette doctrine et la doctrine d'en face. C'est pour cette raison que, comme chez J- L Bergel dans le droit en général, notre troisième hypothèse soutient que dans le domaine des nullités, il « n'y a pas une doctrine mais des auteurs [...] »⁴²².

Mais, avant de commencer la tentative de démonstration de ces hypothèses, il est nécessaire de montrer l'ordre dans lequel elles seront présentées.

§ 2. Justification du plan choisi dans ce travail

79. Pour vérifier ces hypothèses, il sera impossible de les présenter successivement, chacune de ces hypothèses étant transversale. – Aussi, la structure de ce travail ne suivra pas l'ordre de présentation de ces dernières, pour éviter des redondances. Pour réaliser une étude dynamique de la théorie des nullités, dans la doctrine après le Code civil, qui prenne en compte toutes ces hypothèses, il est nécessaire de montrer qu'au-delà de la diversité des auteurs, certains d'entre eux ont tenté de construire une théorie générale des nullités (Première partie), alors que d'autres ont privilégié une présentation diverse de ces nullités (Deuxième partie).

⁴²² J.L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2^e éd, *loc. cit.*, p. n° 59.

PREMIERE PARTIE

LA THEORIE GENERALE DES NULLITES : UNE ENTREPRISE IMPOSSIBLE POUR LA DOCTRINE APRES LE CODE CIVIL

80. Dans la science juridique, on doit définir des catégories, abstraites, auxquelles on applique un régime. – Par exemple, le conjoint, l'ascendant, le descendant et le collatéral sont des catégories qui, en droit des successions, déclenchent l'application d'un régime. La plupart du temps, ces catégories sont bien définies par la loi. Cependant, dans certains domaines, elles ne sont pas précises. D'où la nécessité de les créer, en classant les diverses règles et décisions, à l'aide d'une théorie. Cette théorie sera générale si elle prétend refléter le droit commun. Ce qui est le cas de la théorie des nullités, car les règles régissant les nullités n'ont pas créé de véritables catégories de nullités. C'est pour remédier à cette carence que la doctrine a proposé ses propres catégories. Mais pour trouver ces catégories, il est nécessaire de dégager un critère qui justifie la réunion de plusieurs types de nullité sous la même appellation.

81. Dès le XIX^{ème} siècle, la doctrine a trouvé ces catégories, en utilisant des critères distincts, afin de proposer une théorie générale des nullités qui reflète le droit commun des nullités. – Mais comme l'a souligné E. Savaux, à propos de la théorie générale du contrat qui ne se confond pas « au droit commun des contrats »⁴²³, il sera montré ici aussi que la théorie générale des nullités ne reflète pas le droit commun positif des nullités. Ce qui est du au fait que les distinctions proposées par la doctrine ne coïncident pas toujours avec les régimes prévus pour ces distinctions. Or la qualité d'une classification réside justement dans la solidarité qu'elle crée entre la place de l'objet classé dans le tableau et ses propriétés. Ainsi dans le tableau ci- dessous, on peut parler d'une véritable classification des nullités, car l'axe X est solidaire de l'axe Y.

⁴²³ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit, p. 17.

		L'axe X : La distinction des nullités			
		<i>La classification des nullités selon l'état de l'acte</i>		<i>La classification des nullités selon l'intérêt protégé</i>	
		La sanction des vices les moins graves : L'annulabilité	La sanction des vices les plus graves : L'inexistence	La sanction de l'atteinte à l'intérêt privé : La nullité relative	La sanction de l'atteinte à l'intérêt général : La nullité absolue
L'axe Y : Les propriétés des nullités, induites par leur distinction	La nécessité de saisir le juge	oui	non	oui	oui
	Les personnes pouvant invoquer la nullité	La personne protégée	Tout intéressé	La personne protégée	Tout intéressé
	La possibilité de confirmer	oui	non	oui	non
	La prescription	dix ans	imprescriptible	cinq ans	trente ans (cinq ans depuis 2008)
	La rétroactivité	Oui mais pas systématique chez Bedant	oui	Oui mais pas systématiquement	Oui mais pas systématiquement
		A	B	C	D

Si une telle solidarité n'existe pas, on ne peut pas parler d'une classification, car une classification suppose que les objets qui sont dans la colonne A ont des propriétés différentes de ceux qui se trouvent dans la colonne B. Or, comme il a été soutenu dans la première hypothèse de ce travail, il sera montré dans cette première partie que les classifications proposées par la doctrine, pour construire une théorie générale des nullités, sont non seulement contredites par le droit positif (Titre I), mais ne permettent pas de connaître les propriétés des nullités et de déterminer avec exactitude quel régime appliquer à chaque nullité (Titre II).

TITRE I

UNE IMPOSSIBILITE D'UNE THEORIE GENERALE DES NULLITES DUE AUX LIMITES DES DISTINCTIONS DES NULLITES

82. Un contrat nul, quelle que soit la cause de sa nullité, est anéanti rétroactivement⁴²⁴. – Toutes les nullités produisent cet effet. Mais malgré cette ressemblance, plusieurs types de nullités sont soumis à des régimes différents. D'où nécessité de distinguer tous ces types de nullités afin d'éviter tout risque de confusion. Pour procéder à cette distinction, il est nécessaire de s'accorder d'abord sur ces différents types de nullités et ensuite de préciser le critère qui distingue ces derniers.

A cet égard, il y aurait eu un premier courant doctrinal, appelé la doctrine classique, pour lequel il existerait deux types de nullités : l'annulabilité et l'inexistence. Pour distinguer ces deux types de nullités, ce courant classique se serait fondé sur l'état de l'acte vicié. A côté de ce courant classique, il y aurait eu un second courant, appelé doctrine moderne. Ce courant a estimé lui aussi qu'il y a deux types de nullités : la nullité absolue et la nullité relative. Pour distinguer ces deux types de nullités, ce courant se serait fondé sur l'intérêt protégé par la règle violée par l'acte, car pour ce courant, la nullité n'est pas un état de l'acte mais un droit de critique.

On montrera qu'aussi bien la distinction des nullités, fondée sur l'état de l'acte (Chapitre I) que celle fondée sur le droit de critique ou sur le but de la règle violée (Chapitre II), ne reflètent pas réellement le droit positif. En plus, ces deux critères ne sont pas propres à chacun de ces courants. En effet, on peut rencontrer l'état de l'acte chez des auteurs rattachés au courant moderne tout comme on peut rencontrer l'intérêt protégé chez des auteurs rattachés au courant classique.

⁴²⁴ Cf. *Supra*, n° 5.

CHAPITRE 1 : UNE IMPOSSIBILITE D'UNE THEORIE GENERALE DES NULLITES DUE AU CHOIX DU CRITERE DE DISTINCTION DES NULLITES LIE A L'ETAT DE L'ACTE

83. Pour donner un fondement rationnel à sa distinction des nullités, le courant classique a assimilé l'acte juridique à un être vivant⁴²⁵. – Pour exister, cet être doit naître vivant et viable. S'il naît malade, il peut guérir ou mourir⁴²⁶. Dans cette théorie, les vices sont assimilés à des organes défaillants de l'acte. Aussi, avec une telle conception de l'acte juridique, la nullité l'affectant est, comme chez l'être humain, une pathologie. Cette pathologie aura un impact différent sur le régime de l'acte en question selon sa gravité. C'est cette idée de gravité du vice qui inspire la théorie classique des nullités pour distinguer les différents types d'inefficacités d'un acte. Selon que le vice, affectant l'acte, l'ampute d'un organe vital ou pas, cet acte sera annulable ou inexistant (Section I). Ce qui est critiquable (Section II).

⁴²⁵ Cf. *Infra*, n° 539 et.

⁴²⁶ D. Deroussin, « C I C. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 203.

Section 1 : La nullité comme une pathologie : une idée issue de la théorie classique

84. La nullité vient sanctionner la violation d'une condition de formation de l'acte juridique. – Mais il n'y a pas qu'un seul type de nullité ; il y en a plusieurs. D'où la question de savoir comment les distinguer. Pour les auteurs classiques, c'est l'état de l'acte qui permet de distinguer les nullités, car selon l'importance de l'organe qui manque au contrat, la gravité de la condition à laquelle le contrat a contrevenu, le nom de la nullité ne sera pas le même (Sous-section 1). Ce qui est étrange, car on mélange ici le droit et la biologie. D'où la nécessité pour la théorie classique de justifier ce mélange, pour le moins étrange, pour un juriste (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'utilisation du critère lié à l'état pathologique de l'acte dans la classification des nullités

L'utilisation de l'état de l'acte, comme critère de distinction des nullités dans la théorie classique, a eu pour conséquence de distinguer deux types de nullités : si le vice qui affecte l'acte est trop grave, la sanction de l'acte sera l'inexistence (§ 1) ; si ce vice n'est pas trop grave, la sanction de l'acte sera l'annulabilité (§ 2).

§ 1. L'inexistence dans la théorie classique

Pour parler d'un contrat, même invalide, encore faut-il que ce contrat se soit formé. Par exemple, s'il n'y a pas eu de rencontre entre une offre et une acceptation, le contrat n'est pas nul, il ne s'est tout simplement pas formé. D'où la nécessité de préciser les éléments qui permettent à un contrat de naître (A), avant de chercher la qualification à accorder au contrat qui ne contient pas un de ces éléments. Ce qui a suscité une véritable divergence terminologique au sein de la doctrine classique (B).

A. Les divergences doctrinales sur les éléments en l'absence desquels le contrat est privé de naissance

85. Comme tout acte juridique, le contrat est une création de la loi. – Pour qu'il naisse, il faut qu'il remplisse les critères fixés par cette dernière⁴²⁷. Ces critères se trouveraient dans l'article 1108 C. civ. Ce texte donne les conditions essentielles à la validité du contrat. Ces conditions sont : le consentement, l'objet, la cause et la capacité. La question qui se pose, c'est de savoir si un contrat, auquel il manque un de ces éléments, est inexistant ou nul ? La réponse à apporter à cette question a été une source de divergence au sein des auteurs classiques. Ces divergences ont tourné autour du sens qu'il faut donner à l'article 1108 C. civ. (I) et autour de la sanction de l'absence, dans le contrat, d'une des conditions fixées par ce texte (II).

I. Les divergences doctrinales sur le contenu de l'article 1108 C. civ.

86. Selon l'article 1108 C. civ. « quatre conditions sont essentielles pour la **validité** d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ». Ce sont les éléments de base de tout contrat qui peut contenir aussi d'autres conditions en plus. Ainsi le contrat de société doit-il contenir ces éléments en plus de *l'affectio societatis*. Selon la lettre de ce texte, il s'agit des conditions de validité du contrat dans cet article, même si la doctrine est restée divisée sur ce contenu. En effet, un courant soutient que cet article pose des conditions d'**existence**⁴²⁸, tandis qu'un autre soutient qu'il contient des conditions de **validité**⁴²⁹.

87. Les auteurs qui ont voulu voir dans les conditions de l'article 1108 C. civ. des conditions d'existence⁴³⁰, ont tout simplement transformé le mot « validité » en « existence ». – Pour cela, ils se sont tournés vers de Pothier, l'inspirateur de cet article. Ainsi, pour lui, il « [...] est de l'essence des obligations qu'il y ait, 1° une cause d'où naissent l'obligation ; 2° des personnes entre lesquelles elle se contracte ; 3° quelque chose qui en soit

⁴²⁷ Cf. *Supra*, n° 86.

⁴²⁸ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 110.

⁴²⁹ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^e éd, Paris : Delamotte et fils, éditeurs, tome III., 1873, p. 358.

⁴³⁰ J. Loyer, *Des actes inexistantes*, Rennes : th doc, 1908, p. 159

l'objet. »⁴³¹. Par conséquent on peut dire que les éléments, cités ici, ne sont pas que des conditions de validité, chez Pothier, parce que pour lui, si un élément essentiel manque au contrat, celui-ci n'est pas seulement nul, mais il ne se forme pas⁴³².

Cependant, cette réécriture de l'article 1008 C. civ. inspirée de Pothier, n'a pas été approuvée par tous les auteurs du XIX^{ème} siècle. Marcadé l'a critiquée, car pour lui, « cet article nous indique les conditions essentielles, les éléments indispensables, non pas pour l'**existence** d'une convention, mais pour sa **validité** »⁴³³. Ainsi apparaît ici une divergence entre les auteurs du XIX^{ème} siècle, car Marcadé s'oppose à la position défendue par Zachariae pour qui l'utilisation du terme « **validité** » à la place de l'**existence** dans l'article 1108 C. civ. est « une erreur de rédaction »⁴³⁴ du code, parce que le législateur aurait dû écrire « **existence** » à la place de « **validité** ». On peut dire, comme le faisait remarquer ironiquement Drogoul en critiquant cette affirmation, que ce « système est vraiment commode : en affirmant que **la loi se trompe** toutes les fois qu'elle n'est pas de notre avis, on arrive aisément à lui faire consacrer une **théorie** quelconque »⁴³⁵. Et de façon encore plus virulente, Loyer critique-t-il, lui aussi, cette méthode d'interprétation, qui selon lui, est « pleine de désinvolture et de fantaisie d'autant plus féconde [...] puisqu'elle permet sur simple indice d'un mot qui n'est même pas écrit dans le texte, mais dit-on qui **devrait y être**, de fonder toute une **théorie** »⁴³⁶. Ce qui prouve, comme il a été soutenu dans la troisième hypothèse de ce travail, la faiblesse de l'unité doctrinale ici. En effet, les critiques de Marcadé sur ce point le rapprochent plus de Drogoul et de Loyer que de Zachariae.

88. Sans remettre en cause l'affirmation, selon laquelle l'article 1108 contiendrait des conditions d'existence, d'autres auteurs classiques ont cherché à trouver dans l'article 1108 C. civ. aussi bien des conditions de validité que des conditions d'existence. – Ainsi, pour Demolombe, certes l'article 1108 C. civ. contient des conditions d'existence, mais tous les éléments de cet article ne sont pas tous des conditions d'existence⁴³⁷. La cause par

⁴³¹ Pothier, *Traité des obligations*, tome 1, p. 3.

⁴³² Cf. *Supra*, n° 53.

⁴³³ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, op. cit., tome III, p. 358. Ainsi pour Drogoul, « avec la meilleure volonté possible, **validité ne veut pas dire existence**. Nos auteurs eux-mêmes prennent souvent plaisir à opposer ces termes l'un à l'autre, et à faire de chacun d'eux l'étiquette de deux catégories distinctes » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit. p. 96)

⁴³⁴ *Idem*, p.110.

⁴³⁵ *Ibid.*,

⁴³⁶ J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 159.

⁴³⁷ Ainsi selon Demolombe, l'article 1108 contient quatre conditions « mais ce n'est pas à dire qu'elles soient requises toutes les quatre de la même manière et avec le même caractère de nécessité » (C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris : A. Durand, tome 1., 1868-82, p. 45).

exemple ne doit pas être rangée parmi les conditions d'existence, mais parmi les conditions de validité⁴³⁸. Quant à Hartmann, pour lui, toutes les conditions qui se trouvent dans l'article 1108 sont des conditions d'existence, sauf la capacité, car le contrat n'existe que « 1° si les parties ont consenti, 2° s'il y a un objet déterminé ; 3° s'il y a une cause déterminée ; 4° si la convention est licite [...] »⁴³⁹.

Mais pourquoi exclure la capacité de la liste des conditions d'existence de l'article 1108 C. civ. alors même que le législateur la cite avant même l'objet et la cause⁴⁴⁰ ? Il n'y a pas de réponse logique à cette question. C'est ce qui a poussé Drogoul à estimer que les auteurs classiques n'utilisent l'article 1108 que comme un simple prétexte, mais ne le respectent pas. Pour ces auteurs classiques, « l'énumération que fait le texte, ils la considèrent comme sans importance [...] **La capacité n'est qu'une intruse**, que le code indulgent a bien voulu laisser passer ; mais les interprètes sont là qui veillent, et qui la chassent avec des mines sévères »⁴⁴¹.

89. Pour échapper à cette divergence doctrinale, sur le contenu de l'article 1108, Bedant considère que tous les éléments cités dans cet article sont nécessaires aussi bien à l'existence du contrat qu'à sa validité. – Dans sa théorie, selon qu'un élément, cité dans l'article 1108, est **absent** ou est **vicié**, le contrat ne se formera pas ou sera simplement annulable, car « pour que la convention se forme, il faut la réunion de **toutes les conditions essentielles**. **L'absence** de l'une d'elles rend la convention nulle, non avenue [inexistante] ; **l'insuffisance** de l'une ou de plusieurs d'entre elles ne fait que **vicier** la convention et la rend **annulable** »⁴⁴². On retrouve la même position chez Bourgeon. En effet, pour lui, la volonté et l'objet sont nécessaires à l'acte « si l'un de ces éléments fait complètement défaut, il n'y a plus d'acte juridique [...] c'est un acte inexistant »⁴⁴³. Ce qui permet de justifier la différence

⁴³⁸ Cf. *Infra*, n° 92.

⁴³⁹ Quant à Hartmann, il est allé encore plus loin que l'article 1108 en ajoutant d'autres conditions car pour lui, cet article instaure des conditions d'existence qui sont « au nombre de huit : 1° l'absence de consentement, 2° l'erreur destructive du consentement ; 3° L'inobservation des formes dans les contrats solennels ; 4° L'incapacité de jouissance ; 5° Le défaut d'objet et l'objet illicite ; 6° le défaut de cause et la cause illicite ; 7° l'insertion d'une condition...illicite ou impossible dans les contrats à titre onéreux ; 8° la violation d'une disposition intéressant l'ordre public [...] » (E. Hartmann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 265 ; voir aussi : J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 89).

⁴⁴⁰ Ce qui prouverait qu'il n'accorde pas moins d'importance à la capacité qu'à l'objet ou à la cause.

⁴⁴¹ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Étude de droit civil*, op. cit., p. 95.

⁴⁴² Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 188.

⁴⁴³ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 199.

entre les vices du consentement, qui sont une atteinte à une condition de validité, et l'absence de consentement, qui est une atteinte à une condition d'existence⁴⁴⁴.

S'il y a eu autant de débat sur le sens qu'il faut donner à l'article 1108, c'est parce que selon le sens que l'on donnera à cet article, la sanction de l'absence d'un de ses éléments ne sera pas la même. En conséquence, de cette divergence sur le sens de cet article, découle naturellement une divergence quant à la sanction de l'absence des conditions fixées par ce dernier.

II. Les divergences quant aux sanctions des conditions posées dans l'article 1108 C. civ.

90. Si on considère que l'article 1108 C. civ. énumère des conditions d'existence du contrat, parce que ces conditions sont essentielles, on peut tout à fait sanctionner l'absence de ces conditions par l'inexistence. – En effet, cette absence serait une absence d'un élément important dans un contrat. Or, selon les classiques, l'inexistence sanctionne les vices les plus graves dans le contrat. Un contrat dans lequel il n'y aurait pas de consentement ne serait pas nul, mais ne se formerait tout simplement pas. Pour que ce consentement puisse lui-même être efficace, il faut qu'il soit motivé et qu'il porte sur un objet⁴⁴⁵.

91. Ainsi, selon les classiques, l'absence de consentement ne rend pas le contrat nul, mais l'empêche de se former, car l'acte juridique étant un acte de volonté, on ne peut pas le concevoir sans le consentement. – Ce qui s'illustre parfaitement chez Aubry et Rau pour qui on « ne peut pas concevoir de convention sans le concours du consentement des deux parties »⁴⁴⁶. Par exemple avant la formation du contrat, il y a systématiquement une offre et une acceptation ; le contrat ne se forme que par la rencontre de ces deux éléments, cette rencontre elle-même étant le consentement. Avant cette rencontre, il n'y a pas de consentement et donc pas de contrat, car comme l'a montré Pothier, si « le contrat renferme le concours des volontés des deux personnes [...] La pollicitation est la promesse qui n'est pas

⁴⁴⁴ Cf. *Infra*, n° 144.

⁴⁴⁵ C'est pour cette raison que Lutzesco a estimé que « l'acte de volition n'est pas complet tant qu'il n'a pas pris contact avec un objet plus ou moins matériel, tant qu'il n'a pas été pour ainsi dire, fixé à quelque chose qui se transporte réellement du patrimoine d'un contractant dans le patrimoine de l'autre » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 217).

⁴⁴⁶ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, Paris : Cosse Marchal & Cie, tome I, 1869, p.119, note N° 3 ; G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 40.

encore acceptée par celui à qui elle est faite »⁴⁴⁷. Marcadé enseigne que ce principe est toujours valable dans le Code civil, puisque pour lui, « la position de celui qui offre de s'obliger, tant qu'elle n'est pas acceptée par l'autre partie, se nomme ordinairement pollicitation [...] Cette pollicitation, tant que l'acceptation de l'autre partie ne vient pas s'y joindre, ne produit aucun effet »⁴⁴⁸.

Par conséquent les actes conclus avec des personnes qui n'existent ne sont pas nuls, mais ne se forment tout simplement pas, car « pour manifester une volonté, il faut exister [...] »⁴⁴⁹. Ainsi, pour Demolombe, le mariage contracté par un condamné à mort civile n'est pas nul mais ne s'est pas formé, puisque l'autre partie n'existe plus juridiquement pour accepter ce mariage⁴⁵⁰. Toutefois, la Cour de cassation a admis qu'un don, fait à une association qui n'a pas de personnalité juridique, peut se former, même si une des parties manque⁴⁵¹.

Mais qu'en est-il si une des parties, quoique existante, parce qu'elle n'a pas de discernement, est incapable d'exprimer un consentement au contrat? Pour Aubry et Rau, cette absence de discernement n'empêche pas le contrat de se former, mais le rend annulable⁴⁵². Position qu'on rencontre chez La rombière aussi⁴⁵³. Ce qui revient à assimiler l'incapacité au vice du consentement. Or en cas d'incapacité, il s'agirait bien d'une absence de consentement, qui ne rend pas le contrat nul, mais l'empêche de se former. Aussi, Pièze a-t-il estimé que « la thèse

⁴⁴⁷ Pothier, *Traité des obligations*, tome 1, p. 5.

⁴⁴⁸ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, op. cit., tome III, p. 359.

⁴⁴⁹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p.118. C'est pour cette raison que Demolombe a estimé que « la vie civile de l'un et l'autre des futurs époux » est une condition d'existence du mariage (C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 371).

⁴⁵⁰ Ainsi la peine de mort civile, quand elle existait, n'éliminait pas physiquement la personne condamnée, mais lui ôtait toute capacité juridique. A la différence des incapables pour minorité ou pour insanité mentale, ces condamnés à mort civil n'ont plus de patrimoine. Or pour contracter il faut avoir un patrimoine dans lequel le contrat va se loger. Dans ce cas, on comprend que les classiques aient considéré ici que le contrat est inexistant, puisque ce contrat n'a trouvé aucun patrimoine pour l'héberger, d'où l'impossibilité pour ce contrat d'exister même de façon temporaire. Ce genre de peines n'existe plus dans le droit pénal français (même si l'article 1939 C. civ. a parlé de la mort civile jusqu'en 2009), mais on peut trouver des résurgences du principe de ces peines dans les peines complémentaires prévues dans les articles **131-26 et 131-27 C. pén** qui instituent des limitations des droits civiques et des incapacités d'exercer certains métiers. *Contra* : La théorie moderne ne range pas ce genre d'actes parmi les actes inexistantes. Pour Gaudemet, en cas d'interdiction pénale, la sanction devrait être une nullité absolue. Cette position est conforme à la jurisprudence (E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 169).

⁴⁵¹ Dans cette affaire du 5 mai 1879, la Cour de cassation avait estimé qu'une donation faite à une congrégation non autorisée ne peut plus être attaquée en nullité trente ans après. (Cass. 5 mai 1879, D., 80, 11 445). *Contra* : Bufnoir a critiqué cette interprétation de la Cour de cassation, en estimant « qu'on annule que ce qui existe, et il n'y a pas besoin d'action en annulation contre un contrat inexistant » Or dans cet arrêt c'est cette idée d'inexistence que la Cour de cassation rejette en admettant la prescription de l'action en nullité (C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p.658).

⁴⁵² J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 91.

⁴⁵³ *Idem*.

du vice du consentement est insoutenable : on ne peut pas dire que le consentement d'un individu en état de démence soit un consentement vicié ; pour qu'un consentement soit vicié, il faut que ce consentement existe, or l'individu en état de démence n'a pas de consentement »⁴⁵⁴. Ce qui là aussi, montre des divergences au sien des auteurs du XIX^{ème} siècle.

92. Quant à l'objet et la cause, Demolombe estime que « si l'on ne peut rationnellement concevoir d'obligation sans objet, il n'y a pas d'impossibilité absolue à reconnaître une obligation sans cause »⁴⁵⁵. – L'objet de l'obligation étant la prestation de chaque partie, selon la théorie classique, si cette prestation n'existe pas, le contrat n'est pas seulement nul mais ne se forme pas.

93. Si le contrat est formaliste, en plus des conditions fixées dans l'article 1108 C. civ. il doit aussi respecter un certain formalisme pour sa formation. – Pour plusieurs auteurs classiques, l'absence de ce formalisme ne rend pas le contrat seulement annulable, mais l'empêche de se former. Ainsi, pour Pize, « l'**existence** des contrats solennels est subordonnée à l'accomplissement de certaines formes »⁴⁵⁶. On retrouve la même idée chez Marcadé⁴⁵⁷. Demante aussi semble aller dans le même sens, en citant l'article 931 C. civ. pour dire que le « défaut de forme dans certains contrats »⁴⁵⁸ les empêche de se former.

Cependant, certains auteurs du XIX^{ème} siècle ne partagent pas cette idée. Ainsi, pour Zachariae, la donation nulle en la forme peut exister, mais elle est tout simplement annulable⁴⁵⁹. Chez Aubry et Rau aussi, un acte nul en la forme peut se former⁴⁶⁰. Même chez

⁴⁵⁴ C'est pour cette raison que Pize a estimé que « les contrats passés dans un état de démence par un individu ni interdit ni interné sont inexistantes » (*Ibid.*, pp 96, 104, 91). Pour Marcadé « qui voudrait soutenir que les paroles incohérentes d'un fou ou les bégaiements d'un enfant de trois ou quatre ans produiront une obligation » (V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, op. cit., tome III, p. 361 ; voir aussi : H. Simon, *Du Compromis. Droit français de la Prescription des actions en nullité ou en rescision*, Paris : L. Larose et Forcel, 1886, p. 132; M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, op. cit., tome V, p. 289).

⁴⁵⁵ Cité par J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p.127 ; C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, op. cit., tome I, p. 45. Ainsi comme l'a souligné Demolombe ici, dans le droit allemand, un contrat peut exister sans une cause, car ce droit admet les actes abstraits. (C. Crome, « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 606).

⁴⁵⁶ C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, op. cit., tome I, p.112.

⁴⁵⁷ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 280.

⁴⁵⁸ A. M. Demante continué par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, Paris : Plon, tome V., 1881, p 494.

⁴⁵⁹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 280.

Hartemann, on retrouve la même position. En effet, pour lui, « aucune forme n'est exigée à peine d'inexistence »⁴⁶¹. Ce qui là aussi montre, comme il a été soutenu dans la troisième hypothèse de ce travail, qu'il n'y a pas d'unité de la doctrine au XIX^{ème} siècle, mais des auteurs⁴⁶². Cette même divergence apparaîtra aussi dans la terminologie utilisée pour désigner les contrats qui ne se sont pas formés.

B. Les divergences doctrinales sur la terminologie désignant l'inexistence

Le contrat, auquel il manque un élément essentiel, est présenté actuellement comme un contrat inexistant. Cependant, ce terme n'existait pas chez les auteurs, qui ont travaillé sur les nullités, juste après la rédaction du Code civil (I) ; il n'a été clairement adopté par la doctrine que tardivement (II).

I. La genèse du concept d'inexistence

94. Le Code civil n'emploie pas le terme inexistant ; il ne parle que de nullité, même si lors des débats qui ont précédé son adoption, Favard avait évoqué des « engagements auxquels la loi refuse toute existence [...] »⁴⁶³. – Pour Drogoul, cela serait dû au fait que « le mot inexistant [...] n'est pas français »⁴⁶⁴. Il est vrai qu'au moment de l'adoption du Code

⁴⁶⁰ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p.112.

⁴⁶¹ Mais il a ajouté « qu'il est néanmoins des actes pour l'existence desquels nous admettons la nécessité de certaines formalités : nous voulons parler notamment du mariage » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., pp. 281, 284, 282).

⁴⁶² On va rencontrer la même divergence, en ce qui concerne la sanction de l'atteinte à l'ordre public, qui est prévue dans l'article 6 C. civ. et implicitement dans l'article 1108 C. civ. Pour certains auteurs classiques, l'atteinte à l'ordre public ne rend pas le contrat nul, mais l'empêche de se former. Ainsi pour Pize « l'objet de l'obligation doit, à peine d'inexistence du contrat, réunir certaines conditions [...] l'objet doit être d'abord possible physiquement ou légalement [...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p.126). Quant à Touiller, il ne considère pas qu'un contrat portant atteinte à l'ordre public soit inexistant s'il a une apparence de validité, car pour lui, le critère de la nullité de plein droit est l'absence d'apparence (cit. par C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p.157.)

⁴⁶³ Cf. annexe, Doc N° VI ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 249.

⁴⁶⁴ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Étude de droit civil*, op. cit., p. 97.

civil, l'Académie française n'avait pas admis le terme inexistant dans le dictionnaire⁴⁶⁵. C'est pour cette raison que, si la majorité des auteurs n'a pas utilisé un terme aussi précis pour désigner l'acte auquel il manque un élément essentiel, ils ont utilisé des termes qui ne permettent de distinguer clairement cet acte qui ne s'est pas formé, de l'acte qui s'est formé, mais qui est en même temps nul.

Ainsi, même s'il n'ignore pas le terme inexistant⁴⁶⁶, Toullier, qui reprend la distinction héritée de l'ancien droit et qui se trouve dans l'article 1117 du Code civil, a distingué la convention rescindable de la convention dépourvue d'apparence, c'est-à-dire d'un élément essentiel. Pour lui, cette convention est « nulle de droit »⁴⁶⁷ ou de plein droit⁴⁶⁸. Ce qui laisse entendre que l'acte auquel il manque un élément essentiel serait nul de droit ou de plein droit. Toutefois, cette affirmation est contredite dans l'article 502 C. civ. anc. Selon ce texte, l'acte nul de droit n'est pas assimilable à l'acte inexistant⁴⁶⁹. Par conséquent la terminologie de Toullier ne permettait pas de distinguer clairement l'acte qui ne s'est pas formé de l'acte nul.

Cette confusion terminologique, dans la qualification des actes auxquels il manque un élément essentiel, se rencontre chez Demante aussi qui estime qu'un acte auquel il manquerait un élément essentiel serait atteint d'une « nullité de plein droit »⁴⁷⁰ ou d'une « nullité radicale »⁴⁷¹. Position reprise par Duranton qui, lui aussi, parle de « nullités radicales »⁴⁷² en se fondant sur l'impossibilité de confirmer l'acte⁴⁷³. Le terme « radical » est utilisé par plusieurs autres auteurs aussi pour désigner la nullité d'un acte, auquel il manquerait un

⁴⁶⁵ S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 311. Expression que reprendra Larombière en parlant de la « non existence » (M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, Paris : A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, tome V., 1885, p. 289).

⁴⁶⁶ Cf. *Infra*, n° 341.

⁴⁶⁷ M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, Paris : B. Warée, tome VII, 1819-1831, p. 620.

⁴⁶⁸ D'ailleurs S. Gaudemet a montré que même le dictionnaire Capitant prenait les termes nul « de plein droit et de droit pour synonymes » (S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, Paris : Economica, 2006, p. 64).

⁴⁶⁹ Cf. *Infra*, n° 274. Or cette affirmation a été critiquée par Pize, qui s'est demandé « pourquoi, d'abord, prendre l'expression nul de droit comme synonyme d'inexistant ? Lorsque le Code fait allusion à un contrat inexistant, il se sert des expressions nul de plein droit ou ne produit aucun effet, jamais l'expression nul de droit que l'on rencontre dans l'article 502 » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 78)

⁴⁷⁰ *Idem*, p. 7; A. M. Demante continué par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, Paris : Plon, tome I., 1881, p. 382.

⁴⁷¹ A. M. Demante continué par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome V, p. 493.

⁴⁷² M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 83.

⁴⁷³ M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, 2^e éd par P. Esmein, Paris : LGDJ, tome VI., 1952, p. 362.

élément essentiel. Ainsi, pour Colmet de Santerre, il s'agit d'un acte « radicalement nul »⁴⁷⁴. Quant à Vigier, l'acte auquel il manque un élément essentiel est nul d'une « nullité absolue et radicale »⁴⁷⁵. Sans employer le terme radical, Marcadé aussi, cité par Pize, tombe dans la même confusion terminologique en estimant qu'un acte auquel il manque un élément essentiel, est « non existant, nul rigoureusement, proprement nul, vraiment nul, nul de nullité absolue »⁴⁷⁶.

95. Cette confusion terminologique, entre les termes « nul » et « inexistant », a pour effet que, chez tous ces auteurs, il est difficile de distinguer le contrat qui ne s'est pas formé du contrat nul. – Pour améliorer cette terminologie, certains auteurs cherchent à donner au contrat qui ne s'est pas formé un nom qui le distingue des contrats qui se forment mais qui sont nuls. Ce qui peut expliquer l'affirmation du concept d'inexistence à la fin du XIX^{ème} siècle.

II. L'affirmation progressive du terme « inexistence »

96. Durant la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, si certains auteurs n'ignorent pas le terme d'inexistence, ils le distinguent mal du terme nul.⁴⁷⁷ – Ainsi, pour Demolombe, un acte, auquel il manque un élément essentiel, est un « acte nul ou inexistant »⁴⁷⁸. Mortet aussi parle de l'acte « nul ou inexistant »⁴⁷⁹. Quant à Baudry-Lacantinerie, chez lui « le contrat est inexistant ou nul de nullité radicale, quand il n'a pas d'existence légale »⁴⁸⁰. On retrouve la même assimilation chez Bufnoir aussi, pour qui « un contrat peut être nul de plein droit ou inexistant ; ce sont là [...] **deux formules équivalentes** »⁴⁸¹. Ce qui crée toujours une confusion entre le contrat nul et le contrat qui ne s'est pas formé, même si on utilise ici le terme inexistant.

⁴⁷⁴ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 7.

⁴⁷⁵ *Idem*

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ *Ibid.* ; J. Loyer, *Les actes inexistants*, op. cit., p. 14.

⁴⁷⁸ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 369.

⁴⁷⁹ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 155.

⁴⁸⁰ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 89.

⁴⁸¹ C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris : Arthur Rousseau, 1900, p. 646. Quant à Marcadé, en parlant de l'acte qui ne s'est pas formé, il a parlé d'un acte « évidemment nul et inexistant » (V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, op. cit., tome III, p. 695).

97. Pour mettre un terme à cette confusion, dans la théorie des nullités, il est nécessaire d'adopter une terminologie fixe. – Le droit est une science abstraite qui ne se concrétise que par des mots. Si ces mots sont confus, le droit cesse d'être une science. Ici la confusion procède du fait que le terme « nul » désigne deux réalités distinctes : le cas où le contrat est vicié et le cas où il ne s'est pas formé. Seuls Aubry et Rau ont su éviter une telle confusion. En s'inspirant de Zachariae, qui fut selon M. Boudot, le premier à enseigner que « l'acte nul diffère essentiellement de l'acte inexistant »⁴⁸², ils ont distingué clairement la nullité absolue de l'inexistence. En effet, pour eux, l'acte qui manque d'un élément essentiel est « non pas seulement nul, mais [...] »⁴⁸³ « non avenue »⁴⁸⁴.

98. Mais pour que le terme inexistant désigne exclusivement le contrat, qui ne s'est pas formé, il a faut attendre la fin du XIX^{ème} siècle. – A cette époque, trois thèses de doctorat donnent à la théorie des nullités sa forme définitive. D'abord en 1885, Bourgeon publie une thèse intitulée : *distinction de l'inexistence et de l'annulabilité*... Ensuite en 1889, Hartmann publie une autre thèse, intitulée : *Etude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables*... Enfin en 1898, Pize soutient une thèse intitulée : *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité*...

Ces trois thèses cherchent clairement à désigner, comme un acte inexistant, l'acte auquel il manque un élément essentiel tout en évitant une terminologie vague qui ne permettrait pas de distinguer clairement l'acte nul de l'acte inexistant. Cette volonté a été clairement exprimée par Hartmann qui précise que « nous donnerons le nom d'acte **nul**, ou d'acte frappé de nullité, à l'acte qui pour n'avoir pas originairement satisfait aux conditions imposées par la loi [...] se trouve menacé de perdre ou a déjà perdu toute efficacité »⁴⁸⁵, par contre, sera « [...] **inexistant** l'acte juridique qui, pour n'avoir pas satisfait aux conditions imposées par la loi, n'a jamais eu aucune efficacité »⁴⁸⁶.

⁴⁸² M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit. p. 84.

⁴⁸³ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 25.

⁴⁸⁴ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome I, p. 119. ; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 7. **Contra** : Quant à Beudant, lui aussi il utilise les termes « non avenue », mais les confond avec la nullité, car pour lui, une convention qui n'a pas tous les éléments « ne se forme pas. Elle n'a pas d'existence légale ; elle est nulle, non avenue ; on dit qu'elle est atteinte d'une nullité absolue » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 188).

⁴⁸⁵ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 7.

⁴⁸⁶ *Idem*.

Quant à Pize, il attribue d'abord cette imprécision terminologique, qui assimile l'acte qui ne s'est pas formé à l'acte nul, au Code civil⁴⁸⁷. Il a cherché ensuite à y remédier, en estimant que « le mot **nul** [...] est, en effet, employé tantôt comme **synonyme d'inexistant**, tantôt comme synonyme d'annulable [...] C'est une raison péremptoire pour proscrire du langage juridique [...] que nous adopterons pas dans le cours de cette étude, **ce mot équivoque** et amphibologique, qui prête à des **confusions** et à des erreurs [...] Nous emploierons les mots **inexistence, inexistant** [...] »⁴⁸⁸, pour désigner les contrats qui ne se sont pas formés. Chez Bourgeon aussi on retrouve cette même volonté de clarté terminologique dans la désignation des actes auxquels il manquerait un élément essentiel⁴⁸⁹. Toute cette diversité, sur la terminologie, montre, comme il a été soutenu dans la troisième hypothèse de ce travail, la divergence des auteurs sur les termes, même s'il existe un relatif accord sur le fond. Cette même divergence apparaîtra aussi dans l'étude des actes annulables.

§ 2. L'annulabilité dans la théorie classique

Il y a eu au sein des auteurs classiques, une véritable divergence sur les éléments, en l'absence desquels (A), le contrat doit être considéré comme annulable (B).

A. Les divergences doctrinales quant aux éléments rendant le contrat annulable

99. Dans la conception pathologique des nullités, c'est la gravité du vice qui détermine la nature de la sanction. – Les vices les moins graves rendent le contrat simplement annulable et pas inexistant. Parmi ces vices les moins graves, certains auteurs rangent ceux qui sont relatifs à la cause⁴⁹⁰ et à la capacité⁴⁹¹. Quant à Zachariae, il estime qu'il y a un vice moins

⁴⁸⁷ Ainsi Pize a déplore-t-il l'imprécision du Code civil, en estimant que « malheureusement [...] les mots nul, nullité que les rédacteurs ont employés indifféremment pour édicter l'inefficacité originaire d'un contrat, de sorte que cette confusion de terminologie ne permet pas de dire *a priori* si cette inefficacité est une inexistence ou une annulabilité » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 81).

⁴⁸⁸ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 6.

⁴⁸⁹ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 227.

⁴⁹⁰ Cf. *Supra*, n° 92.

grave chaque fois que l'élément qui manque au contrat est un élément de droit, comme le consentement non vicié, et pas un élément de fait, comme l'existence du consentement⁴⁹². Cependant, cette position est contestée par certains auteurs qui assimilent la nullité absolue à l'inexistence⁴⁹³. Pour ces auteurs, l'absence d'un élément légal, comme le respect de l'ordre public, ne devrait pas être sanctionnée, systématiquement, par une annulabilité⁴⁹⁴. Ce qui montre ici aussi la diversité des auteurs du XIX^{ème} siècle.

100. Quant à Toullier, il se place sur le terrain de l'apparence pour évaluer l'importance du vice de l'acte. – Pour lui, « la nullité de droit ou de plein droit est prononcée par la loi dans le cas d'un vice extrinsèque et **apparent** dont la visibilité **empêche le contrat de se former** [...] »⁴⁹⁵. Si ce vice n'est pas visible, l'acte est tout simplement rescindable, car « jusqu'à ce que ce vice soit découvert, il existe au moins l'**apparence** d'un contrat et cette apparence a l'effet de la réalité tant qu'elle n'est pas détruite par un jugement »⁴⁹⁶. Toutefois, Duranton n'est pas d'accord avec cette idée d'apparence pour évaluer l'importance du vice. En effet pour lui, « les actes qui ont seulement l'apparence d'un contrat, qui au fond, ne sont rien [...] »⁴⁹⁷ sont à distinguer des actes annulables⁴⁹⁸. Ce qui montre là encore la divergence des auteurs du XIX^{ème} siècle. Cette divergence apparaîtra encore, de façon plus explicite, dans la terminologie utilisée pour désigner les actes viciés par un vice moins grave.

B. Les divergences doctrinales quant à terminologie relative à l'annulabilité

Dès après la rédaction du Code civil, les auteurs qui ont écrit sur les nullités utilisent, la terminologie de l'ancien droit, pour désigner le contrat auquel il manquerait un élément considéré comme secondaire (I). Mais, progressivement, cette terminologie est abandonnée au profit de l'annulabilité (II).

⁴⁹¹ Cf. *Supra*, n° 91.

⁴⁹² Cf. *Infra*, n° 144.

⁴⁹³ Cf. *Infra*, n° 145.

⁴⁹⁴ Cf. *Infra*, n° 146.

⁴⁹⁵ M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 614.

⁴⁹⁶ *Idem*, pp. 627, 615.

⁴⁹⁷ M. Duranton, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, Paris : G. Thorel, tome XII., 1844, p. 601.

⁴⁹⁸ A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome V, p. 493 ; M. Duranton, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, op. cit., tome XII, p. 604.

I. De la rescision au sens large...

101. Avant l'adoption du Code civil, on distinguait la nullité de plein droit de la rescision⁴⁹⁹. — Mais après la Révolution de 1789, cette distinction est supprimée⁵⁰⁰. La question qui se pose est de savoir si, après cette suppression, sa terminologie a été maintenue. L'article 1117 du Code civil, en disposant que « la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision [...] », pourrait le laisser croire. Partant, Toullier maintient cette terminologie qui consiste à assimiler les actes auxquels il manque un élément secondaire aux actes rescindables⁵⁰¹. Pour lui, « la rescision suppose que l'acte est valable en apparence [...] »⁵⁰². Or on sait que chez lui, les actes valables en apparence sont des annulabilités. Aussi, conclut-il que soutenir que la distinction des « obligations nulles de droit et les obligations sujettes à rescision n'est plus nécessaire aujourd'hui, c'est une inexactitude [...] »⁵⁰³.

Plusieurs autres auteurs confondent eux aussi l'acte annulable et l'acte rescindable. C'est le cas de Demolombe⁵⁰⁴, de Trop long⁵⁰⁵ et de Duranton, qui parle des « actes annulables-rescindables »⁵⁰⁶. Quant à Bufnoir, il soutient clairement que, s'agissant de l'action en nullité et de l'action en rescision, « il n'y a pas de distinction à faire entre ces deux actions »⁵⁰⁷.

102. Cependant, à la fin du XIX^{ème} siècle, Baudry-Lacantinerie esquisse une distinction entre la nullité et la rescision. — Pour lui, certes la rescision concerne aussi bien les contrats viciés que les contrats lésionnaires, mais « le mot rescision a donc deux sens dans le langage du code civil : un sens large, dans lequel il comprend toutes les nullités quelle qu'en soit la

⁴⁹⁹ Pize a montré ici que la rescision vient du mot « *rescindere* » qui veut dire : *re*= retour en arrière ; *scindere*= détruire pour ramener à l'état primitif. (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 30).

⁵⁰⁰ Cf. *Infra*, n° 579.

⁵⁰¹ M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, op. cit., tome V, p. 285.

⁵⁰² M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 620.

⁵⁰³ *Idem*, p. 619.

⁵⁰⁴ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 22.

⁵⁰⁵ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 187.

⁵⁰⁶ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit. p. 85. Duranton a montré ici que « le code civil dans l'article 1304, semble considérer l'action en nullité et l'action en rescision comme étant une seule et même action » (M. Duranton, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, op. cit., tome XII, p.591)

⁵⁰⁷ C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 667.

cause et un sens restreint dans lequel il ne désigne plus que la nullité fondée sur la **lésion** »⁵⁰⁸. C'est pour cette raison que l'assimilation systématique, qui a été faite par ces auteurs, entre l'action en nullité et l'action en rescision est critiquable.

103. Toutefois, à leur décharge, on rappellera que le législateur procède lui-même à cette confusion⁵⁰⁹. – Ainsi, dans l'article 1117 C. civ. il ne parle pas de l'action en nullité **et** de l'action en rescision, mais de « l'action en nullité **ou** l'action en rescision ». Au surplus, le mot rescision sert, dans cet article, à sanctionner les vices du consentement et non la lésion, car cet article il ne cite pas la lésion. Dans ce cas comment interpréter cette ambiguïté ? Pour répondre à cette question, on peut se servir des débats qui ont précédé l'adoption de l'article 1117 C. civ. En effet, les travaux préparatoires ne sont pas sans secours ici, car contrairement à l'affirmation de Mortet⁵¹⁰, Favart avait estimé, lors de ces travaux préparatoires sur l'article 1117, qu'il « faut bien se pénétrer du principe adopté par le projet ; il **divise** les engagements d'une manière à écarter toute difficulté dans l'application ; il n'en distingue que deux sortes : [...] les engagements auxquels la loi refuse toute existence [...] et ceux qui sont seulement susceptibles d'être **rescindés** »⁵¹¹. Ce qui montre que pour les rédacteurs du Code civil, du moins dans les débats, le contrat rescindable était synonyme d'un contrat annulable.

104. Telle est sans doute la raison pour laquelle on a attribué cette confusion, entre la nullité et la rescision, à l'école de l'exégèse qui utilisait les débats parlementaires pour interpréter les textes⁵¹². – Au contraire, Zachariae, qui était contemporain des premiers exégètes, n'a jamais commis cette confusion, parce qu'il enseigne qu'il « faut distinguer l'action en nullité de l'action [...] en rescision »⁵¹³, puisque « l'action en nullité est la voie juridique par laquelle on demande l'annulation de l'obligation qui ne réunit pas toutes les conditions requises pour sa validité [...] L'action en rescision est, dans le sens propre de ce mot, la voie juridique par laquelle on demande la rétractation d'une obligation d'ailleurs

⁵⁰⁸ G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, op. cit., tome II, p. 253. Ainsi pour Planiol aussi, « celui qui exerce l'action en nullité doit établir un vice de l'acte, mais n'a pas besoin de prouver qu'il en a subi une lésion. Celui qui intente l'action en rescision doit prouver la lésion subie par lui [...] » (M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 367).

⁵⁰⁹ Ainsi selon Mortet « le Code applique indifféremment les mots action en nullité et action en rescision à des actions fondées sur l'erreur, le dol ou la violence » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 189).

⁵¹⁰ *Idem.*

⁵¹¹ Cf. annexe, Doc N°VI ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 249.

⁵¹² M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 86.

⁵¹³ K. Zachariae, *Droit civil français* annoté par G. Massé et Ch. Vergé, Paris : Auguste Durand Librairie, tome III., 1857, p. 468.

valable en elle-même, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque **lésion** »⁵¹⁴. Aubry et Rau, qui sont les traducteurs de Zachariae, semblent eux aussi aller dans le même sens, en estimant que « malgré le peu de précision que présente la terminologie du Code en cette matière, il n'en a pas moins entendu distinguer les actions en nullité et les actions en rescision, exclusivement fondées sur la lésion »⁵¹⁵. Position que l'on retrouve chez Larombière⁵¹⁶ et chez Laurent aussi⁵¹⁷. Ainsi, après avoir exclu la rescision, comme sanction des vices les moins graves, certains auteurs utilisent-ils l'annulabilité pour désigner cette sanction.

II ...à l'annulabilité

105. Tous les auteurs du XIX^{ème} siècle n'ont pas appelé le contrat, auquel il manque un élément secondaire, un contrat rescindable. – Pour Larombière, Laurent, Aubry et Rau, il s'agit d'un acte « nul »⁵¹⁸. Quant à Vigie, pour lui, il s'agit d'un acte « nul de nullité relative »⁵¹⁹ ; position que l'on retrouve chez Beudant aussi⁵²⁰. Thery, lui, il parlait de la « nullité par voie d'action »⁵²¹. Marcadé de son côté a parlé d'un acte « nul simplement, nul de nullité imparfaite »⁵²². Néanmoins, à la fin du siècle, Baudry-Lacantinerie commence à utiliser le terme « annulabilité », en l'associant à un autre terme. En effet, pour lui, l'acte qui

⁵¹⁴ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 84.

⁵¹⁵ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, Paris : Librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, tome IV., 1869, p. 247. **Contra** : L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Paris : Recueil Sirey, tome II., 1939, p. 188.

⁵¹⁶ M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, op. cit., tome V, p. 282.

⁵¹⁷ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 15, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1893, n° 528 et s ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 189; M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 89. **Contra** : Plus récemment, M. Cumyn semble assimiler les annulabilités à la rescision. (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., pp. 21 et s).

⁵¹⁸ Cité par J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 7.

⁵¹⁹ *Idem*.

⁵²⁰ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 188.

⁵²¹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 7.

⁵²² *Idem*.

est atteint d'un vice moins grave est « simplement nul ou annulable »⁵²³. Avant lui, Demante aussi avait parlé de « l'annulabilité... »⁵²⁴, mais en l'assimilant à la « rescision »⁵²⁵.

106. Ici aussi, comme pour l'inexistence, la terminologie ne se fixe qu'à la fin du XIX^{ème} siècle avec les trois thèses citées ci-dessus⁵²⁶. – Le titre même de ces thèses permet de fixer le terme « annulabilité », comme la sanction du contrat auquel il manquerait un élément secondaire. En effet, comme l'a souligné Hartemann, « nous emploierons les mots [...] annulabilité, annulable »⁵²⁷ à la place de toutes les approximations, qui étaient utilisées par la doctrine, pour désigner l'acte qui n'est pas atteint d'un vice grave⁵²⁸.

Donc on peut dire que dans la théorie classique, il existe deux types de sanctions : l'inexistence et l'annulabilité. Ces deux types sont distingués selon la gravité du vice. Si le vice est grave, l'acte est sanctionné par l'inexistence, si le vice est moins grave, l'acte est sanctionné par l'annulabilité. Mais un tel critère, qui assimile le vice de l'acte à une maladie dont les effets dépendent de sa gravité, ne va pas de soi en droit. D'où la nécessité de chercher des justifications juridiques à son utilisation.

Sous-section 2. La justification du critère lié à de l'état de l'acte dans la théorie des nullités

Si l'état de l'acte vicié sert de critère de distinction aux nullités chez les classiques, c'est pour échapper au principe selon lequel il n'y a pas de nullité sans texte (§ 1). Mais indépendamment de cette justification pratique, l'utilisation de l'état de l'acte, pour distinguer les nullités, peut avoir un aussi un fondement théorique dans la théorie de l'acte juridique (§2).

⁵²³ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 89.

⁵²⁴ A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome I, p. 382.

⁵²⁵ Et Demante a ajouté ici que nous « ne pensons pas qu'il y ait lieu [...] de s'attacher aujourd'hui à la différence entre l'action en nullité et l'action en rescision » (A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome V, pp. 495, 492).

⁵²⁶ Cf. *Supra*, n° 98.

⁵²⁷ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 7.

⁵²⁸ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 8.

§ 1. Les raisons pratiques de l'utilisation du critère tiré de l'état de l'acte : la volonté d'échapper au principe « pas de nullité sans texte »

C'est pour échapper au principe « pas de nullité sans texte » (A) que certains auteurs ont mis en place la théorie de l'état de l'acte (B).

A. Le principe « pas de nullité sans texte » : un obstacle à l'action en nullité

L'affirmation du principe pas de nullité sans texte (I) a pour conséquence de limiter l'action en nullité si un texte ne prévoit pas expressément cette nullité⁵²⁹ (II).

I. La naissance du principe « pas de nullité sans texte »

107. Ce principe est né à propos du mariage. – En effet, dans le droit romain, la formule irritante n'était pas nécessaire dans la règle violée pour que le mariage soit inefficace⁵³⁰, car toute violation d'une règle par le mariage pouvait être sanctionnée par la nullité⁵³¹. Mais avec la christianisation, le mariage est devenu un sacrement, d'où son indissolubilité⁵³². Or si on appliquait le principe qui admet la nullité, pour toute violation d'une règle au mariage, cette indissolubilité serait contournée⁵³³. Aussi, le canoniste Yves de Chartres pose-t-il le principe selon lequel il n'y a « pas de nullité sans texte » dans le mariage⁵³⁴.

Ce principe signifie que même si le mariage viole un principe, si ce principe n'est pas expressément sanctionné par la nullité par un texte, ce mariage ne sera pas annulé. En effet, pour Esmein, dans l'ancien droit, « le mariage étant un sacrement on considéra comme très grave de prononcer dans le *forum exterunum*, la nullité d'une union apparente qui pouvait avoir ce caractère ; il fallut pour cela un **texte** émanant d'une autorité compétente pour donner

⁵²⁹ Cf. *Infra*, n° 665.

⁵³⁰ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 23.

⁵³¹ Cf. *Infra*, n° 669; C. J. 1, 14, 5.

⁵³² Cf. *Infra*, n° 772.

⁵³³ Cf. *Infra*, n° 773.

⁵³⁴ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 24.

des lois à l'Eglise, et prononçant la nullité »⁵³⁵. Ce principe a perduré pendant tout l'ancien droit.

108. Les débats parlementaires ayant précédé le vote du Code civil n'ont pas évoqué ce principe. – Ainsi, si dans son rapport, présenté au Tribunat le 23 ventôse an XI, Gillet avait fixé les limites à l'action en nullité, il ne cite pas le principe « pas de nullité sans texte » parmi ces limites⁵³⁶. Ce qui prouverait que parmi les limites à l'action en nullité, contre le mariage, le législateur n'a pas voulu ranger ce principe. Par conséquent les premiers commentateurs du Code, comme Touiller et Delvincourt⁵³⁷, ne firent même pas allusion à ce principe. Si Duranton l'évoque, dans son manuel, c'est pour l'exclure⁵³⁸. Valette également estime que même si une nullité a été omise par le Code civil, cette « omission ne peut faire [...] que la nullité n'existe point [...] on peut et l'on doit donc suppléer à l'omission littérale de la loi par son esprit [...] »⁵³⁹.

109. Toutefois, à la faveur du contrôle législatif de l'interprétation, l'autorité judiciaire a été enjointe d'interpréter littéralement le Code civil⁵⁴⁰. – Ce qu'illustrent parfaitement les circulaires d'interprétation adressées aux magistrats de la Cour de cassation par le ministre de la justice. Ainsi, dans une circulaire du 14 germinal an X, le ministre de la justice a-t-il indiqué aux magistrats de la Cour de cassation qu'« aucune nullité ne peut légitimement être prononcée, si elle n'est formellement établie par une loi expresse »⁵⁴¹. C'est sans doute pour cette raison que la Cour de cassation finit par admettre le principe « pas de nullité sans texte » dans un arrêt du 12 novembre 1844, en utilisant la formule suivante : « attendu que le mariage tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à toutes les attaques des mauvaises passions ; la nullité ne peut être prononcée que **sur un texte formel**

⁵³⁵ *Idem*.

⁵³⁶ En effet, pour Gillet, il fallait faire en sorte que « [...] l'attaque en nullité ne puisse pas également être dirigée, ni en tout état de cause, ni par tous, mais qu'elle soit proportionnée sous les restrictions les plus exactes, à l'importance des droits qui ont été violés, à la nature de l'infraction, au temps ou aux circonstances qui ont pu la couvrir, à la protection due aux intérêts qui la réclament » (Cité par Berton, *Ibid*, p.27).

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁵³⁸ S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit. vol 40, p. 310.

⁵³⁹ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 28.

⁵⁴⁰ Cf. *Infra*, n° 491; P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 33.

⁵⁴¹ Le 10 prairial an XI, le ministre de la justice a réitéré la même instruction aux commissaires du gouvernement auprès de la Cour de cassation en estimant que « les tribunaux n'ont pas le droit de suppléer au silence de loi, et de créer des nullités qu'elle n'a point établies » (J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., pp. 174 et 175).

[...] C'est pourquoi un chapitre entier est consacré aux demandes en nullité de mariage, il est composé de vingt-trois articles, et tous les cas y sont prévus »⁵⁴².

De cet arrêt, Devilleneuve écrit qu'il « ne repose sur aucun texte formel [...] »⁵⁴³. Néanmoins, ce reproche doit être relativisé, car l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, en disposant que **tout ce qui n'est pas interdit ne peut pas être sanctionné**, donne une base légale à cette jurisprudence. C'est sans doute pour cela que des grands auteurs, comme Zachariae, Marcadé, Aubry et Rau, Laurent, Huc et Baudry-Lacantinerie, ont approuvé cette jurisprudence⁵⁴⁴. Il a fallu attendre l'école scientifique, avec Saleilles, pour que ce principe soit rejeté, car ses conséquences étaient de restreindre les cas où la nullité pouvait être demandée⁵⁴⁵.

II. Les conséquences du principe

110. Le principe « pas de nullité sans texte » se manifeste par une limitation de l'action en nullité⁵⁴⁶. – La nullité est une sanction très grave, qui peut mettre en cause la sécurité juridique, si on l'admet systématiquement. Aussi, le législateur intervient-il souvent, dans certains domaines, pour limiter la possibilité d'annuler certains actes. Pour atteindre un tel objectif, il utilise le principe selon lequel il n'y a pas de nullité si le texte violé par l'acte n'a pas prévu que sa violation sera sanctionnée par une nullité. C'est ce qu'on retrouve dans l'article 114 CPC. En effet, admettre facilement la nullité de forme des actes de procédure,

⁵⁴² P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 29.

⁵⁴³ *Idem*, p. 33.

⁵⁴⁴ *Ibid*, p. 30.

⁵⁴⁵ Pour contester ce principe, Saleilles, un des précurseurs de l'école scientifique, a estimé qu'on « peut être d'avis que l'on a donné une portée un peu trop extensive au principe qu'en matière de mariage il n'y a **pas de nullité sans texte**. Tout ce qu'il peut vouloir dire raisonnablement, c'est qu'il ne suffit pas qu'une condition soit prévue par la loi pour qu'on lui donne la nullité pour sanction. Il y aura de conditions ou d'empêchements pouvant entraîner la nullité que lorsque la loi l'aura dit, sinon, il n'y aurait qu'un empêchement prohibitif. Mais cela ne peut vouloir dire que s'il s'agit d'un élément tellement essentiel que, sans lui, l'idée même de mariage ne puisse se concevoir, on doive se trouver désarmé faute de texte, et obligé d'appeler encore mariage, ce qui ne saurait en être un, ni au point de vue de la nature, ni pour aucune législation » (*Ibid*, p. 31).

⁵⁴⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., p. 105.

c'est prendre le risque de retarder le procès, sur le fond, par des manœuvres dilatoires⁵⁴⁷. Il en est de même en droit des sociétés aussi, même si ce principe est ambigu dans ce domaine⁵⁴⁸.

111. Le mariage aussi est une institution qui requiert une certaine stabilité. – D'où la nécessité de limiter les cas dans lesquels il peut être annulé. Par conséquent, certains auteurs ont estimé au XIX^{ème} siècle que le principe pas de nullité sans texte est applicable au mariage⁵⁴⁹. Ce qui revient à dire que toutes les règles régissant le mariage, dont la violation n'est pas expressément sanctionnée par une nullité, ne peuvent pas être le fondement d'une action en nullité. Ce qui limite les cas dans lesquels un mariage peut être annulé. Par exemple le mariage avec une personne de même sexe, avant même son autorisation par la loi de 2013, ne pouvait pas être annulé, car aucune disposition ne sanctionnait ce mariage par la nullité⁵⁵⁰. C'est pour remédier à cette limitation que la théorie de l'état de l'acte a été imaginée.

B. L'état de l'acte : un remède au principe « pas de nullité sans texte »

112. Certains auteurs pensaient, avant la loi de 2013, que le mariage homosexuel ne devait pas être efficace même si aucun texte ne le sanctionnait. – Pour atteindre cet objectif, ces auteurs ont fait appel à la théorie de l'état de l'acte en estimant que même si un acte juridique ne viole pas une disposition, sanctionnée expressément par une nullité, il suffit que cet acte manque d'un élément essentiel pour qu'on puisse l'attaquer⁵⁵¹.

La méthode est ancienne, car déjà dans le droit canonique, qui est à l'origine du principe pas de nullité sans texte, si le mariage portait atteinte à une règle substantielle, contenant une condition essentielle, on pouvait en effet passer outre ce principe⁵⁵². Ce qui peut expliquer la nécessité de distinguer les conditions essentielles des conditions non essentielles.

⁵⁴⁷ J. Bauchard, « Originalité et difficultés d'application de la théorie des nullités des actes de procédure dans le procès civil », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, (Dir M. Boudot et P. M. Vecchi), Poitiers : LGDJ, 2008, p 147.

⁵⁴⁸ Cf. *Infra*, n° 665.

⁵⁴⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 325.

⁵⁵⁰ Les articles 75 et 144 C. civ. anc. n'interdisaient pas explicitement le mariage homosexuel. **Contra** : Cependant la Cour de cassation a soutenu le contraire. (Cass. Civ. 1ère, 13 mars 2007, Grands arrêts, n°32).

⁵⁵¹ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^è éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 86.

⁵⁵² P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., pp. 26, 32.

113. Après le Code civil, les civilistes ont repris ce principe. – Ils ont distingué les conditions essentielles des conditions non essentielles. L'atteinte aux conditions non essentielles, dans le mariage, n'est sanctionnée par la nullité que si un texte la prévoit. Par contre, l'atteinte aux **conditions essentielles** est sanctionnée même si un texte ne le prévoit pas. Ce qui revient à distinguer les actes selon leur état. L'acte auquel il manque un élément essentiel est dans un état différent de celui qui manque d'un élément non essentiel. Cette différence d'état, justifie la différence de régime des nullités applicables. C'est ce principe qu'on appelle la théorie de l'état de l'acte.

Or, comme l'a rappelé Durry, il doit « son extraordinaire fortune à la règle pas de nullité sans texte [...] »⁵⁵³. Cependant, cette justification de l'utilisation de l'état de l'acte, pour distinguer les nullités, ne joue pas pour les autres actes. En effet, le principe « pas de nullité sans texte » n'est pas valable pour tous les actes⁵⁵⁴. D'où la nécessité de chercher la justification de la théorie de l'état de l'acte, non uniquement dans des raisons pratiques en l'occurrence la volonté d'échapper au principe « pas de nullité sans texte », mais aussi dans la théorie de l'acte juridique.

§ 2. Les raisons théoriques de l'utilisation de l'état de l'acte : la théorie de l'acte juridique

La théorie de l'état de l'acte trouve un fondement dans la théorie de l'acte juridique. On peut même dire qu'elle est une partie intégrante de cette théorie. Ce qui sera montré ici (B), après la présentation de la théorie de l'acte juridique en droit français (A).

⁵⁵³ M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. Cit. tome XIV, p.524; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 27; Ph. **Bourgeon**, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.147; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., p. 106 ; S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 311.

⁵⁵⁴ Cf. *Infra*, n° 665.

A. La présentation de la théorie de l'acte juridique en droit français

114. La théorie de l'acte juridique permet de distinguer les différents types d'actes juridiques, mais aussi de définir cet acte juridique en le distinguant du fait juridique. –

L'acte juridique, qui est défini dans le Lexique juridique comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit⁵⁵⁵, n'est pas limité qu'au contrat. Parmi les actes juridiques, on peut citer la loi, le règlement et les actes unilatéraux de droit privé... Telle est la conception développée par Duguit sur la théorie de l'acte juridique⁵⁵⁶. Cependant, le droit privé ne retient pas une théorie de l'acte juridique aussi vaste.

Dans ce domaine, la théorie de l'acte juridique a longtemps été limitée au contrat, car le droit français « connaît bien une théorie du contrat mais pas une théorie générale de l'acte juridique »⁵⁵⁷. Ce qui est dû au fait que « la tradition juridique française, refuse encore de voir dans l'engagement unilatéral une source d'obligation »⁵⁵⁸, en dehors des cas prévus dans le Code civil, comme le testament, la renonciation ou la reconnaissance d'enfant... Il a fallu attendre Soleilles pour que la théorie de l'acte juridique tente d'intégrer l'acte unilatéral en s'inspirant de la théorie de la déclaration de volonté, issue du droit allemand⁵⁵⁹.

Toutefois, le droit privé français, malgré cette influence germanique, n'a jamais totalement admis, sans réserve, une théorie de l'acte juridique intégrant les actes unilatéraux. Aussi, pendant longtemps, c'est la seule rencontre de deux volontés qui pouvait créer un acte juridique. En l'absence de cette rencontre, on ne pouvait parler qu'exceptionnellement d'acte juridique. En effet, s'il n'y a pas de rencontre des volontés, on parlait plutôt de fait juridique, c'est-à-dire d'un événement susceptible de produire des effets de droit comme la naissance, la minorité, la majorité, la parenté, le décès, etc. Ces faits juridiques ne sont pas assimilables aux actes juridiques qui sont définis comme une manifestation de volonté destinée à produire des

⁵⁵⁵ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 11.

⁵⁵⁶ *Idem*

⁵⁵⁷ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 6. Selon E. Savaux aussi « le Code civil français, qui ignore la notion d'acte juridique, ne formule de dispositions générales qu'à propos du contrat » (E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., pp. 29, 30).

⁵⁵⁸ D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris : Dalloz, 2009, p. 46 ; voir aussi C. Teixeira, *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, Univ Lyon 3 : th doc, 2011, p. 243.

⁵⁵⁹ J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 198 ; C. Teixeira, *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, op. cit., p. 245.

effets de droit. C'est donc la rencontre des volontés qui a longtemps distingué l'acte juridique du fait juridique⁵⁶⁰.

115. Cependant, depuis l'admission, certes timide, des actes unilatéraux dans la théorie de l'acte juridique, la doctrine française commence à prendre en compte les actes unilatéraux. – Ainsi elle n'a pas hésité à soumettre la nullité des actes unilatéraux au même régime que celui des contrats⁵⁶¹. Ce qui revient à assimiler une simple déclaration de volonté, même si cette déclaration ne rencontre pas une autre déclaration, à un acte juridique. D'où un risque de confusion entre les actes juridiques et les faits volontaires, car avec l'admission des actes unilatéraux parmi les actes juridiques, un simple fait volontaire pourrait être un acte juridique.

En effet, Loyer a estimé qu'un acte volontaire ne peut pas être systématiquement un pur fait, parce que « de ce que ces deux volontés n'ont pu s'unir pour former une convention, il ne s'ensuit pas qu'elle soit à considérer comme complètement non avenues. Rien ne peut faire qu'elles ne soient pas manifestées, et cette manifestation, même isolée, suffit pour qu'on les regarde comme **des volontés unilatérales manifestées** »⁵⁶². Or cette volonté unilatérale est une « **déclaration de volonté** [...] »⁵⁶³. Cette déclaration suffit à faire naître un acte juridique. Cette admission des actes unilatéraux parmi les actes juridiques peut créer des difficultés s'agissant de la théorie de l'acte juridique dès lors qu'elle utilise la volonté pour distinguer l'acte juridique du fait juridique volontaire. L'intérêt de la théorie de l'état de l'acte dans la théorie de l'acte juridique réside justement dans la possibilité qu'elle offre à la théorie de l'acte juridique de mieux distinguer le fait juridique de l'acte juridique.

B. La rencontre entre la théorie de l'état de l'acte et la théorie de l'acte juridique

On s'est rendu compte que la volonté est incapable de distinguer, dans tous les cas, l'acte juridique du fait juridique (I). D'où la nécessité d'intégrer la théorie de l'état de l'acte dans la

⁵⁶⁰ *Idem*, p. 244

⁵⁶¹ Pour D. Deroussin « les règles relatives aux nullités [...] sont souvent perçues par la doctrine française comme dépassant le cadre limité des obligations contractuelles pour être applicables aux actes juridiques quels qu'ils soient » (D. Deroussin, Histoire du droit des obligations, op. cit., p. 6).

⁵⁶² F. Drogoul, Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil, op. cit., p. 191.

⁵⁶³ *Idem*, p. 198.

théorie de l'acte juridique pour la compléter. Ce qui prouve que cette théorie fait partie de la théorie de l'acte juridique et du coup la justifie en même temps théoriquement (II).

I. Les limites de la volonté dans la distinction entre le fait juridique et l'acte juridique

116. Comme il vient d'être montré, ce qui a longtemps distingué l'acte juridique du fait juridique, c'est la volonté⁵⁶⁴. – Ainsi Gounot n'hésite-t-il pas à affirmer que « c'est la volonté qui crée l'acte juridique. Elle en constitue l'essence, le principe actif et générateur. L'acte juridique est une volonté déclarée, la ou la volonté est absente, il n'y a pas d'acte juridique [...] »⁵⁶⁵. Depuis l'admission des actes unilatéraux dans la théorie de l'acte juridique, cette volonté n'a pas besoin de rencontrer une autre volonté pour créer un acte juridique. Ce qui crée un flou entre les **faits volontaires et l'acte juridique**⁵⁶⁶.

Ainsi si A blesse B, pour se venger de lui, cet acte est un fait juridique, mais il est en même temps volontaire. C'est pour cette raison que E. Savaux a cherché à distinguer les faits volontaires des actes juridiques en estimant qu'un fait juridique est « un événement qui, **volontaire ou non** en soi, produit des effets de droit **indépendants** de la volonté des intéressés »⁵⁶⁷. Dans ce cas, si un fait volontaire peut ne pas être un acte juridique, comment distinguer ce fait, qui est lui aussi fondé sur la volonté, de l'acte juridique ? Pour répondre à cette question, on fait appel au but de l'acte. En effet, pour G. de la Pradelle, l'acte juridique

⁵⁶⁴ C. Teixeira, *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, op. cit., p. 249.

⁵⁶⁵ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris : Arthur rousseau éditeur, 1912, p. 3 ; *Voir aussi* : Capitant semble d'ailleurs aller dans le même sens, en estimant que « quelle que soit la réglementation spéciale dont ils font l'objet, les actes juridiques sont tous dominés par un élément commun : la manifestation de volonté » (D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., p. 47 ; *Voir aussi* : V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Préf. J.-P. LÉVY, Paris : PUF, 1980, pp. 70 71. ; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 217 ; C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 30 ; E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 28).

⁵⁶⁶ Ainsi C. Teixeira montre-t-il que certains auteurs ont tenu compte de cette confusion possible entre le fait juridique en général et l'acte juridique. D'où la nécessité de faire la « différence [...] entre le fait juridique de manière générale et le fait juridique *stricto sensu* » car le fait juridique, pris de manière générale, peut englober les actes juridiques (C. Teixeira, *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, op. cit., p. 244).

⁵⁶⁷ C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 30 ; E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 28.

« c'est le **fait volontaire** et conscient appliqué à la recherche d'un **but** »⁵⁶⁸. Pour Lutzesco, ce but, est plus que le motif, c'est l'intention de l'auteur de l'acte⁵⁶⁹. C'est donc l'intention qui distingue le fait juridique, volontaire, de l'acte juridique unilatéral. Cependant, en droit pénal, la volonté et l'intention peuvent se confondre. Ce qui rend difficile la distinction entre un fait juridique, comme une infraction intentionnelle commise par celui qui veut en subir le résultat, et l'acte juridique unilatéral⁵⁷⁰.

117. Donc la volonté n'est pas un critère fiable permettant de distinguer l'acte juridique du fait juridique volontaire⁵⁷¹. – Dans ce cas, comment trouver un critère fiable ? La Cour de cassation elle-même ne l'a pas encore trouvé. D'où sa difficulté à qualifier le paiement⁵⁷². Ce qui montre que la frontière entre le fait juridique et l'acte juridique n'est pas aussi étanche. En effet, la volonté à elle seule est incapable de fixer cette frontière. Or si la théorie de l'état de l'acte est intégrée dans la théorie de l'acte juridique, elle pourrait remédier à cette carence de la volonté.

II. L'intervention de la théorie de l'état de l'acte dans la théorie de l'acte juridique pour combler les limites de la volonté dans la distinction entre le fait juridique et l'acte juridique

118. La volonté n'étant pas le seul élément essentiel de l'acte juridique⁵⁷³, elle est incapable de fixer une frontière étanche entre le fait juridique et l'acte juridique. –

⁵⁶⁸ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 29 ; D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 36 ; C. Teixeira, *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, op. cit, p. 244.

⁵⁶⁹ Car pour Lutzesco « le fait juridique sera [...] un acte juridique si la manifestation de la volonté a été brodée sur l'**intention** de celui qui s'oblige » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 13).

⁵⁷⁰ D'où la distinction par certains auteurs, au sein des faits juridiques entre les faits volontaires que sont les délits et les faits involontaires que sont les quasi-délits (C. Teixeira, *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, op. cit, p. 245).

⁵⁷¹ B. Moore. « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain », *RJT* (Canada), 1997, p. 293 ; C. Teixeira, *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, op. cit, p. 246.

⁵⁷² Civ. 1^{ère}, 6 juillet. 2004, *Rev. Contrats*, 2005, II, p. 286. **Voir aussi** : B. Moore. « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain », op. cit., p. 307 ; G. Loiseau, « Réflexion sur la nature juridique du paiement », *JCP*, 2006, I, p. 171.

⁵⁷³ Pour Lutzesco, « L'acte de volition n'est pas complet tant qu'il n'a pas pris contact avec un objet plus ou moins matériel, tant qu'il n'a pas été pour ainsi dire, fixé à quelque chose qui se transporte réellement du patrimoine d'un contractant dans le patrimoine de l'autre » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 217). Loyer aussi semble aller dans

C'est cette incapacité de la volonté à distinguer l'acte juridique du fait juridique qui peut justifier, théoriquement, l'utilisation de la théorie de l'état de l'acte dans la théorie de l'acte juridique et dans la théorie des nullités. La théorie de l'état de l'acte permet de dire, avec précision, à partir de quand un fait juridique se transforme en acte juridique en qualifiant les actes inexistants de faits juridiques.

Un fait juridique est une donnée objective que l'on peut constater. Par exemple la naissance, la mort ou une blessure sont des réalités matérielles, palpables. Par contre, l'acte juridique, non pas en tant qu'*instrumentum* mais en tant que *negotium*, n'existe pas dans la réalité ; c'est une fiction juridique, créée par la loi. En effet, comme l'a montré Japiot, « **un fait juridique existe malgré la loi** ; un acte juridique n'existe comme tel, c'est-à-dire comme productif d'effets juridiques, que par sa volonté »⁵⁷⁴. Donc si l'acte juridique n'existe que dans les conditions prévues par la loi, pour qu'un fait juridique volontaire se transforme en acte juridique, il faut que ce fait remplisse les conditions fixées par la loi, car c'est la loi qui « choisit, parmi l'ensemble des faits qui se passent sur terre, certains d'entre eux qui lui paraissent réunir les caractères qu'elle exige. Elle leur attache des effets qu'elle sanctionne. Par cette sanction, elle les fait naître à la vie [...] »⁵⁷⁵.

119. On peut ainsi se demander à partir de quand « [...] décider à propos d'un fait particulier si loi lui a infusé cette force, elle l'a ainsi transporté du domaine de la matérialité pure dans celui du droit »⁵⁷⁶. — La simple présence de la volonté ne peut pas permettre de fixer ce moment. Les auteurs classiques, grâce la théorie de l'état de l'acte, ont pensé trouver ce moment à partir duquel un fait juridique volontaire se transforme en acte juridique. Pour eux, si un fait volontaire manque d'une des conditions fixées par la loi pour qu'il passe du fait juridique à l'acte juridique, il peut devenir un acte juridique malade si cette condition n'est pas essentielle. Mais si cette condition absente est essentielle, il ne passe pas la frontière qui sépare le fait juridique de l'acte juridique.

le même sens, en estimant que « le droit ne connaît que des actes de volonté ce qui suppose un objet ou la volonté s'applique » (J. Loyer, *Les actes inexistants*, op. cit., p.169).

⁵⁷⁴ Ainsi Japiot a estimé que « le mot acte semble correspondre plutôt à une idée qu'à quelque chose de réel [...] fait de volonté dirigé vers un but juridique » Il a ajouté que « le contrat, entité juridique et abstraite, ne produit des effets que par la volonté de la loi » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 272, 40; Voir aussi : S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 294 ; G. Renard, « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age », op. cit., p. 22).

⁵⁷⁵ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 182.

⁵⁷⁶ *Idem*

120. Ce qui revient à dire que, pour la conception pathologique des nullités, un fait qui, tout en étant volontaire, ne remplit pas certaines conditions essentielles, ne se transforme pas en acte juridique ; il reste au stade de fait. – Telle est la conception pathologique de l'acte. Ce qui s'illustre parfaitement chez G. Durry, qui a estimé que « [...] pour qu'un acte soit valablement conclu, il doit remplir certaines conditions et si d'aventure il ne les remplit pas, l'acte juridique ne s'est pas produit. **Cette différence entre les actes juridiques et les faits juridiques est ressentie d'instinct** »⁵⁷⁷.

De façon encore plus explicite, Demolombe estime que l'acte auquel il manque un élément essentiel « est un pur fait »⁵⁷⁸. On retrouve la même idée chez M. Boudot, qui parle lui aussi d'un « simple fait »⁵⁷⁹ en parlant de l'inexistence chez les classiques. Quant à Hartemann, il applique ce principe à la donation, en estimant que « l'absence de solennité réduit donc la donation à un **pur fait** »⁵⁸⁰. Pour toutes ces raisons, on peut estimer que pour les classiques, l'acte inexistant est un « fait extra juridique »⁵⁸¹.

La théorie de l'état de l'acte, en permettant à la théorie de l'acte juridique de mieux distinguer le fait juridique de l'acte juridique, trouve donc une justification théorique dans la théorie de l'acte juridique. C'est sans doute pour cette raison que la théorie classique des nullités l'a utilisée, pour distinguer les nullités.

⁵⁷⁷ G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV, p. 611. Cette conception trouve d'ailleurs dans les travaux préparatoires du Code de quoi s'alimenter. Ainsi lors Jaubert a soutenu la même idée, en estimant que « pour qu'une convention soit obligatoire, il ne suffit pas qu'elle soit revêtue des formes prescrites en pareilles matières, il faut aussi qu'on y trouve tout ce qui est nécessaire pour la réalité de la convention [...] si la convention est dépourvue d'objet il serait impossible [...] ce ne serait pas [...] un contrat » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 67).

⁵⁷⁸ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, Paris : Lahure éditeur, 1881, p. 370; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 10.

⁵⁷⁹ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 87.

⁵⁸⁰ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 110.

⁵⁸¹ D. Deroussin, « Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 203; Voir aussi : B. Starck, H. Roland et L. Boyer ont répété la même chose, en estimant que « l'inexistence est une situation de fait » (B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^è éd, Paris : Litec, 1998, p. 356).

Conclusion de la section

121. La théorie de l'état de l'acte, qui justifie la conception pathologique des nullités, postule que la nature de la sanction d'un contrat vicié dépend de la gravité du vice. – Si ce vice est trop grave, l'acte serait inexistant, s'il n'est pas grave, il serait annulable. Il a été montré que ce critère a été utilisé pour permettre de passer outre l'obstacle posé par le principe selon lequel il n'y a pas de nullité sans texte. Mais cette théorie peut aussi avoir une justification plus solide dans la théorie de l'acte juridique. On a même montré, qu'elle est une partie intégrante de cette théorie de l'acte juridique, dans la mesure où elle permet à cette dernière de distinguer plus facilement le fait juridique de l'acte juridique.

122. Avant d'avoir exposé cette justification de l'utilisation de la théorie de l'état de l'acte juridique dans la théorie des nullités, il a été montré, dans cette section, que si le principe de la distinction, fondée sur la gravité du vice, n'est pas rejeté par tous les auteurs classiques, il existe des divergences entre les auteurs du XIX^{ème} siècle sur ce qu'on entend par vice grave. – En ce qui concerne la dénomination des sanctions aussi, de telles divergences existent, ce qui là aussi relativise l'unité, du moins terminologique, de ceux qu'on appelle les classiques. En effet, le droit ne pouvant s'exprimer que par des mots, un désaccord sur les mots rejaillit forcément sur le fond. Cette divergence ne peut s'expliquer que par l'absence de conformité de la théorie classique au droit positif ; chaque auteur écrivant sans se référer systématiquement au droit positif et donnant sa propre conception des nullités. C'est justement cette non-conformité qui sera exposée dans la section suivante.

Section 1 : La nullité comme une pathologie : une idée classique à critiquer

Les auteurs classiques présentent le critère lié à l'état de l'acte comme un critère rationnel, ce qui fait qu'il pourrait même passer outre le droit positif selon eux⁵⁸². Or les distinctions et le critère liés à l'état de l'acte ne sont ni rationnels ni conformes au droit positif (Sous-section 1). En outre, le critère lié à l'état de l'acte est insuffisant pour expliquer toutes les distinctions des nullités dans la théorie classique (Sous-section 2).

⁵⁸² Cf. *Infra*, n° 533 et s.

Sous-section 1. L'état de l'acte : un critère incohérent dans la distinction des nullités

Non seulement le critère de distinction issu de la théorie de l'état de l'acte n'est pas logique, contrairement à ce que postule la théorie classique (§ 1), mais la distinction résultant de l'utilisation de ce critère est contredite par le droit positif (§ 2).

§ 1. Les insuffisances logiques du critère lié à l'état de l'acte

L'état de l'acte est fondé sur le postulat suivant : l'acte juridique est comme un organisme vivant. Donc pour pouvoir vivre, il faut qu'il ait certains organes. Or ce postulat n'est pas cohérent logiquement, car un acte juridique n'est pas un organisme (A), même si cette critique peut être relativisée (B).

A. Les incohérences du critère lié à l'état de l'acte

Si l'assimilation de l'acte juridique à un organisme, est rationnellement critiquable (I), c'est parce que tous les éléments de cet acte ne sont pas positifs (II).

I. L'acte n'est pas un organisme

123. La conception classique, liée à l'état de l'acte, a pour résultat d'assimiler l'acte juridique à une sorte d' «organisme»⁵⁸³ vivant. – Ce qui revient, selon Japiot, à attribuer à l'acte juridique « une sorte de personnalité fictive, l'existence d'un être vivant, les fonctions de la vie organique »⁵⁸⁴. Cet acte, comme tout organisme, a besoin de certains organes pour

⁵⁸³ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 49.

⁵⁸⁴ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 275.

naître⁵⁸⁵. Ces organes sont ses conditions de validité. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'acte ne naît pas ; si elles sont mal remplies, l'acte peut naître, mais malade⁵⁸⁶.

Par conséquent l'inefficacité de l'acte existerait avant même d'exercer une action en nullité contre cet acte auquel il manque un organe. Ce qui fait de la nullité une qualité de cet acte. Or « la nullité ne doit pas être considérée comme un fait ayant en soi sa valeur propre ; elle ne constitue pas une modalité, une manière d'être de l'acte juridique »⁵⁸⁷, mais c'est une réaction qui ne peut résulter que de l'action en nullité. Cela est dû au fait que l'acte juridique n'a pas d'existence matérielle en tant que *Negoium*⁵⁸⁸ ; c'est une abstraction qui n'est pas la somme de certains organes⁵⁸⁹. Aussi, on peut estimer que « l'acte juridique n'est pas un organisme »⁵⁹⁰.

124. En effet, dire qu'un acte juridique est un être vivant, c'est exiger pour sa naissance la présence de tous ses organes vitaux. – Parmi ces organes, on peut citer l'objet⁵⁹¹. Or on admet qu'un contrat puisse se former sans son objet, car selon l'article 1599 C. civ. une vente sans objet n'est pas inexistante, mais nulle. Dans d'autres cas, même si l'objet n'existe pas au moment de la conclusion du contrat, le contrat n'est même pas nul. Ce qui est le cas des contrats dans lesquels l'objet est futur, comme le prévoient les articles 1128 et 1601-1 C. civ. Ce qui prouve qu'un contrat peut naître en l'absence d'un organe essentiel dès lors que cet organe existe dans le futur⁵⁹². On imagine mal, au contraire, comment un être vivant pourrait naître sans tous ses organes essentiels. D'où la nécessité d'éviter d'assimiler l'acte à un organisme. Cette idée est encore illustrée par le fait que certains éléments de l'acte sont négatifs. Ce qui pousse à se demander si un organe négatif peut exister.

⁵⁸⁵ Cf. *Infra*, n° 539.

⁵⁸⁶ Cf. *Infra*, n° 542.

⁵⁸⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 933.

⁵⁸⁸ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 67.

⁵⁸⁹ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 50. D'ailleurs Japiot a tenu à rappeler que « l'acte pris en lui-même, pratiquement n'est pas. Ce qui existe réellement, ce sont les effets juridiques » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 275).

⁵⁹⁰ M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 533. Ainsi pour Lutzesco, « s'il y a une différenciation à faire parmi les conditions auxquelles la loi a enchaîné la réalisation d'un rapport juridique valable, elle ne l'a pas fait pour présenter l'acte comme un corps organique issu de la réunion de plusieurs éléments plus ou moins vivant » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 14).

⁵⁹¹ Cf. *Supra*, n° 92.

⁵⁹² Ainsi l'*affectio societatis* est appréciée après la formation du de la société.

II. Tous les éléments de l'acte ne sont pas positifs

125. Pour G. de la Pradelle, « la thèse de l'état de l'acte repose sur le postulat que chaque acte juridique est constitué par la réunion d'un nombre déterminé d'éléments conformes à un type donné [...] »⁵⁹³. – Ces éléments ne peuvent être que des organes, car « [...] qui dit organisme dit organes »⁵⁹⁴. Par exemple, selon cette conception, si l'acte X a comme condition de validité A, B et C, X serait forcément égal à A+B+C. Si C manquait, X n'existerait pas, car A+B+C sont différents de A+B. En réalité, « la conception organique de l'acte juridique a été déduite [...] de l'interprétation tendancieuse de l'article 1108. On y a vu des conditions légales transformées [...] en éléments vivants [...] devant nécessairement être observés afin de rendre au lien juridique le souffle de la vie »⁵⁹⁵

126. Or une telle conception de l'acte juridique est illogique, parce qu'elle est fondée sur un postulat qui n'est pas vrai. – Cette conception postule que pour naître, l'acte n'a besoin que de conditions positives, car ces conditions étant des organes, il ne peut y avoir rationnellement d'organe négatif. Un tel postulat est pourtant démenti par l'existence de conditions de validité qui sont négatives. Par exemple, l'article 1975 C. civ. dit que la rente viagère n'est pas valable si le crédit rentier meurt vingt et un jour depuis le contrat⁵⁹⁶. Peut-on assimiler cette absence de mort à un organe ? Déjà dans l'ancien droit, Pothier disait qu'il est « de l'essence du contrat de constitution de rente, qu'il y ait une personne sur la tête de laquelle la rente soit constituée »⁵⁹⁷. Ce qui revenait à dire que l'absence de cette mort était un organe essentiel de l'acte. Ce qui est illogique dans la théorie classique des nullités, car l'absence de la mort ici est un élément négatif. Or il n'y a pas d'organe négatif chez un être vivant. Aussi, pour C. Guelfucci-Thibierge, il est « impossible d'assimiler systématiquement les conditions d'existence de l'acte à des organes »⁵⁹⁸, car il existe « des conditions purement négatives : absence de fraude, de liens de parenté, ou de certaines relations juridiques ou de

⁵⁹³ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 49.

⁵⁹⁴ *Idem*

⁵⁹⁵ G. Lutzescu, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 256.

⁵⁹⁶ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 53.

⁵⁹⁷ Cité par E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 201.

⁵⁹⁸ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 208.

fait. Il est peu satisfaisant de considérer les conditions négatives comme des organes »⁵⁹⁹. Cette critique doit cependant être relativisée.

B. La relativisation de cette critique

127. L'idée selon laquelle la gravité du vice détermine le type de nullité est à la base de la théorie de l'état de l'acte. – Cependant, comme il vient d'être montré, cette théorie est illogique, et c'est pour cette raison qu'elle a été rejetée. Ainsi l'avant projet de réforme du droit des obligations, dit projet Catala, exclut-il totalement l'état de l'acte comme critère de distinction des nullités. Son article 1109-2 dispose que « l'absence de consentement entache la convention d'une nullité relative »⁶⁰⁰. Ses articles 1122, 1124-1 proposent la même solution pour l'absence de cause et d'objet. Donc à l'avenir, la gravité du vice ne devrait plus servir de critère de distinction des nullités, car dans ce projet, même les vices les plus graves ne sont pas sanctionnés par une nullité absolue.

128. Cette critique de l'état de l'acte est toutefois à relativiser. – En effet, dans certains cas, la jurisprudence n'hésite pas à l'utiliser pour distinguer la nullité absolue de la nullité relative. Ainsi la Cour de cassation estime-t-elle que l'absence de prix est sanctionnée par une nullité absolue⁶⁰¹ ; il en est de même pour l'absence d'aléa dans le contrat d'assurance⁶⁰². Dans tous

⁵⁹⁹ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 51. Voir aussi : C'est ce paralogisme qui a poussé Gaudemet à estimer que la théorie de « l'acte-organisme étend à l'ordre juridique des notions qui lui sont inapplicables » (E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 147). *Contra* : On peut tempérer cette critique en estimant que l'assimilation de l'acte à un organisme est une simple métaphore, qui n'a aucune incidence logique. C'est ce qu'a soutenu M. Boudot en estimant que « l'idée d'une conception organiciste de l'acte n'est pas fréquente au 19^e siècle même si on en trouve parfois la métaphore [...] » (M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 93). *Contra* : Lutzesco n'est toutefois pas d'accord avec cette idée, car pour lui, les conceptions organiques ne sont pas de « simples figures de rhétorique. Car, de deux choses l'une : ou bien la théorie de l'acte juridique peut être calquée sur l'analyse anatomique d'un être vivant et alors elle doit inévitablement se soumettre aux mêmes règles et au même traitement que l'organisme physique, ou bien il n'y a aucun » acte (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 259).

⁶⁰⁰ P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 85.

⁶⁰¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 340. Plusieurs arrêts ont sanctionné la vente avec un vil prix par la nullité absolue. (Civ. 16 nov. 1932, S. 1934. 1. 1, note P. Esmein ; Civ. 1^{re}, 20 oct. 1981: *Bull. civ.* I, n° 301; D. 1983. 73, note C. Larroumet). Pour plusieurs auteurs, cette sanction est justifiée par l'absence d'un élément essentiel dans la vente, en l'occurrence la cause. Ce qui revient à utiliser la gravité du vice, et donc l'état de l'acte comme critère de distinction des nullités. (P. Simler, « La sanction de l'absence de cause », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges. Y. Serra*, Paris : Dalloz, 2006, p. 409). *Contra* : La jurisprudence est cependant revenue sur cette position, en estimant que l'état de l'acte ne doit pas être utilisé comme critère de distinction des nullités. C'est pour cela

ces cas, elle applique la nullité absolue, non pour sanctionner une atteinte à l'intérêt général, mais parce qu'un élément essentiel fait défaut au contrat.

D'ailleurs, même des auteurs contemporains utilisent ce critère. Ce qui est le cas du doyen Carbonnier. Pour lui, la nullité pour absence de prix est une « nullité absolue » pour « l'absence d'un **élément essentiel** de la vente »⁶⁰³. Il en est de même pour Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Y. Gauthier, pour qui en cas d'absence d'objet dans la vente, « la nullité devrait être absolue, puisque manque à la vente un **élément essentiel**, la chose »⁶⁰⁴. On retrouve la même logique en ce qui concerne la sanction de l'erreur obstacle chez le doyen Carbonnier⁶⁰⁵. D'ailleurs la jurisprudence semble aller dans le même sens en estimant qu'en cas d'erreur obstacle, « la volonté des parties ne s'étant pas rencontrée sur le même objet, les conventions qu'elles ont ainsi apparemment passées sont nulles de **nullité absolue** et même *inexistantes*, et par suite dépourvues de tout effet »⁶⁰⁶.

129. Tout cela atteste le rôle de la gravité du vice dans les critères de distinction des nullités. – Mais si la jurisprudence utilise l'état de l'acte ici, ce n'est pas pour appliquer une véritable inexistence, mais une nullité absolue, car l'inexistence est quasiment exclue dans le droit positif.

qu'elle a sanctionné la vileté du prix par la nullité relative, dans la mesure où seul l'intérêt privé est touché par ce vice. (Civ. 1re, 9 nov. 1999, Bull. civ. I, n° 293; D. 2000. Jur. 507, note A. Cristaux ; RD im. 2000. 206, obs. G. Legacy ; RTD civ. 2000. 568, obs. J. Mestre et B. Fages ; 20 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 2001. IR. 903; 29 sept. 2004, Bull. civ. I, n° 216; D. 2004. IR. 2690 ; AJ fam. 2004. 458, obs. F. Bicheron ; Civ. 3e, 29 mars 2006, Bull. civ. III, n° 88 ; D. 2006. Pan. 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, et 2007. Jur. 477, note J. Ghestin ; AJDI 2006. 491). *Contra*: Dans un arrêt récent, la Cour de cassation recommence à utiliser l'état de l'acte, comme critère de distinction des nullités, en estimant que « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun » (Com. 23, oct. 2007 : D. 2008, obs. Gaël. Chantepie, p. 954; A. Sériaux, *Contrats civils*, Paris : PUF, 2001, n° 18). C'est pour cette raison que Gaël Chantepie a estimé que cet « arrêt invite, au contraire, à un retour à la théorie classique des nullités, conçues comme un état de l'acte. C'est l'atteinte plus ou moins grave portée au contrat qui permet alors de déterminer le type de nullité, relative ou absolue » (Gaël Chantepie, « Sanction par la nullité absolue de la vente consentie sans prix sérieux », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 954).

⁶⁰² Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 340.

⁶⁰³ J. Carbonnier, « Contrats spéciaux », *RTD*, 1960, p. 489.

⁶⁰⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Y. Gauthier, *Droit civil : les contrats spéciaux*, op. cit., p. 133.

⁶⁰⁵ J. Carbonnier cité par O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., p. 87.

⁶⁰⁶ Paris 8 juillet 1966, *Gaz. Pal.* 1967, 1, 33.

§ 2. Les insuffisances des distinctions résultant du critère lié à l'état de l'acte et le rejet de l'inexistence

130. Si des auteurs comme Loyer et Drogoul ont totalement exclu l'inexistence, de la théorie des nullités, Japiot ne l'exclut pas dans tous les cas. – Ainsi, pour lui, on peut parler d'inexistence pour absence de consentement en cas de faux en écriture⁶⁰⁷. Dans le mariage aussi, il admet l'inexistence en cas de non-respect des formalités⁶⁰⁸. Planiol et Ripert aussi, après avoir dit que la violation des règles de forme est sanctionnée par l'annulabilité, estiment que « le prétendu mariage qui n'a reçu aucune célébration n'est qu'une union libre, qui n'empêche pas l'officier de l'état civil de marier l'un des concubins avec un tiers »⁶⁰⁹. Ce qui prouve que l'inexistence n'est pas totalement exclue par les auteurs modernes⁶¹⁰. Cependant, en ce qui concerne le droit positif, elle est exclue. En effet, on rencontre des contrats dans lesquels des éléments, que les classiques considèrent comme essentiels, sont absents sans qu'ils ne soient inexistant⁶¹¹. Ce qui est le cas en cas d'absence de consentement (A), d'objet (B) ou de forme (C) dans les contrats.

A. La critique de l'absence de consentement comme cause d'inexistence

131. C'est le consentement qui fait le contrat, c'est-à-dire la rencontre d'une offre et d'une acceptation. – En conséquence pour la théorie classique, un contrat dans lequel le consentement est absent est inexistant. Même si cette affirmation est logique, la théorie classique lui a trouvé un fondement légal dans l'article 146 C. civ. Une telle utilisation de l'article 146 C. civ. peut être critiquée, car cet article ne peut pas justifier l'inexistence des contrats dans lesquels le consentement est absent⁶¹². Mais c'est oublier que, lors des débats

⁶⁰⁷ En ce sens cf article 300 et s CPC ; article 441-1 du Code pénal ; Voir aussi R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp.186, 258.

⁶⁰⁸ Ainsi pour le mariage et l'adoption, Japiot admet l'inexistence pour vice de forme. (*Idem*)

⁶⁰⁹ M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 366.

⁶¹⁰ En ce qui concerne la position des autres auteurs du XX^e siècle sur l'inexistence, Cf. *Infra*, n° 145.

⁶¹¹ Ainsi toutes les ventes à vil prix ne sont pas inexistantes ou nulles, alors même qu'un élément essentiel est absent dans ces ventes (En ce sens, cf. : C. Freyria, « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997. Chron. 51 ; B. Garrigues, « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991. 459 ; T. Lambert, « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *Rev. Sociétés* 1993. 11 ; D. Chilstein, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006. 663).

⁶¹² Pour Drogoul, « l'article 146 [...] paraît avoir usurpé sa réputation. Il ne faut pas juger de l'importance d'un texte par les controverses qu'il provoque, mais bien par la nécessité qu'il y avait à le promulguer et par les conséquences qu'il entraîne. A ce double point de vue, l'article 146 peut être jugé un article inutile » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 76).

qui ont précédé l'adoption de ce texte, le premier Consul avait bien soutenu que l'absence du consentement entraînait l'inexistence. En effet, pour lui, « il ne faut pas mêler ensemble les cas où il n'y a pas de mariage et les cas où le mariage peut être cassé »⁶¹³. Mais Drogoul a cherché à relativiser l'importance des propos de Bonaparte, en montrant ses incohérences lorsqu'il assimile les causes de l'inexistence (absence de consentement) à celles de l'annulabilité (vice du consentement), en estimant qu'« il n'y a pas de mariage là où il n'y a pas de consentement libre »⁶¹⁴ ; il n'y a point de consentement « s'il y a violence »⁶¹⁵. Ce qui peut expliquer les critiques adressées par Drogoul aux « graves errements »⁶¹⁶ du premier Consul, selon lui.

Mais malgré les faiblesses de l'article 146 C. civ. les classiques ont continué à soutenir que l'acte dans lequel il n'y a pas de consentement est inexistant. Ainsi, en cas d'incapacité d'un dément, il y a absence de consentement, et non vice du consentement⁶¹⁷. Aussi, pour Demolombe, et plus tard Josserand, l'acte passé par un aliéné n'est pas nul mais inexistant⁶¹⁸. Ce qu'ont contredit Planiol et Ripert, pour qui « Il ne faut pas parler d'inexistence au cas d'engagement pris par une personne en état de démence [...] »⁶¹⁹. Au reste l'article 414-1 C. civ. nouveau semble confirmer cette affirmation. Ce qui prouve que l'acte dans lequel il y a une absence de consentement n'est pas sanctionné par l'inexistence⁶²⁰.

⁶¹³ Cf. annexe, Doc N°III.

⁶¹⁴ *Idem*

⁶¹⁵ *Ibid*

⁶¹⁶ Pour Drogoul « si l'on pouvait faire abstraction des travaux préparatoires, la disposition de l'article 146 serait, en effet, décisive. Mais les discussions au lieu de mettre notre principe en lumière, ne font que l'obscurcir, au point de jeter des doutes sur l'intention du législateur : on ne sait en définitive ce qu'il a voulu ». Mais pour lui, si ces affirmations floues du premier Consul ont mis d'accord tous les classiques, il se demande si « l'éloge est-il à ce point mérité, et n'est-ce pas leurs propres opinions que tous ces auteurs encensent à travers celle du premier consul ? » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 77).

⁶¹⁷ Aussi pour Lutzesco, « La où il y a absence de consentement [...] comme c'est le cas du fou, ou d'une personne en état de complète ivresse, il n'y a ni plus ni moins qu'un acte vicié et donc pas un acte inexistant alors même qu'il s'agit d'une absence de consentement. (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 343). *Contra* : Pour Demante, en cas d'incapacité, « le consentement en pareil cas ne fait pas absolument défaut » (A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome V, p. 495).

⁶¹⁸ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 205. *Contra* : Des auteurs, comme Gaudet, ont cherché à tempérer cette affirmation, en distinguant le cas du fou non protégé et de celui qui est protégé. Certes l'article 414-1 et l'article 464 C. civ. distinguent les deux, mais de l'inexistence, ils n'en parlent pas (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 350).

⁶¹⁹ M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 365.

⁶²⁰ Ce qui a poussé F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette à soutenir que « le défaut de capacité est sanctionné par la nullité relative, alors que l'article 1108 du Code civil place celle-ci sur le même pied que le consentement, l'objet et la cause » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 107).

132. L'étude des vices du consentement illustre la même idée. – Planiol et Ripert, comme le faisait le premier Consul⁶²¹, estiment que « le consentement réel est absent au cas de violence, de dol ou d'erreur, aussi bien qu'en cas de démence »⁶²². Ce qui veut dire que la distinction entre le vice du consentement et l'absence de consentement est inopérante⁶²³. Au demeurant, Drogoul aussi semble aller dans le même sens en estimant qu'en « [...] pure théorie et en bonne logique, on ne devrait pas **distinguer entre les vices du consentement et l'absence même de celui-ci** »⁶²⁴. Idée qu'on retrouvait déjà chez Pothier en ce qui concerne l'erreur⁶²⁵. Aussi, pour Drogoul, il est illogique de dire que dans un vice du consentement « il y a une volonté, mais une volonté mal dirigée. La volonté n'a pas de valeur in *abstracto* [...] **Il n'y a de volonté juridique que la volonté éclairée et consciente**, puisque c'est à celle-ci seule que loi accorde des effets [...] **Vouloir à côté, ce n'est pas vouloir**, puisque c'est la seule rencontre des volontés que le législateur considère quand il donne la force légale au contrat »⁶²⁶.

133. Donc il apparaît clairement ici que le vice du consentement est une forme d'absence de consentement. – Ainsi, selon Drogoul, alors même qu'il critique la confusion opérée par le premier Consul⁶²⁷, « les vices du consentement proprement dits ne diffèrent pas dans leur principe des causes d'inexistence »⁶²⁸. Or malgré tout, ils sont sanctionnés par l'annulabilité dans l'article 1117 C. civ. ce qui prouve que l'absence de consentement n'est pas sanctionnée par l'inexistence. Cette idée est encore illustrée dans l'article 1998 C. civ.⁶²⁹.

134. Cependant, dans l'article 932 C. civ. on peut soutenir que l'absence de consentement est sanctionnée par l'inexistence, car elle ne rend pas la donation nulle mais l'empêche de se former. – Ce dernier dispose que « la donation entre vif n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été **acceptée** en termes exprès ». Ce qui a été confirmé par la Cour de cassation, pour qui si l'« offre de donner n'avait pas été acceptée par son destinataire, il ne pouvait y avoir prescription de l'action en nullité d'un acte auquel

⁶²¹ Cf. *Supra*, n° 1.

⁶²² M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 366.

⁶²³ Toutefois les articles 146 et 180 et 184 C. civ. distinguent clairement les vices du consentement de l'absence de consentement.

⁶²⁴ Drogoul a montré ici que « Zachariae, le créateur même de la théorie des inexistentia [...] reconnaît qu'en pure logique toute erreur est exclusive du consentement » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit. p. 170)

⁶²⁵ Pothier, *Traité des obligations*, tome 1, p. 15 ; D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 530.

⁶²⁶ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 171.

⁶²⁷ Cf. *Supra*, n° 1.

⁶²⁸ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 177.

⁶²⁹ Cf. *Infra*, n° 341.

faisait défaut l'un de ses **éléments essentiels** »⁶³⁰, car cette donation est dépourvue « de tous les éléments nécessaires à l'**existence juridique** d'une convention »⁶³¹. Par conséquent, sans le consentement, il n'y a pas de donation⁶³². Ce qui peut expliquer la nécessité d'abandonner toute théorie générale, qui de façon absolue accepte ou rejette l'absence de consentement comme cause de l'inexistence, pour étudier chaque cas particulier. On rencontre la même situation dans l'étude de l'absence d'objet.

B. La critique de l'absence d'objet comme cause d'inexistence

135. Plusieurs auteurs classiques sont d'accord pour dire qu'un contrat qui manque d'objet devrait être inexistant⁶³³. – Par conséquent, « dans la vente de la chose d'autrui, prohibée par l'article 1599, la convention est [...] **inexistante** »⁶³⁴. Cependant, ce raisonnement est contredit par les articles 1599 et 1601 C. civ. Ainsi, selon l'article 1599 C. civ. « La vente de la chose d'autrui est **nulle** [...] ». Quant à l'article 1601 C. civ. « Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait **nulle**. » Donc dans tous ces deux cas, alors même que le contrat n'a pas d'objet, ces deux textes disent que l'acte est seulement nul. Mais pour Loyer, même si les « articles 1599 et 1601 [...] emploient le mot **nul** [...] il importe peu au parti pris de la doctrine [...] Elle lit et commente la loi avec le désir non pas de demander aux textes leur secret mais de faire consacrer par ces mêmes textes la théorie qui lui est chère »⁶³⁵. Ce qui est critiquable.

⁶³⁰ D. Boulanger, *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats vente de marchandises : Contribution à la notion d'objet dans la théorie générale des obligations*, Univ Lille II : th doc, 1994, p. 170.

⁶³¹ Cass. com., 4 janvier 1971, Bull. civ., IV, n°2 1971. *Conf*: Pour l'absence d'objet, voir Req., 27 mai 1908, Gaz. Pal., 2. 229.

⁶³² Mais d'autres ont parlé de nullité, même en cas d'absence de consentements, car la donation peut exister sans l'acceptation, parce que si *l'animus donandi* est nécessaire « il n'en est pas de même de l'acceptation par le donataire dont on conçoit très bien que l'on puisse se passer, tant il est agréable de recevoir » car dans ce cas, l'acte étant favorable au donataire, son silence vaut acceptation (J. Loyer, *Les actes inexistants*, op. cit., pp. 164, 163. *Rappr* : Req. 29 mars 1938 : *DP* 1939. 1. 5, note Voirin).

⁶³³ Cf. *Supra*, n° 92.

⁶³⁴ H. Simon, *Du Compromis. Droit français de la Prescription des actions en nullité ou en rescision*, op. cit., p. 129.

⁶³⁵ J. Loyer, *Les actes inexistants*, op. cit., p. 163 ; J. Ghestin et B. Desché, *Traité des contrats : la vente*, Paris : LGDJ, 1990, pp. 374 ; 373, 371, 416 ; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 219.

Il apparaît clairement ici, que malgré l'affirmation des classiques, l'absence de l'objet n'est pas sanctionnée par l'inexistence⁶³⁶. On peut dresser le même constat dans l'étude de la sanction de la violation des conditions de forme.

C. La critique de l'utilisation de l'absence des formes comme cause d'inexistence

136. Pour les auteurs classiques, un acte solennel fait sans respecter les formes est inexistant, car la loi a d'avance défini un modèle d'acte qui n'a pas été utilisé par les parties⁶³⁷. – Malgré son évidence, cette affirmation est contestable. En effet, le droit contemporain, à la différence du droit romain⁶³⁸, n'est pas un droit formaliste⁶³⁹. Dès lors, on peut, certes, exiger le respect d'une forme à peine de nullité, mais cette forme ne peut jamais être considérée comme un élément essentiel pour justifier une inexistence.

Aussi, pour Loyer, après le droit romain, « le principe de l'autonomie de la volonté est reconnu et les divers vêtements dont le consentement se revêt, les aspects différents sous lesquels il se présente ne sont plus que des **éléments secondaires** »⁶⁴⁰. Ce qui fait que dans la logique même des classiques, la forme étant un élément secondaire, son absence ne devrait pas être sanctionnée par l'inexistence, car l'inexistence sanctionne l'absence des éléments essentiels et non des éléments secondaires. D'ailleurs, dans l'article 931 du Code civil, en cas de non-respect des formes, on parle de nullité et non d'inexistence⁶⁴¹.

⁶³⁶ J. Loyer, *Les actes inexistants*, op. cit., p. 175. Ainsi pour h. Malaurie, L. Aynès et P. Y. Gauthier, « Si la perte est totale, le contrat ne peut se former faute d'objet : la vente est nulle » (Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Y. Gauthier, *Droit civil : les contrats spéciaux*, Paris : Défrénois, 2005, p. 135).

⁶³⁷ Cf. *Supra*, n° 93.

⁶³⁸ Cf. *Infra*, n° 550.

⁶³⁹ Ainsi pour Drogoul, « notre droit ne connaît pas de catégories formelles. Pour attacher des conséquences juridiques à l'expression d'une volonté, il n'exige pas que cette volonté ait revêtu une forme déterminée d'avance, faute de laquelle elle reste absolument impuissante et ne puisse, en sortant du domaine des faits matériels, naître à la vie juridique » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 190).

⁶⁴⁰ Pour Loyer, l'inexistence pour non-respect des formes est « particulièrement déplacée dans un système non formaliste » (J. Loyer, *Les actes inexistants*, op. cit., p. 182).

⁶⁴¹ *Idem*, p. 164 ; J. Patarin, « Successions et libéralités », *RTD*, 1983, p. 774 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 363. *Contra* : Pour Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, dans un acte authentique fait « sous seing privé au lieu d'acte notarié [...] l'intervention du juge n'est pas nécessaire pour constater cette **inexistence** apparente » (Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 326).

137. En revanche selon les auteurs modernes eux-mêmes, le mariage non célébré, selon les formes, serait inexistant⁶⁴². – Ce qui montre qu’une théorie générale, selon laquelle tout acte violant les formes requises pour sa validité est sanctionné par l’inexistence, est impossible ici aussi ; il faut décider au cas par cas. Par conséquent, on peut dire ici, comme il a été soutenu dans la première hypothèse de ce travail, que la distinction résultant de l’état de l’acte ne reflète pas le droit positif. Sans oublier que ce critère est aussi incapable d’expliquer toutes les distinctions des nullités dans la théorie classique.

Sous-section 2. L’état de l’acte : un critère incapable d’expliquer la classification de toutes les nullités dans la théorie classique

138. Dans la théorie classique, deux types d’inefficacités pouvaient frapper un acte invalide : l’inexistence ou l’annulabilité. – Mais progressivement, un courant est né au sein de la doctrine classique qui a admis que si l’acte invalide viole une règle d’ordre public, il doit être sanctionné par la nullité absolue.

Ce concept de nullité absolue était déjà présent dans l’ancien droit. Ainsi, dans *les Observations du Président Boulier sur les coutumes de Bourgogne*, on rencontrait déjà la nullité absolue⁶⁴³. En effet, pour lui, « les nullités absolues [...] sont ainsi appelées parce qu’elles peuvent être opposées par toutes sortes de personnes [...] »⁶⁴⁴. Dans *le traité des matières bénéficiaires*, est aussi mentionnée une nullité absolue⁶⁴⁵. Aussi Pize, en parlant de Pothier, estime-t-il que « C’est du droit canonique qu’il s’est inspiré, c’est à cette source qu’il a puisé l’idée des nullités absolues »⁶⁴⁶. Dunod aussi utilisait la nullité absolue, mais pour souligner le caractère permanent de cette nullité, car pour lui, « la nullité dans ce cas est absolue parce que la loi résiste continuellement et par elle-même à l’acte qu’elle défend »⁶⁴⁷.

⁶⁴² Cf. *Infra*, n° 780.

⁶⁴³ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l’ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 172.

⁶⁴⁴ Pour lui, « Pothier est le premier auteur de droit civil qui, à côté des inexistences et des annulabilités, admette des nullités absolues » (J. Pize, *Essai d’une théorie générale sur la distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des contrats*, op. cit., pp. 47, 57).

⁶⁴⁵ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l’ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 220.

⁶⁴⁶ J. Pize, *Essai d’une théorie générale sur la distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des contrats*, op. cit., p. 57.

⁶⁴⁷ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l’ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 125.

139. Cette nullité absolue est encore présente dans les débats parlementaires qui précèdent l'adoption du Code civil. – Ainsi, lors de la séance du 4 frimaire an X au Conseil d'Etat, Portalis déclare que « [...] ces expressions nullités absolues, nullités relatives sont des termes techniques et simples qui rendent des idées composées, et qui sous ce rapport doivent être conservées dans le langage des lois »⁶⁴⁸. Mais aucun texte du code ne fait allusion à la nullité absolue à l'époque. Par conséquent, les premiers commentateurs de ce code n'ont pas donné une place centrale à cette nullité absolue dans leur théorie. Ainsi si pour Solon « les nullités se divisent en nullités absolues et en nullités relatives »⁶⁴⁹, cette distinction n'est que la troisième des six autres. Il en est de même chez Zachariae, qui donne une place négligeable à la nullité absolue dans sa théorie. En effet, il ne tire pas de conséquence réelle de cette appellation, car pour lui, « toutes les obligations sujettes à nullité ou à rescision sont en règle générale, susceptibles de confirmation, peu importe que la nullité à couvrir soit de fond ou de forme, relative ou absolue [...] »⁶⁵⁰.

Cependant, pour tenir compte de la spécificité de la sanction de la violation d'une règle d'ordre public, certains auteurs classiques donnent une place centrale à la nullité absolue dans leur théorie. Ce qui permet un certain assouplissement de la théorie classique (§ 1), mais aussi une mise en cause du monopole de l'état de l'acte comme critère de distinction des nullités dans cette théorie. C'est pour cette raison que cette nullité n'est pas acceptée par tous les auteurs classiques. Attachés à l'état de l'acte, ces auteurs n'acceptent pas la nullité absolue qui résulte de l'utilisation du critère lié au but de la règle violée, ce qui rend la théorie classique très rigide (§ 2).

§ 1. L'admission de la nullité absolue par les auteurs classiques et l'assouplissement de la théorie de l'état de l'acte

140. Dès après l'adoption du Code civil, certains auteurs, comme Touiller, cherchent à distinguer la nullité absolue de l'inexistence⁶⁵¹. – Mais il est revenu à Delvincourt, qui est

⁶⁴⁸ Cf. annexe, Doc N° II.

⁶⁴⁹ M.V. H. Solon, *Théorie sur la nullité des conventions et actes de tout genre en matière civile*, Paris : Videcoq Barba, tome I., 1833, p. 5.

⁶⁵⁰ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit. p. 85.

⁶⁵¹ Ainsi pour Touiller, en ce qui concerne « les nullités **absolues** et les nullités relatives [...] cette **distinction est extrêmement importante**, car elle sert ordinairement à résoudre les questions de savoir par quelles personnes les nullités peuvent être opposées, et si elles peuvent être couvertes par la ratification [...] » (M.

un des premiers auteurs à commenter le nouveau Code civil, de donner une large place à la nullité absolue dans sa théorie des nullités. Dans son commentaire, il construit une théorie des nullités très simple et claire. D'ailleurs, la théorie des nullités, qui est appliquée actuellement par les auteurs contemporains, s'en est largement inspirée. Dans cette théorie, une large place est donnée à la nullité absolue qui sanctionne les règles d'ordre public. Ainsi, pour lui, il y a deux types de nullités, « ces deux espèces de nullités diffèrent [...] en ce que les premières [celles d'ordre public] sont absolues [...] les autres au contraire sont relatives »⁶⁵².

141. Cette distinction n'est pas fondée sur l'état de l'acte, mais sur le but de la règle violée. – En effet, la nullité n'est pas absolue parce que l'acte manque d'un élément essentiel, mais parce que l'acte porte atteinte à une règle d'ordre public. Le critère de l'état de l'acte est donc incapable d'expliquer cette distinction. Aubry et Rau, suivant l'exemple de Zachariae, introduisent eux aussi cette nullité absolue dans leur théorie des nullités⁶⁵³. Ainsi, selon eux, « les nullités sont absolues ou relatives »⁶⁵⁴. Pour distinguer ces nullités, ils se réfèrent au « [...] but même de la loi »⁶⁵⁵: « [...] suivant la nature du motif sur lequel elles reposent, les nullités sont d'ordre public ou d'intérêt privé »⁶⁵⁶. Cette idée est reprise par Larombière qui distingue explicitement la nullité absolue de l'inexistence, car pour lui, « [...] la distinction entre la nullité absolue [...] et la non-existence est puisée dans la nature même des choses [...] »⁶⁵⁷.

142. Donc, il apparaît clairement que chez certains auteurs classiques, la nullité absolue est distincte de l'inexistence. – Le critère de distinction de la nullité absolue n'est pas l'état de l'acte, mais le but de la règle violée. Donc le critère de l'état de l'acte est incapable d'expliquer toutes les distinctions des nullités dans la théorie classique, Aubry et Rau faisant partie des auteurs classiques. L'existence de cette nullité absolue offre au demeurant un certain assouplissement à la théorie classique. Elle permet à cette dernière de tenir compte différemment, non seulement de l'absence d'un élément essentiel dans le contrat, mais aussi de l'atteinte à l'ordre public ou à l'intérêt privé. Cependant, pour réaffirmer le rôle primordial

C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 656).

⁶⁵² M. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, Paris : P. Gueffier Imprimeur-libraire, tome II., 1813, p. 59.

⁶⁵³ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 88 ; O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., p. 60 et s.

⁶⁵⁴ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome I, p. 121.

⁶⁵⁵ *Idem*, p. 122.

⁶⁵⁶ *Ibid*, p. 121.

⁶⁵⁷ M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, op. cit., tome V, p. 290.

de l'état de l'acte dans la théorie des nullités, certains auteurs proposent d'abandonner cette catégorie de nullité.

§ 2. Le rejet de la nullité absolue par les auteurs classiques et la rigidification de la théorie de l'état de l'acte

Si le rejet de la nullité absolue, chez certains auteurs classiques, ne concernait pas le mariage (A), il n'en reste pas moins vrai que ces auteurs classiques ont rejeté cette nullité absolue (B).

A. Le confinement de la nullité absolue au simple domaine du mariage par certains classiques

143. Le mariage est une institution que l'on ne doit pas rompre sans l'intervention du juge. – Or, comme l'inexistence peut jouer sans l'intention du juge⁶⁵⁸, on risque de porter atteinte à ce principe⁶⁵⁹. Pour éviter cette situation, certaines inexisterces du mariage ont été transformées en nullités absolues⁶⁶⁰. Aussi, sans supprimer totalement la nullité absolue de la théorie des nullités, certains auteurs l'ont cantonnée au domaine du mariage. Ainsi si Demolombe ne distingue pas la nullité absolue de l'inexistence, il maintient cette distinction pour le mariage, en estimant que « [...] la distinction entre nullités relatives et absolues [...] ne se confond pas avec celle qui sépare le mariage nul ou non existant du mariage annulable »⁶⁶¹. On retrouve la même logique de confinement chez Bufnoir. Pour lui, certes il faut rejeter la nullité absolue, néanmoins « il y a des matières où il peut y avoir lieu de tenir compte de cette triple distinction [...] de telle sorte qu'il y aurait l'inexistence, la nullité relative, la nullité absolue ; par exemple pour le mariage ; mais ici [dans le domaine des contrats] **je la repousse absolument** [...] »⁶⁶². On rencontre la même logique chez Pize aussi⁶⁶³.

⁶⁵⁸ Cf. *Infra*, n° 260.

⁶⁵⁹ Cf. *Infra*, n° 251.

⁶⁶⁰ Cf. *Infra*, n° 782.

⁶⁶¹ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 369.

⁶⁶² C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 648.

⁶⁶³ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 11.

Au demeurant, cette logique de confinement de la nullité absolue dissimule mal l'hostilité de ces auteurs classiques à cette dernière. En effet, ils souhaitent sa suppression dans la théorie des nullités.

B. La suppression totale de la nullité absolue de la théorie des nullités par certains classiques

Pour certains auteurs classiques, la nullité absolue doit être exclue de la théorie des nullités, car elle est fondée sur la distinction entre les éléments essentiels en fait et les éléments essentiels en droit. Or cette distinction devait être abandonnée (I), en même temps que la nullité absolue(II), rendant en conséquence la théorie classique plus rigide (III).

I. Les raisons du rejet de la nullité absolue dans la doctrine classique : la suppression de la différence entre les éléments de fait et les éléments de droit

144. Zachariae distinguait deux types d'éléments du contrat : les éléments de fait, c'est-à-dire le consentement l'objet... et les éléments de droit, c'est-à-dire le respect de l'ordre public et des règles sanctionnant les vices du consentement⁶⁶⁴. – Si un élément de fait défaut au contrat, ce contrat est inexistant ; si c'est un élément de droit qui lui fait défaut, ce contrat est annulable. De sorte que si un contrat porte atteinte à l'ordre public, il reste annulable, cette annulabilité pouvant être une annulabilité absolue chez Aubry et Rau.

Cependant, certains auteurs mettent en cause cette distinction en estimant que l'atteinte à l'ordre public doit être assimilée à l'absence d'un élément en fait. Ainsi, chez Demante et Colmet de Santerre, « l'absence en droit d'un élément essentiel est assimilée à une absence en fait »⁶⁶⁵. Par conséquent, on peut estimer que, pour les classiques, être « [...] d'ordre public, c'est une manière d'être de la nullité »⁶⁶⁶, au même titre que l'absence de consentement ou d'objet. D'où la nécessité d'abandonner la nullité absolue, qui est fondée sur le but de la loi,

⁶⁶⁴ S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 312.

⁶⁶⁵ *Idem*

⁶⁶⁶ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 301.

pour l'assimiler à l'inexistence, qui est fondée sur l'état de l'acte, parce que l'atteinte à l'ordre public est une absence d'un élément essentiel dans le contrat.

II. Le rejet de la nullité absolue : l'hégémonie de l'inexistence

145. Comme il n'y a plus de différence entre les éléments de fait et les éléments de droit, la nullité absolue, qui sanctionne l'absence en droit d'un élément essentiel et l'inexistence, qui sanctionne l'absence en fait d'un élément essentiel, doivent fusionner au profit de l'inexistence⁶⁶⁷. – Ce qui donne une certaine hégémonie à l'inexistence dans la théorie classique. Ainsi, selon Mortet, il est « [...] contradictoire de considérer la nullité comme étant d'ordre public, et de décider que le contrat est simplement annulable. Conçoit-on que la loi déclare un acte contraire à l'intérêt de la société et qu'elle le laisse se former, qu'elle en fasse dépendre la nullité de la circonstance qu'il se trouvera une personne intéressée à l'attaquer [...] »⁶⁶⁸. D'où la nécessité pour lui de « rejeter l'idée d'annulabilité absolue, faire rentrer dans la catégorie des contrats nuls [c'est-à-dire inexistant] ceux dont la nullité est fondée sur des motifs d'intérêt public [...] »⁶⁶⁹. Pour Pize aussi, hors du mariage, la nullité absolue est un concept inutile, puisqu'elle ne représente qu'un « ...type bâtard, hybride tenant le milieu entre l'inexistence et l'annulabilité [...] »⁶⁷⁰. Baudry Lacantinerie également estime que « le contrat est inexistant [...] lorsque le contrat a été passé en violation d'une prescription ou d'une prohibition légale fondée sur des motifs d'ordre public [...] »⁶⁷¹, parce qu'il n'existe que l'inexistence et l'annulabilité, toute autre terminologie risque « [...] d'être

⁶⁶⁷ Ainsi pour Beudant, la convention qui « n'a pas d'existence légale...est nulle, non avenue ; on dit qu'elle est atteinte d'une **nullité absolue**. Entraînent cette conséquence : 1° le défaut de consentement- 2° l'incapacité de jouissance- 3° le défaut d'objet- 4° l'absence, la fausseté ou le caractère illégal de la cause- 5° l'absence d'acte dans les contrats solennels, ou l'inobservation des règles d'ordre public » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 188).

⁶⁶⁸ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 153.

⁶⁶⁹ *Idem*, p. 154.

⁶⁷⁰ *Ibid*, p.62. Pize aussi a ajouté que « Nous réfutons une théorie qui veut voir, entre l'inexistence et l'annulabilité, un degré intermédiaire d'inefficacité originaire des contrats, la nullité absolue...cette sous-distinction des contrats annulables, que cette classe mixte de contrats absolument arbitraire et nullement scientifique [...] elle ne trouve dans les textes aucun appui » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 11).

⁶⁷¹ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 89.

trompeuse et dangereuse »⁶⁷². Position que l'on rencontre chez Josserand⁶⁷³ et chez Beudant aussi⁶⁷⁴.

146. Le point commun à tous ces auteurs classiques, c'est leur volonté de voir, la nullité absolue, disparaître au profit de l'inexistence⁶⁷⁵. – Autant l'inexistence d'un acte auquel il manque un élément de fait peut se comprendre, autant cette inexistence est à rejeter si cet acte renferme tous les éléments de fait nécessaires à son existence⁶⁷⁶. Or le respect d'une règle d'ordre public n'est pas un élément nécessaire à l'existence du contrat, puisque l'inexistence n'est pas fondée sur la violation d'une règle ; elle a un fondement rationnel : le contrat existe ou n'existe pas⁶⁷⁷.

147. Dans ce cas, la violation d'une règle d'ordre public ne peut pas être considérée comme une pathologie empêchant le contrat de naître⁶⁷⁸. – Si on prétend que toute absence en droit est aussi une absence en fait, comme l'a fait Demante⁶⁷⁹, on ne doit pas se limiter à l'ordre public, il faut aller au bout du raisonnement et dire que tout vice du consentement (absence en droit) est une absence de consentement (absence en fait) comme l'a montré Drogoul⁶⁸⁰. Toutefois, les auteurs classiques ne sont pas allés au bout de leur raisonnement. En effet, s'il fallait aller au bout de ce raisonnement, tout acte nul devrait être rangé parmi les actes inexistants. Une telle attitude aurait abouti à réduire la théorie des nullités à la simple théorie de l'inexistence. Mais sans atteindre de tels excès, ce courant a réduit la théorie classique des nullités à l'opposition entre l'inexistence et l'annulabilité, et du

⁶⁷² Baudry lacantinerie, cité par O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., p. 62.

⁶⁷³ Mais Josserand relativise la différence entre nullité absolue et inexistence, car pour lui toutes les deux opèrent de plein droit. Toutefois il maintient une différence entre les deux. Pour lui, l'acte nul de nullité absolue « est incorrect, inadmissible, mais il est, alors que l'acte inexistant est à peu près le néant » (L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., tome II, p. 185).

⁶⁷⁴ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., t 8, p. 188.

⁶⁷⁵ D'ailleurs, cette confusion entre la nullité absolue et l'inexistence, n'est pas propre qu'aux auteurs du XIX^{ème} siècle, on la retrouve chez des auteurs contemporains aussi. Ainsi pour r « il faut admettre qu'inexistence et nullité absolue sont une seule et même notion et qu'il ne sert à rien de les opposer. Lorsqu'il n'y a pas d'apparence de contrat » (C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^è éd, op. cit., p. 515).

⁶⁷⁶ Pour S. Gaudet, en « assimilant l'absence juridique à l'absence matérielle, les classiques n'attachent aucune importance aux apparences » (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 315). Quant à Japiot, il a estimé que « la notion d'inexistence conduit la théorie vers une plus grande rigidité par la suppression progressive des intermédiaires. Elle avait été créée pour les nullités dont la nécessité était particulièrement évidente au point de vue du bon sens : identité de sexe pour le mariage, défaut le plus absolu de volonté dans les actes de volonté... Elle absorbe immédiatement [...] l'acte contraire à l'ordre public : l'illicéité de l'objet, l'illicéité de la cause [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 124).

⁶⁷⁷ Cf. *Infra*, n° 534 et s.

⁶⁷⁸ Cf. *Infra*, n° 543.

⁶⁷⁹ S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 312.

⁶⁸⁰ Cf. *Supra*, n° 132.

coup l'a rendue très rigide en éliminant toute sanction intermédiaire, qui intègre le but de la loi, à côté de l'état de l'acte.

III. Les conséquences du rejet de la nullité absolue: la rigidification de la théorie classique autour de l'état de l'acte

148. Une des fonctions de la théorie des nullités est de permettre de distinguer les différents types de nullités. – Comme la réalité juridique que cette théorie est censée représenter est diverse, elle devrait permettre à cette diversité de s'exprimer dans les différents types de nullités aussi. Or la théorie classique des nullités, par sa rigidification progressive, ne permet plus à cette diversité de s'exprimer. Cette théorie a progressivement supprimé la nullité absolue au profit de l'inexistence, ce qui fait qu'il n'y a plus que deux possibilités : soit le contrat est annulable soit il est inexistant. Toute possibilité intermédiaire, prenant en compte le but de la règle violée à côté de l'état de l'acte, est exclue. Aussi, on peut en déduire que « la notion d'inexistence conduit la théorie classique vers une plus grande rigidité par la suppression progressive des intermédiaires [...] ainsi disparaissent les unes après les autres les nullités absolues »⁶⁸¹.

149. Mais cette critique, relative à l'assimilation excessive de la nullité absolue à l'inexistence, peut-elle être relativisée ? – S'il est vrai que certains auteurs classiques remplacent la nullité absolue par l'inexistence, il n'en reste pas moins que, les principaux auteurs classiques, maintiennent la nullité absolue, dans le mariage⁶⁸². D'ailleurs le cas d'Aubry et Rau est révélateur de cette réalité, car s'ils commencent par maintenir la nullité absolue pour tous les contrats, ils semblent l'abandonner finalement⁶⁸³. Par exemple, « la promesse d'homicide [...] est rangée par ces auteurs [...] dans la catégorie des inexistentes »⁶⁸⁴, alors que toutes ces nullités rangées parmi les inexistentes étaient des nullités absolues dans la première édition de leur manuel. De sorte qu'après « une plus mure réflexion »⁶⁸⁵, elles seraient devenues des inexistentes dans les éditions suivantes. Aussi,

⁶⁸¹R. Japiot, *Des nullités en matière juridique essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 124. Quant à Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, pour eux aussi « L'assimilation de l'inexistence à la nullité absolue est contestable [...] » (Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 326).

⁶⁸²C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p.648 ; C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 369.

⁶⁸³C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op.cit., t 1, p. 121.

⁶⁸⁴R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 126.

⁶⁸⁵*Idem*.

Japiot estime-t-il qu'ont disparu « [...] les unes après les autres, ces nullités absolues, primitivement placées, par MM. Aubry et Rau notamment, entre les inexistentes et les nullités relatives »⁶⁸⁶.

150. En regard de cette situation, il serait tentant de conclure, comme Japiot, que la théorie classique est devenue rigide dans sa quasi-totalité. – Néanmoins, comme l'a souligné M. Cumyn, la critique de la rigidité des classiques « [...] donne une fausse image des auteurs du XIX^e siècle [...] elle laisse entendre que ces auteurs ne connaissaient pas la distinction entre les nullités absolues et relatives fondée sur le but de la loi [...] »⁶⁸⁷. D'ailleurs quant à Gaudemet, il n'est pas allé aussi loin que Japiot, car, pour lui, « certains auteurs ont tenté d'élaborer une doctrine nuancée, qui comporte une division tripartite des nullités ; à côté de la nullité relative, ils distinguent l'inexistence et la nullité absolue [...] Cette distinction est intéressante, mais la plus part des auteurs la déclarent sans utilité »⁶⁸⁸.

En réalité, comme il a été soutenu dans la troisième hypothèse émise dans ce travail, tous les auteurs classiques, à l'image d'Aubry et Rau, n'ont pas totalement rejeté cette nullité absolue. En effet, les nullités absolues qu'ils ont transformées, en inexistence, sont celles qui étaient les plus graves. Or au regard de la théorie moderne des nullités, une telle transformation n'a rien de choquant. Dans la théorie moderne des nullités, l'inexistence est fondée sur l'absence d'apparence de validité de l'acte⁶⁸⁹. Un acte qui porterait gravement atteinte à l'ordre public perdrait cette apparence de validité et donc deviendrait inexistant. Ce qui peut justifier la position d'Aubry et Rau, tendant à ranger la promesse d'homicide parmi les actes inexistantes. D'ailleurs sur ce point, on peut dire qu'Aubry et Rau annoncent la logique théorie moderne⁶⁹⁰. L'idée qui veut qu'un acte portant gravement atteinte à l'ordre public, comme la promesse d'assassinat, le mariage incestueux, la vente de stupéfiant, la promesse de pot de vin, soit inexistant n'est donc pas illogique.

151. La critique de Japiot, tendant à soutenir que même Aubry et Rau ont abandonné la nullité absolue, est donc discutable. – Animé par la volonté de voir la théorie classique

⁶⁸⁶ *Ibid*, pp.125, 126 ;S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 314.

⁶⁸⁷ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 29.

⁶⁸⁸ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 143.

⁶⁸⁹ Cf. *Infra*, n° 197.

⁶⁹⁰ D'ailleurs cette idée qui veut qu'un acte heurtant gravement l'ordre public, soit considéré comme inexistant, a été soutenue lors de l'adoption du Code civil, car pendant la séance inédite du 4 frimaire an X, au Conseil d'Etat, **Portalis** avait soutenu qu'il y a « deux sortes de nullités absolues : rien ne saurait couvrir le scandale des unes ; telle est la nullité qui résulte de l'inceste [...] » (Cf. annexe, Doc N° II.)

remplacée par la théorie qu'il propose, Japiot fait tout pour démontrer que cette théorie est rigide, incapable de s'adapter. Ainsi, comme on a pu l'écrire, «[...] Japiot résumait cette doctrine à la formule ‘tout ou un seul, pas de milieu’. Mais **il lui imprimait ainsi une rigidité qu'elle n'avait pas** »⁶⁹¹. Toutefois, à la décharge de Japiot, même si Aubry et Rau ont maintenu la nullité absolue, il n'en reste pas moins vrai que plusieurs autres auteurs classiques ont supprimé cette nullité absolue, ce qui a rendu la théorie classique très rigide. C'est cette rigidité de la théorie classique qui donne des arguments à la théorie moderne qui renouvelle complètement la théorie des nullités⁶⁹².

Conclusion de la section

152. Cette section a permis de montrer les incohérences de cette théorie qui assimile l'acte juridique à un organisme. – Elle a aussi permis de montrer que l'inexistence, prônée par la théorie classique, est contredite par le droit positif, comme on l'a soutenu dans la première hypothèse émise dans ce travail. Elle a enfin permis de montrer les divisions des auteurs classiques sur la nullité absolue. Ce qui a permis d'illustrer la troisième hypothèse émise dans ce travail, selon laquelle il n'y a pas de doctrine classique, mais des auteurs divisés.

Conclusion du chapitre

153. Telle qu'on la présente, ordinairement, la théorie classique est une théorie qui utilise la gravité du vice pour distinguer les nullités : c'est l'état du contrat qui détermine la nature de sa sanction. – Si cet état est grave, le contrat est sanctionné par l'inexistence ; si cet état n'est pas grave, le contrat vicié est sanctionné par l'annulabilité. Dans ce chapitre, il a été montré que cette théorie n'est ni cohérente, ni conforme au droit positif, car elle prévoit des cas d'inexistence dans sa classification qui sont contredits par le droit positif, même si, dans certains cas, cette inexistence est admise. Comme théorie générale des nullités, qui prétend fournir une distinction générale, elle ne reflète donc pas le droit

⁶⁹¹ M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 516.

⁶⁹² Ainsi pour Gaudet, « Paradoxalement, la théorie de l'inexistence prépare la voie à un retour en force de l'annulabilité » (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 314).

positif. Certes, il existe des inexistentes en droit des donations ou du mariage, mais ce principe n'est pas valable pour tous les contrats. Si la donation et le mariage étaient le droit commun, il faudrait dire que les règles qui contredisent l'inexistence sont une dérogation à ce droit commun qui admet l'inexistence. Or ce droit commun n'existe pas. Si bien que le critère général lié à l'état de l'acte ne peut ne pas proposer une distinction générale, conforme au droit positif.

154. C'est pour cette raison que d'autres auteurs classiques ont utilisé l'intérêt protégé, à côté de l'état de l'acte, en introduisant la nullité absolue fondée sur le but de la règle violée. – Cependant, ils n'ont pas été suivis par la majorité des auteurs du XIX^{ème} siècle. Tous les auteurs que l'on qualifie de classiques n'ont donc pas une position uniforme. Cette division est telle que l'on peut se demander s'il est pertinent de parler de « doctrine classique » en ce qui concerne ces auteurs, car les divergences sur les nullités absolues ne sont pas que des divergences sur la forme, mais de véritables divergences sur le fond. Ce qui est apparu dans la terminologie et la définition du vice grave aussi.

En conséquence, quoi qu'il en soit, la place limitée accordée à la nullité absolue, l'ignorance du critère lié à l'intérêt et la prépondérance de l'inexistence expliquent la rigidité de la théorie classique qui se manifeste par la limitation de la distinction des nullités à l'inexistence et à l'annulabilité. Ce qui peut expliquer la nécessité de reformer cette théorie classique pour y intégrer le critère lié au but de la règle violée. C'est ce que vont faire les modernes en proposant une nouvelle théorie des nullités, fondée sur le but de la règle violée.

CHAPITRE 2 : UNE IMPOSSIBILITE D'UNE THEORIE GENERALE DES NULLITES DUE AU CHOIX DU CRITERE LIE AU BUT DE LA REGLE VIOLEE

155. Dans la théorie classique des nullités, comme il vient d'être montré dans le chapitre précédent, c'était la gravité du vice qui servait de critère de distinction aux nullités. – Mais ce critère étant non conforme au droit positif, on s'est demandé s'il ne fallait pas chercher un autre critère de distinction des nullités qui corresponde à ce droit positif. Dès le début du XX^{ème} siècle, des auteurs ont cherché un critère de distinction, non plus dans l'acte vicié, mais dans la règle violée par l'acte. Selon que cette règle protège un intérêt général ou un intérêt privé, la nullité sanctionnant sa violation ne sera pas la même (Section I). Néanmoins, ce critère lié à l'intérêt protégé est apparu trop flou, et au surplus il ne reflète pas le droit positif non plus.

156. On a tenté, pour affiner ce critère lié au but de la règle ou du principe violé, de ne pas se limiter à l'opposition entre les règles d'intérêt général et les règles d'intérêt privé – Pour cela, on a cherché si la règle violée a un but équitable ou pas (Section II). Mais il sera montré dans ce chapitre que, comme l'état de l'acte, le but de la règle violée n'a pas pu offrir une distinction des nullités reflétant réellement le droit positif.

Section 1 : Les limites de l'intérêt protégé comme critère de distinction des nullités

Si l'intérêt protégé a été présenté par les auteurs modernes comme un remède à la rigidité de la théorie de l'état de l'acte (Sous-section 1), ce remède s'est vite révélé insuffisant pour permettre une distinction des nullités conforme au droit positif (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'intérêt protégé: un remède aux limites de l'état de l'acte dans la distinction des nullités

Comme il a été montré dans le chapitre précédent, l'état de l'acte n'est pas un critère fiable pour distinguer les nullités. D'où la nécessité, selon les modernes, de l'abandonner au profit du droit de critique dont les titulaires sont désignés par le but de la règle violée (§ 1) afin de procéder à la distinction des nullités (§ 2).

§ 1. Le rejet de l'état de l'acte au profit du droit de critique et de l'intérêt protégé

157. **Pour la formation du contrat, certaines conditions sont exigées à peine de nullité.** – Si ces conditions ne sont pas respectées, le contrat est vicié et donc annulable. Pour les tenants de la théorie de l'état de l'acte, la nullité réside dans cet état vicié, que le juge ne fera que constater. Cependant, pour les auteurs modernes, la nullité ne réside pas dans cet état. En effet, selon Japiot, « la nullité ne doit pas être considérée comme un **fait** ayant en soi sa valeur propre ; elle ne constitue pas une modalité, une **manière d'être de l'acte** juridique »⁶⁹³, c'est une réaction, et cette réaction c'est le droit de critique. C'est pour cette raison qu'il affirme qu'à « [...] la conception classique d'après laquelle la nullité consiste en

⁶⁹³ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, loc. cit., p. 933.

un état de l'acte [...] nous proposons d'en substituer une autre, celle du droit de critique [...] »⁶⁹⁴.

158. C'est ce droit de critique qui permettra à la théorie moderne des nullités de distinguer les nullités, et non la gravité du vice. – Pour permettre cette distinction, ce droit de critique se fonde lui-même sur le motif de la règle violée. Selon que cette règle protège l'intérêt général ou l'intérêt privé, ce droit de critique ne sera pas la même. Si cette conception existait déjà dans l'ancien droit et même au XX^{ème} siècle⁶⁹⁵, c'est chez Drogoul que Japiot l'a récupérée. Ainsi, pour Drogoul, il « [...] ne faut pas croire que la loi s'amuse à priver un acte de tous effets pour le seul plaisir de la logique abstraite. Si elle se résout à une décision aussi grave, c'est qu'elle a des motifs très puissants de le faire. Ce sont ces **motifs** qu'il convient de chercher »⁶⁹⁶.

C'est cette idée que reprend Japiot en estimant que c'est le « **motif** en vertu duquel la loi consacre la règle sanctionnée par la nullité [...] »⁶⁹⁷ qui doit déterminer le régime du droit de critique et non la gravité du vice. Position qu'adopte Lutzesco aussi et plusieurs autres auteurs contemporains⁶⁹⁸. En effet, comme l'ont montré F. Terré, Ph. Simler et Y. Liqueur, « la nature, le régime et éventuellement l'étendue de la nullité sont directement fonction de la finalité poursuivie par la règle méconnue »⁶⁹⁹. Par conséquent, on peut dire que c'est l'intérêt protégé par la règle violée qui sert de critère de distinction aux nullités dans la théorie moderne des nullités. D'où la nécessité d'étudier les implications de cet intérêt protégé dans la distinction des nullités.

⁶⁹⁴ Japiot a « jugé bon de ne pas faire œuvre purement destructive en ce qui concerne cette question de la nature de la nullité ; à la conception classique d'après laquelle la nullité consiste en un état de l'acte considéré in se, nous proposons d'en substituer une autre : celle d'un droit de critique » (*Idem*, p. 284).

⁶⁹⁵ Cf. *Supra*, n° 48.

⁶⁹⁶ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit. p. 229.

⁶⁹⁷ Ainsi, pour Japiot, « il faut pénétrer intimement le but de ces règles et leurs raisons d'être : il faut se demander ce que le législateur a voulu et pourquoi il l'a voulu, quels sont les intérêts dont il avait en vue de prendre la défense ; il faut rechercher les dangers auxquels le législateur a voulu parer [...] Guidé par ces considérations, on découvrira les formes spéciales que devront revêtir les nullités... afin de se modeler et de s'adapter de la manière la plus étroite aux règles qu'elles sanctionnent » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 167, 534 ; voir aussi M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, op. cit., tome V, p. 289).

⁶⁹⁸ Pour Lutzesco, « dans le Code Napoléon [...] la gravité de la sanction et sa nature juridique ne peuvent être dégagées qu'à travers le but qui a inspiré la rédaction de la loi » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 263).

⁶⁹⁹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Liqueur, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., p. 107. Pour Guggenheim aussi, « l'invalidité des actes juridiques devrait être analysée comme une sanction. Elle sanctionnerait l'inobservation de certaines règles, appelées condition de validité des actes juridiques, et assurerait cette sanction conformément au but de la règle violée [...] » (D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 11).

§ 2. Les implications de l'utilisation de l'intérêt protégé dans la distinction des nullités

La multiplication des différentes nullités chez Japiot a pour but de remédier aux rigidités de la théorie classique⁷⁰⁰. Mais dans cette entreprise, il sombre vite tombé dans l'excès inverse (A), ce qui a suscité des critiques de la part des autres auteurs modernes (B).

A. La présentation anarchique des nullités chez Japiot

159. Dans la théorie moderne, le critère de distinction des différentes nullités est l'intérêt protégé par la règle violée. – Ainsi « si le motif est d'ordre particulier on sera conduit à restreindre le cercle des ayants droit, et si le motif est d'ordre général, on sera conduit à l'étendre [...] »⁷⁰¹. Sans prononcer clairement les termes de nullité absolue et relative, Japiot les définit implicitement dans ce texte. La nullité sanctionnant une règle protégeant l'intérêt particulier serait relative ; celle sanctionnant une règle protégeant l'intérêt général serait absolue. Donc, il est possible de conclure que chez Japiot, il y a deux types de nullités qui sont distingués par le critère lié à l'intérêt protégé⁷⁰².

160. Toutefois, ce serait une grave erreur que de schématiser la pensée de Japiot de cette manière ; sa conception est beaucoup plus subtile. – Chez lui, les différentes nullités ne se limitent pas aux nullités absolues et relatives, puisque pour lui « les réalités objectives ne renferment pas la séparation des actes inefficaces en deux classes »⁷⁰³. En effet, c'est pour échapper aux rigidités de la théorie classique que Japiot ne définit pas, à l'avance, les différents types de nullités : tout dépend du motif particulier de la règle violée⁷⁰⁴. Il ne suffit pas de dire que la règle violée protège un intérêt général ou particulier ; il faut aussi regarder le motif spécifique de la règle violée, car « motif particulier et motif général sont des termes

⁷⁰⁰ Cf, *supra*, n° 148.

⁷⁰¹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 534.

⁷⁰² Ainsi pour Larombière, « En se plaçant au point de vue des intérêts que les prohibitions ou les commandements de la loi ont pour objet de protéger, on divise les nullités en plusieurs espèces. Les unes sont de droit public ou de droit privé, suivant qu'elles puisent leurs motifs dans des raisons d'ordre public ou d'intérêt privé. Elles sont [...] **absolues** ou **relatives** » (M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, op. cit., tome V, p. 287).

⁷⁰³ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 263.

⁷⁰⁴ Or pour Japiot, « motif d'ordre particulier et motif d'ordre général sont des termes qui ont une valeur purement relative » ; et il a ajouté que « Quant à savoir dans quelle hypothèse le fondement de la règle sera d'ordre général ou d'ordre particulier, il faut renoncer à résoudre la question exclusivement d'après des données objectives » (*Idem*, pp. 534, 535).

qui ont une valeur purement **relative** [...] les deux catégories comportent des degrés [...] les différences entre ces sous catégories seront telles qu'au fond il y aura la autant de **classes** qui méritent d'être opposées les unes des autres [...] »⁷⁰⁵.

161. Ainsi, comme il y a plusieurs motifs possibles de chaque loi, il doit y avoir aussi plusieurs types de nullités. – Or, la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives ne permet pas de rendre compte de cette diversité des motifs⁷⁰⁶. Ce qui le conduit, pour tenir compte de cette diversité, à dénombrer neuf types de nullités. Parmi ces nullités, on peut citer les nullités suivantes : 1° les « Nullités purement personnelles [...] »⁷⁰⁷ ; 2° les « Nullités ouvertes à une seule personne mais dépourvues de caractère exclusivement personnel »⁷⁰⁸ ; 3° les « Nullités relatives ouvrant l'exercice du droit de critique à plusieurs personnes à des titres différents [...] »⁷⁰⁹ ; 4° les « Nullités relatives ouvrant l'exercice du droit de critique à plusieurs personnes au même titre [...] »⁷¹⁰ ; 5° les « Nullités relatives généralisées [...] »⁷¹¹. En ce qui concerne les nullités d'intérêt général, il cite les nullités suivantes : 6° les « Nullités d'intérêt social... »⁷¹² ; 7° les « Nullités naturelles [...] »⁷¹³ ; 8° les « Nullités d'intérêt privé général [...] »⁷¹⁴ ; 9° les « Nullités absolues de caractère pénal [...] »⁷¹⁵.

162. Cette classification, qui est plutôt une typologie, a poussé Guggenheim à juger qu'avec Japiot, « l'on aboutirait ainsi non plus à une classification rigide et bipartite des invalidités, mais à une multitude de cas qui tiendraient compte de la complexité des situations [...] »⁷¹⁶. C'est donc la volonté d'éviter les rigidités des classifications des classiques qui explique cette souplesse chez lui. C'est aussi elle qui va le pousser à aller encore plus loin dans le sens de la souplesse. En effet, selon Japiot, même si la classification qui vient d'être citée est souple, on peut aller encore plus loin dans la souplesse. Pour cela, il suffit de combiner les nullités, qui viennent d'être citées entre elles, pour en trouver d'autres,

⁷⁰⁵ *Idem.*

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 866.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 537.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 542.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 551.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 557.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 564.

⁷¹² *Ibid.*, p. 590.

⁷¹³ Ce sont des nullités qui sont proches de l'inexistence, car elles sont prononcées quand le contrat est « matériellement impossible [...] le cas le plus net est celui de l'impossibilité matérielle de l'objet » (*Ibid.*, pp. 602, 603).

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 611.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 619.

⁷¹⁶ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 12.

car la classification des neuf types de nullités ne doit pas être « [...] une **classification rigide** [...] »⁷¹⁷. Ce qui peut expliquer la nécessité d'« [...] abandonner le cadre trop rigide des deux solutions classiques, pour admettre des **catégories plus nombreuses** et susceptibles de se **combinaient** entre elles »⁷¹⁸. Mais à force de vouloir critiquer les systématisations rigides des classiques, Japiot ne risque-t-il pas de tomber dans l'excès inverse : la casuistique⁷¹⁹ ? C'est pour éviter ce risque que d'autres auteurs modernes sont intervenus, avec Gaudemet, pour critiquer les classifications de Japiot.

B. La critique de la présentation anarchique des nullités par les autres auteurs du XX^{ème} siècle

163. A la fin de sa classification, Japiot explique « combien différentes sont les multitudes de catégories des nullités, soit absolues, soit relatives [...] les deux types classiques de l'inexistence et de la nullité relative sont loin de répondre à tous les besoins »⁷²⁰. Cependant, ce rejet de la simple opposition entre la nullité absolue et la nullité relative, qui risque de mener à la casuistique, n'a pas été suivi par Gaudemet, le directeur de thèse de Japiot. Pour lui, il faut conserver une distinction analogue à celle de la théorie classique : la nullité absolue et la nullité relative⁷²¹. Aussi, a-t-il estimé : « nous conservons une distinction analogue [à celle des classiques], mais en la fondant sur une idée différente, **celle du but de la règle** qui n'a pas été observée [...] si la règle violée était d'intérêt général [...] nous pourrions parler [...] de nullité absolue. Si elle était d'intérêt particulier [...] la nullité est relative »⁷²².

Ce qui montre que, contrairement à Japiot, Gaudemet n'a pas rejeté la distinction entre la nullité absolue et de la nullité relative, même s'il a tenu compte de la présentation souple de

⁷¹⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 536. C'est pour cela que Guggenheim a estimé qu'avec la théorie moderne « il s'agirait, dans chaque cas, de déterminer l'intérêt à la base de l'élément de validité manquant. L'on aboutirait ainsi non plus à une classification rigide et bipartite des invalidités, mais à une multitude de cas qui tiendraient compte de la complexité des situations que régissent les règles sur l'invalidité des actes juridiques » (D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 12).

⁷¹⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 532.

⁷¹⁹ Cf. *Infra*, n° 681.

⁷²⁰ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 634.

⁷²¹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 166.

⁷²² Mais Gaudemet a tenu à se distinguer des classiques de son côté, en précisant que « [...] l'analogie des deux théories s'arrête là ; en effet, tout d'abord, dans chacune des deux catégories, le cercle des attributaires du droit de critique est plus ou moins étendu, suivant les caractères de la règle violée » (*Idem*, p. 166).

Japiot⁷²³. Toutes ces divergences montrent, comme on l'a soutenu dans la troisième hypothèse de ce travail, qu'il n'y a pas de doctrine moderne, mais des auteurs. Cette divergence sur la distinction, entre la nullité absolue et la nullité relative, ne peut s'expliquer que par le fait que ces auteurs ne se réfèrent pas au droit positif, ce qui fait que chacun donne sa propre distinction. C'est cette non-conformité au droit positif qui sera illustrée dans la sous-section suivante.

Sous-section 2. Les insuffisances de la distinction des nullités dans la théorie moderne

L'intérêt protégé et le droit de critique, qu'il permet de préciser, ne sont pas des critères de distinction des nullités qui valent mieux que l'état de l'acte. Ce qui fait que les distinctions des nullités, proposées par les modernes du moins chez Gaudemet, ne valent pas mieux que celles des classiques, car elles sont fondées sur un critère imprécis (§ 1). C'est pour cette raison que ces auteurs modernes ont eux-mêmes fait appel à l'état de l'acte, qu'ils avaient pourtant rejeté, car le droit de critique est insuffisant pour distinguer les nullités (§ 2).

§ 1. L'intérêt protégé : un critère imprécis

Pendant longtemps, l'ordre public a été assimilé à l'intérêt général, ce qui a conféré au critère de l'intérêt protégé une certaine précision dans la distinction des nullités. En effet, il suffisait qu'un contrat viole une règle d'ordre public pour que sa nullité fut absolue (A). Mais après le divorce entre l'ordre public et l'intérêt général, ce critère de l'intérêt protégé est devenu très imprécis (B).

A. L'assimilation de l'ordre public à l'intérêt général : un facteur de précision du critère lié à l'intérêt protégé

La précision du critère de l'intérêt protégé a été longtemps due au fait que l'ordre public ne se distinguait pas de l'intérêt général. Ce qui n'a pas toujours été le cas, car à Rome, cet ordre

⁷²³ *Ibid*, p. 167.

public ne se confondait pas avec l'intérêt général (I) ; cette confusion est née dans l'ancien droit (II) et elle s'est perpétuée après (III).

I. Le rapport entre l'intérêt général et les lois d'ordre public à Rome

164. Dans le droit romain, le terme ordre public n'existait pas ; on parlait plutôt du *ius publicum*. – Ce terme voulait dire loi de droit public, car cette loi jouait la même fonction que l'ordre public⁷²⁴. C'est ce que montre *Papinien* quand il écrit « *ius publicum priatorum pactis maturi non potest* »⁷²⁵. D'ailleurs, l'article 6 C. civ. s'est largement inspiré de cette affirmation. Donc on peut dire qu'à Rome, *us publicum* voulait dire ordre public. Au demeurant, *Ulpien*, en opposant ce *ius publicum* qui visait l'intérêt général au *ius privatum* qui concernait l'intérêt particulier, l'atteste⁷²⁶.

Ce qui peut laisser entendre que le *ius publicum* représenterait l'ordre public et donc l'intérêt général. Mais *Cicéron* a estimé qu'à côté du *ius publicum* il y avait aussi les *leges* qui font partie de l'ordre public. Or ces *leges* représentaient toutes les lois⁷²⁷. Ce qui revient à assimiler l'ordre public à toutes les lois romaines, qu'elles fussent d'intérêt privé ou d'intérêt public. Aussi, a-t-on estimé que « L'ordre public romain s'identifie donc à **l'ensemble des prescriptions légales, *ius publicum* et *leges***. Il s'agit finalement de **l'ordre juridique** largement entendu [...] »⁷²⁸. C'est sans doute pour cette raison que Paul a affirmé qu'« On ne peut faire un pacte contraire ni aux lois ni aux bonnes mœurs »⁷²⁹, sans préciser si ces lois étaient d'ordre public ou pas⁷³⁰. Ce qui prouve qu'à Rome, l'ordre public ne visait pas que les lois d'intérêt général ; il visait aussi les lois d'intérêt privé. Ce qui ne sera pas le cas dans l'ancien droit français où on distingue les lois d'ordre public, qui visent l'intérêt général, des autres lois en général.

⁷²⁴ **D. Deroussin**, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 376.

⁷²⁵ traduction : On ne peut modifier le droit public par des conventions particulières. (*Idem*, p. 376).

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 377.

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ traduction : « *Neque contra leges, neque contra bonos mores pacisci possumus* ».

⁷³⁰ Paul, *Sententiarum*, 1, 1, 4.

II. L'assimilation de l'intérêt général à l'ordre public dans l'ancien droit

165. Au moyen-âge, le développement du consensualisme a pour conséquence le principe du respect de la parole donnée. — Mais pour St Augustin, ce respect de la parole peut être limité par le **bien commun** que l'on peut assimiler à l'ordre public actuel⁷³¹. Quant à *Bartoli*⁷³², sans parler de l'ordre public, il a évoqué l'*utilitas publica* en l'opposant à l'*utilitas privata*⁷³³.

166. Dans l'ancien droit français, cet ordre public est rattaché à l'autorité monarchique à laquelle tous les contrats étaient soumis⁷³⁴. — Ce qui assimile cet ordre public à l'intérêt général, même si on ne désignait pas ce concept sous le nom d'ordre public. Il est revenu à Domat d'être un des premiers à utiliser l'expression ordre public, en estimant qu'on ne doit rien faire « [...] en son particulier qui blesse l'**ordre public** »⁷³⁵. Pour Domat, cet ordre public c'est « l'ensemble des règles fondées sur l'utilité publique »⁷³⁶ ou sur « l'ordre de la société »⁷³⁷. D'où une assimilation de l'ordre public à l'intérêt général ici, comme l'a illustré, au demeurant, Douno pour qui « les nullités sont absolues parce qu'elles ont pour cause une prohibition fondée sur l'**intérêt public** »⁷³⁸. Cet intérêt public, qui est assimilé à l'ordre public et à l'intérêt général, est le même que l'utilité publique chez Domat. D'Argentré aussi procède à la même assimilation⁷³⁹.

Cette assimilation de l'ordre public à l'intérêt public rend le critère lié à l'intérêt protégé plus précis dans la théorie des nullités. En effet, dès lors qu'un contrat viole l'ordre public, on sait que sa nullité est absolue, sans s'interroger sur la nature de l'intérêt protégé par la règle

⁷³¹ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 382 ; J. C. carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 141.

⁷³² S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 302.

⁷³³ Dans le droit français, la formule « *Convenance vaint loi* » ne limite pas cette soumission de la parole donnée à l'ordre public, car pour Bouhier, elle ne veut pas dire que « la disposition de l'homme soit plus noble que celle de la loi » Cette formule veut tout simplement dire que la loi laisse une large liberté à l'homme, mais dans le respect de l'ordre public. (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., pp. 382 et s, 389).

⁷³⁴ *Idem*, p. 385.

⁷³⁵ Texte cité par D. Deroussin (*Ibid*).

⁷³⁶ Texte cité par D. Deroussin (*Ibid*, p. 386).

⁷³⁷ J. C. carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 140.

⁷³⁸ Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 47.

⁷³⁹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 168 ; *Voir aussi* : Quant à Bouhier, selon Hartemann, il ne parle pas d'intérêt public, mais de cause publique, car pour lui, si la nullité « est fondée sur une cause publique, la nullité doit être absolue [...] elle n'est que respective si prohibition n'a pour fondement qu'une cause privée » (: E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 140).

violée, parce que cet intérêt est présumé général⁷⁴⁰. Cette assimilation continue au XIX^{ème} siècle.

III. L'assimilation de l'intérêt général à l'ordre public après le code civil

167. L'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 évoque l'ordre public, mais sans dire clairement si toutes les lois sont d'ordre public ou s'il ne faut accorder ce qualificatif qu'aux lois visant l'intérêt général. – Pour le tribun Andrieux, lors de l'adoption du Code civil, toutes les lois sont d'ordre public⁷⁴¹. Ce qui faisait que pour lui, on ne pouvait pas assimiler l'ordre public à l'intérêt général. Cependant, Portalis, allant contre cette position, limite le qualificatif d'ordre public aux lois qui visent l'intérêt général, à l'exclusion de celles qui protègent l'intérêt particulier⁷⁴². C'est pour cette raison que, dans la première version de l'article 6 C. civ., il était prévu que « la contravention aux lois qui intéressent le public ou les bonnes mœurs ne pourra être couverte par des conventions, ni par des fins de non-recevoir »⁷⁴³. Ce qui prouve que dans ce texte, l'atteinte à l'ordre public était une atteinte à l'intérêt général, car la nullité, ici, était absolue, puisque non confirmable⁷⁴⁴. Aussi, a-t-on estimé que « de nombreux auteurs marchent dans les pas de Portalis et excluent de l'ordre public [...] les règles relatives seulement à des intérêts particuliers »⁷⁴⁵.

168. Ce qui revient à assimiler l'ordre public à l'intérêt général. – Même si Larombière ne partage pas cette position, car pour lui « [...] il ne faut pas confondre avec l'ordre public, l'intérêt général »⁷⁴⁶, presque tous les autres auteurs du XIX^{ème} siècle, et même certains du début du XX^{ème} siècle, assimilent l'ordre public à l'intérêt général. Tel est le cas de Marcadé,

⁷⁴⁰ *Idem*, p. 192.

⁷⁴¹ Texte cité par D. Deroussin (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 392).

⁷⁴² *Idem*

⁷⁴³ *Ibid*

⁷⁴⁴ *Ibid*

⁷⁴⁵ *Ibid*, p. 396.

⁷⁴⁶ M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, op. cit., tome V, p. 287.

Demolombe, Beudant et même de Planiol pour qui une disposition est d'ordre public « toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'**intérêt général** [...] »⁷⁴⁷.

169. Cette assimilation de l'ordre public à l'intérêt général rend le critère lié à l'intérêt protégé plus précis. – Mais cet ordre public finit par divorcer d'avec l'intérêt général, ce qui rend le critère de distinction des nullités, utilisé par la théorie moderne, plus flou.

B. Le divorce entre l'ordre public et l'intérêt général : un facteur d'imprécision du critère lié à l'intérêt protégé

L'affaiblissement de la théorie de l'autonomie de la volonté a été la cause du divorce entre l'ordre public et l'intérêt général (I), ce qui rend le critère, lié à l'intérêt protégé, imprécis dans la distinction des nullités (II).

I. La cause du divorce entre l'ordre public et l'intérêt général : l'affaiblissement de la théorie de l'autonomie de la volonté

Si l'apogée de la théorie de l'autonomie de la volonté a correspondu au triomphe de la liberté contractuelle (1), son déclin a correspondu au triomphe du concept d'ordre public, au point de le diluer (2).

1. La théorie de l'autonomie de la volonté et le triomphe de la liberté contractuelle

170. La théorie de l'autonomie de la volonté veut que le fondement de la force obligatoire du contrat soit la volonté⁷⁴⁸. – On est tenu parce qu'on l'a voulu. C'est la traduction laïque

⁷⁴⁷ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 397. Ainsi pour Planiol, « En un certain sens toutes les lois intéressent la collectivité, puisqu'elles donnent la solution qui a paru juste ou opportune [...] Cependant il est des cas où on peut laisser aux intéressés et à leur proches le soin de se défendre, il n'y a lieu d'ouvrir l'action en nullité à d'autres que quand la société est intéressée [...] » (M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 372).

⁷⁴⁸ Ce concept est né dans un contexte où la majeure partie des contrats étaient signés entre particuliers. Ce qui faisait que les parties étaient égales. (M. Vasseur, « Un nouvel essor du concept contractuel : Les aspects de l'économie concertée et contractuelle », *RTD Civ*, p. 5 et s ; Voir aussi : A. Popovici, « Les contrats d'adhésion :

du principe canonique du respect de la parole donnée. La première conséquence de ce principe est la force obligatoire du contrat pour les parties. Cette force obligatoire du contrat résultant de la volonté, chaque partie doit avoir la liberté de contracter, car en l'absence d'une telle liberté, aucune volonté ne peut exister⁷⁴⁹. C'est pour cette raison que la liberté contractuelle est le pilier de la théorie de l'autonomie de la volonté.

Cette liberté contractuelle a été reconnue très tôt par la loi du 23 juillet 1790, qui supprime le retrait lignager, en permettant le libre choix du cocontractant. Quant au décret d'Allarde de 1791, il établit la liberté de commerce et donc la liberté de contracter. L'article 1 de loi du 5 thermidor an IV aussi est allé dans le même sens en disposant que « chaque citoyen sera libre de contracter comme bon lui semblera »⁷⁵⁰. Cette liberté contractuelle peut aussi résulter d'une interprétation *a contrario* de l'article 6 C. civ.

Selon les auteurs, ayant professé la théorie de l'autonomie de la volonté, pour que cette liberté soit effective, il ne faut pas que la loi intervienne trop pour la limiter. C'est ce qu'aurait affirmé Portalis, en estimant que la loi « gouverne mal si elle gouverne trop »⁷⁵¹. Quant à Accolas, il n'hésite pas à fustiger l'« omnipotence du législateur »⁷⁵² dans le contrat. Pour lui, une intervention pour réglementer les contrats risque de mettre en place un régime de protection analogue à celui des personnes incapables. Or, il pense que « la pire illusion serait de s'imaginer [...] que, pour les individus majeurs, il existe, en définitive, un autre régime que celui de la liberté, même avec ses imperfections et avec ses périls »⁷⁵³.

171. Toutefois, cette liberté, tant célébrée au XIX^{ème} siècle, peut pousser une personne à contracter contre ses intérêts, même si elle est capable de discernement. – Dans ce cas, le législateur ne doit-il pas intervenir pour rétablir l'équilibre ? Fouillée, disciple de Kant, estime que cette intervention n'est pas nécessaire, car « qui dit contractuel, dit juste »⁷⁵⁴. Toutefois, cette affirmation est fondée sur un postulat qui est critiquable. On postule que les parties,

un problème dépassé ? », in *Mélanges en l'honneur de Louis Baudouin*, Montréal : PU de Montréal, 1974, p. 161 et s ; P.-A. Crépeau, « Contrat d'adhésion et contrat type », in *Mélanges en l'honneur de Louis Baudouin*, Montréal : PU de Montréal, 1974, p. 67 et s).

⁷⁴⁹ V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Préf. J.-P. Lévy, op. cit., pp. 9 et 10 ; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats : Journées René Savater, Poitiers* : PUF, 1986, p. 41 et s ; S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. LOQUIN, Paris : Litec, 2006, p. 19, n° 30.

⁷⁵⁰ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 393.

⁷⁵¹ *Idem*, p. 394.

⁷⁵² *Ibid*, p. 399.

⁷⁵³ Texte cité par D. Deroussin (*Ibid*).

⁷⁵⁴ A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Paris : Hachette, 1929, p. 410 ; R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^è éd, Paris : Dalloz, 2010, p. 18.

ayant décidé volontairement, elles ne peuvent décider contre leurs intérêts. Or, les parties ne décident pas toujours volontairement, surtout si une des parties est en position de force. En effet, les forces étant inégales, la partie la plus forte pourrait imposer sa volonté à l'autre. Ce qui met en cause le mythe de la liberté contractuelle sur lequel est fondée l'autonomie de la volonté. D'où la nécessité, pour le législateur, d'intervenir pour rétablir l'équilibre, car, comme l'a rappelé Lacordaire, entre le fort et le faible, c'est la loi qui libère et c'est « la liberté qui asservit »⁷⁵⁵. Cette intervention, qui a mené l'autonomie de la volonté à son déclin, a pris la forme des lois d'ordre public auxquelles les parties ne pouvaient pas déroger⁷⁵⁶.

2. Le déclin de l'autonomie de la volonté et le triomphe de l'ordre public chez Gounot

172.L'ordre public a toujours existé pour limiter la liberté contractuelle (article 6 C. civ.). – Mais cet ordre public était très restreint⁷⁵⁷. En effet, avec la théorie de l'autonomie de la volonté, l'ordre public ne devait intervenir que de façon marginale⁷⁵⁸. Selon cette théorie, les règles de justice contractuelle ne doivent pas faire partie des règles d'ordre public ; elles doivent plutôt être rattachées aux règles protectrices de la volonté. Ainsi, comme l'ont affirmé Aubry et Rau, il y a des « dispositions légales qui, bien que fondées sur un motif d'utilité générale, n'ont cependant pour objet que la protection d'intérêts privés, sans toucher à l'ordre public »⁷⁵⁹ dans « [...] le sens le plus élevé du mot »⁷⁶⁰.

Cependant, Gounot a eu pour objectif de mettre en cause cette conception, qui vise à exclure toutes les règles protectrices de l'ordre public, pour la remplacer. Ainsi fustige-t-il cette conception individualiste du XIX^{ème} siècle, selon laquelle, toutes les règles de justice dans le contrat « [...] ont leur principe et leur fin dans les droits subjectifs de l'individu, beaucoup plus que dans des principes de justice supérieure ou **d'intérêt social** »⁷⁶¹. Pour lui, les règles

⁷⁵⁵ *Idem*, p. 20 ; H.-D. Lacordaire, 45e conférence de Notre-Dame, du 16 avril 1848.

⁷⁵⁶ Même Portalis a estimé que la liberté contractuelle sera limitée par le scrupule, la justice et l'ordre public. (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., pp. 375 et 395).

⁷⁵⁷ Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris : Pichon, tome I., 1892-1903, p. 185; M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 374; D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 398.

⁷⁵⁸ *Idem*, pp. 376, 397, 398.

⁷⁵⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 612.

⁷⁶⁰ *Idem*.

⁷⁶¹ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., p. 99.

de justice contractuelle doivent être rangées parmi les règles d'ordre public⁷⁶². Pour cela, il « suffirait de jeter un coup d'œil sur l'histoire pour se convaincre que les lois sur l'usure et sur les taux d'intérêt sont bien moins, comme on le répète, des protections accordées à la volonté des emprunteurs que des règles objectives de justice »⁷⁶³. Ainsi, avec Gounot, Saleilles⁷⁶⁴, Demogue⁷⁶⁵ et Japiot, l'ordre public cesse d'être une simple exception, qui n'agissait qu'en marge pour limiter la liberté contractuelle, pour devenir « la condition première »⁷⁶⁶ de l'exercice de cette liberté⁷⁶⁷.

Toutefois, après cette augmentation du champ de l'ordre public, qui ne concerne plus exclusivement les règles d'intérêt général⁷⁶⁸, la définition de cette notion d'ordre public est devenue très difficile. En effet, comme l'a montré Gounot, cette question est devenue « l'une

⁷⁶² D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 398.

⁷⁶³ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., p. 100. On rencontre la même position chez Japiot aussi pour qui « le règne des tendances **solidaristes**, et la prépondérance de l'idée d'une réglementation coactive à imposer dans les rapports de classes sociales, amèneront à ériger dans un plus grand nombre d'hypothèse l'intérêt individuel en intérêt social, et à considérer **l'ordre public** comme atteint si l'individu qui appartient à la classe protégée prétend renoncer à cette protection » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 315).

⁷⁶⁴ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 399.

⁷⁶⁵ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris : Arthur Rousseau, tome I, 1923, p. 31; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris : Arthur Rousseau, tome VI, 1931, p. 9.

⁷⁶⁶ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 399 ; G. Farjat, *L'ordre public économique*, préface de Goldman, : L. G. D. J. 1963.

⁷⁶⁷ V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Préf. J.-P. Levy, op. cit., p. 139; B. Waltz, *La notion de dol dans la formation des contrats : Essai d'une nouvelle théorie*, op. cit., n° 4.

⁷⁶⁸ Ce développement excessif de l'ordre public pour corriger les excès de l'autonomie de la volonté, risquait de créer un dirigisme dangereux, pour une économie capitaliste (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit. p. 38; Voir aussi : P. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Univ Paris : th doc, 1953). C'est pour trouver un juste milieu que des auteurs comme D. Mazeaud, inspirés par Demogue, ont cherché « une voie médiane entre un libéralisme sauvage et béat et un socialisme dirigiste et bigot, en vertu de laquelle l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel » (D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit : Mélanges Michel Cabrillac*, Paris : Dalloz-Litec, 1999, p. 603 et s; D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, Paris : Economica, 2004, p. 57 et s ; Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris : Arthur Rousseau, tome VI, op. cit., n°3). Cette voie médiane, selon C. Jamin, c'est « le **solidarisme** [qui n'est pas] une vision naïve de la société destinée à promouvoir un quelconque amour fraternel [...] l'objectif n'est pas de placer les deux contractants sur le même plan pour les rendre solidaires l'un de l'autre, mais de faire en sorte que le plus puissant d'entre eux ne puisse pas priver l'autre de ses droits issus du contrat. C'est donc bien à un travail de rééquilibrage auquel se livrent les auteurs plus ou moins influencés par le solidarisme » (C. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, Paris : Economica, 2004, p. 159 et s ; C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 441. ; P. Mazet, « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel*, Paris : Economica, 2004, p.13 et s. ; P. Rémy, « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, Paris : Economica, 2004, p. 3 et s., spéc. p. 3). Ce qui crée une crise du contrat, car on ne peut pas encore dire avec précision si le contrat est fondé sur l'autonomie de la volonté, le dirigisme lié à l'ordre public ou le solidarisme. (H. Batiffol, « La crise du contrat et sa portée », *Arch. philo. droit*, Tome XIII, 1968, p. 13 et s). C'est pour cela que d'autres auteurs ont cru découvrir le nouveau fondement de la force obligatoire du contrat non plus dans le solidarisme, mais dans la confiance légitime (V. Edel, *La confiance en droit des contrats*, Univ Montpellier : th doc, 2005; P. Lockiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes légitimes », D. 2007. 321). Voir même dans le juste et l'utile chez Ghestin (R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^e éd, op. cit., p. 28).

des questions les plus confuses et les plus désespérément obscures de tout notre droit : vrai cauchemar des juristes »⁷⁶⁹. Quant à Capitant, il affirme que « Les auteurs ont essayé de [...] définir la notion d'ordre public ; mais toutes leurs tentatives sont demeurées vaines [...] »⁷⁷⁰. Ce qui pousse à se demander, si pour régler cette difficulté, il ne faudrait pas dissocier l'ordre public de l'intérêt général, car la confusion résulte de l'association au sein de ce concept d'ordre public des règles d'intérêt privé et d'intérêt général.

173. Plusieurs auteurs ont cherché à dissocier l'ordre public de l'intérêt général. – Ainsi, pour Guggenheim, « intérêt général et ordre public semblent être des notions différentes »⁷⁷¹. Chevallier répète la même chose, en estimant que « l'intérêt général, qui justifie une nullité absolue [...] ne se confond pas avec l'ordre public »⁷⁷². Toutefois, si l'ordre public ne se confond plus avec l'intérêt général, il n'en reste pas moins qu'il recèle une part d'intérêt général. Par conséquent, on ne peut pas distinguer totalement l'ordre public de l'intérêt général. Au fond, il est nécessaire de reconnaître qu'il y a deux ordres publics : l'un d'intérêt général, l'autre d'intérêt privé. Ce qui risque de rendre imprécis le critère de distinction des nullités dans la théorie moderne des nullités.

II. Les effets du divorce entre l'ordre public et l'intérêt général : l'imprécision du critère de distinction des nullités dans la théorie moderne

Si le divorce entre l'ordre public et l'intérêt général a rendu nécessaire la distinction entre l'ordre public de protection et de direction (1), cette distinction a pour résultat de rendre le

⁷⁶⁹ Ainsi pour Gounot, « quoi de plus insaisissable de plus troublant que cette fameuse notion de lois d'ordre public » Pour lui, il faut « demander une définition de l'ordre public au dictionnaire de l'académie » (E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., pp. 89, 90, 91).

⁷⁷⁰ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandiere, op. cit., n° 12. ; C'est ce qui a poussé Carbonnier à dire que « La notion d'ordre public ne se laisse enfermer ni dans une définition ni dans une énumération. L'idée générale est celle d'une suprématie de la société sur l'individu » (J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 134). Japiot aussi semble aller dans le même sens, en estimant que « l'ordre public, il faut l'avouer, doit une partie de sa majesté au mystère qui l'environne ; pratiquement, sa supériorité s'est manifestée surtout par ce fait qu'il est resté toujours au-dessus des efforts tentés par les jurisconsultes pour le définir » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 302).

⁷⁷¹ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 20.

⁷⁷² M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 516.

critère de distinction, lié à l'intérêt protégé, très imprécis dans la théorie moderne des nullités⁷⁷³ (2).

1. Un divorce ayant rendu nécessaire la distinction entre l'ordre public de direction et de protection

174. Comme ordre public ne signifie plus intérêt général, il est nécessaire de distinguer l'ordre public, qui porte sur l'intérêt général, des autres. – Plusieurs auteurs attribuent cette distinction à Carbonnier. Ainsi, pour le Doyen Carbonnier, il y a « l'ordre public politique »⁷⁷⁴, qui concerne exclusivement l'intérêt général, et « l'ordre public économique »⁷⁷⁵. Dans cet ordre public économique, l'intérêt général et l'intérêt particulier peuvent cohabiter. Pour surmonter cette confusion des intérêts, le Doyen Carbonnier aurait proposé de diviser cet ordre public économique en deux branches : l'ordre public de direction et l'ordre public de protection⁷⁷⁶. L'ordre public de direction protégeant l'intérêt général et l'ordre public de protection protégeant l'intérêt particulier. Il y a un consensus doctrinal pour attribuer la paternité de cette distinction au Doyen Carbonnier. Ainsi, pour M. Cumyn, « Plusieurs auteurs, à la suite du doyen Carbonnier, s'appuient sur une opposition entre les idées de protection et de direction »⁷⁷⁷. Pour Farjat aussi, l'ordre public de direction et de protection est une invention de Carbonnier⁷⁷⁸.

175. Cependant, cette distinction avait déjà été esquissée au début du XX^{ème} siècle. – En effet, Capitant parlait déjà de l'ordre public économique, sans le nommer, en distinguant l'ordre public qui protège les locataires et les parties en position de faiblesse de l'ordre public relatif à la fixation des prix par l'Etat⁷⁷⁹. Japiot aussi parlait de deux types d'ordre public⁷⁸⁰. Il critiquait même les classiques, parce qu'ils ne distinguaient pas les différents types d'ordre public, alors qu'il « paraît impossible de ne pas appliquer cette distinction à la théorie des

⁷⁷³ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, Paris: LGDJ, 2004, n° 1022 s.

⁷⁷⁴ J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 135.

⁷⁷⁵ *Idem*, p. 136.

⁷⁷⁶ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 931.

⁷⁷⁷ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 241.

⁷⁷⁸ *Idem*, p. 148.

⁷⁷⁹ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., n° 13.

⁷⁸⁰ Japiot parle de « manifestations très atténuées d'une notion large de l'ordre public, certaines manifestations d'un ordre public de degré inférieur » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 612).

nullités, et de méconnaître l'existence de nullités d'intérêt privé général, en les confondant, comme le fait la doctrine classique, sous le nom trop vague de nullité d'ordre public, avec les nullités d'intérêt social »⁷⁸¹. Ce qui prouve que la distinction des ordres publics avait déjà été esquissée avant le Doyen Carbonnier, même s'il lui est revenu de théoriser cette distinction. Mais cette distinction, de l'aveu même du doyen Carbonnier, a eu pour conséquence de rendre imprécis le critère de distinction des nullités dans la théorie moderne.

2. Une distinction entre l'ordre public de protection et de direction ayant rendu le critère de l'intérêt protégé imprécis

La distinction entre l'ordre public de protection et de direction rend le critère lié à l'intérêt protégé très imprécis. Cette imprécision s'est manifestée dans la difficulté à distinguer l'intérêt général de l'intérêt privé. Ce qui a justifié des critiques contre la théorie moderne des nullités (a). Ces critiques elles-mêmes ayant poussé certains auteurs à chercher des remèdes à cette imprécision (b).

a. Les manifestations de l'imprécision de l'opposition entre intérêt général et intérêt particulier : la difficulté de distinguer la nullité absolue de la nullité relative

176. L'homme qui vit en société a ses propres intérêts qui sont distincts de ceux de cette société⁷⁸². – Mais, ces deux intérêts ne sont pas forcément antinomiques. L'intérêt de la société peut se confondre avec l'intérêt de ses membres. Le bon fonctionnement d'une société va dans le sens de l'intérêt de ses membres. De même, une bonne protection des membres d'une société va dans le sens de l'intérêt de cette dernière, puisque son but est d'assurer la cohésion en son sein. Donc, il paraît très difficile de distinguer ces deux types d'intérêt, d'autant qu'ils ne sont pas toujours en opposition. En effet, comme l'a montré Chevallier,

⁷⁸¹ Mais Japiot n'est pas aussi tranché, car il est retombé dans la casuistique, en estimant que « la considération d'une protection désirable à accorder à cet intérêt sociale supérieur ne pourra guère avoir inspiré seul le législateur ; il s'y sera mêlé des considérations [...] d'une protection à accorder à certains intérêts individuels : tout cela en des proportions variables [...] chaque règle et chaque nullité ne seraient d'ordre public que dans certaines mesures » (*Idem*, p. 302).

⁷⁸² Ainsi R. Szmankiewicz et J. Bouineau ont-ils donné comme exemple de loi protégeant l'intérêt général, la loi du 8 avril 1898, protégeant les sources d'eau potable ; la loi du 31 décembre 1913 sur le classement des monuments historiques. (R. Szmankiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^e éd, op. cit., p. 563).

« [...] intérêt public et intérêt privé ne s'excluent pas. La protection légale des intérêts privés s'inspire d'une certaine conception du bien commun [...] »⁷⁸³.

177.Or, la distinction entre l'ordre public de protection et de direction est fondée sur l'opposition entre l'intérêt général et l'intérêt particulier. — En effet, l'ordre public de direction concerne l'intérêt général et l'ordre public de protection, l'intérêt privé. Mais ces deux intérêts peuvent se confondre dans ces deux ordres publics. Cette confusion s'illustre parfaitement dans les dispositions du droit de la consommation et du travail. Pour J. Ghestin, certes, il s'agit d'un ordre public de protection dans ces droits, mais, il ne s'agit pas d'un intérêt particulier, puisque « [...] la protection du contractant plus faible, serait liée à une certaine conception des rapports sociaux, qui aurait pour but d'éviter dans l'**intérêt général** l'abus de puissance économique [...] »⁷⁸⁴. Ce qui montre l'imprécision de l'intérêt protégé dans l'ordre public de protection, car il est difficile d'établir une relation entre l'intérêt particulier et l'ordre public de protection.

La Cour d'appel de Paris a illustré cette difficulté dans un arrêt du 18 mai 1977⁷⁸⁵. La même difficulté s'est reproduite avec l'interprétation de l'ordonnance du 30 décembre 1958 qui prohibe certaines clauses d'indexation se référant au SMIC. Cette ordonnance a pour but de prévenir l'inflation⁷⁸⁶ -intérêt général-, même si accessoirement elle protège aussi les emprunteurs -intérêt particulier-. Or, pour la Cour de cassation, la violation de cette disposition doit être sanctionnée par une nullité relative⁷⁸⁷. Dans un autre arrêt du 25 mars 1974, la Cour de cassation a estimé qu'une disposition d'ordre public, même établie dans l'intérêt d'une des parties, peut être invoquée par toutes les parties, ce qui revient à

⁷⁸³ Ainsi pour H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas en parlant de l'intérêt protégé « Ce critère n'est pas, d'ailleurs parfait, car de nombreuses dispositions visant la protection d'intérêts privés intéressent cependant l'ordre public, celles concernant les incapables notamment » (H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 283).

⁷⁸⁴ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 928.

⁷⁸⁵ Dans cette affaire, la Cour a estimé que la violation de l'article 48 CPC, qui prohibe toute clause d'attribution de compétence territoriale si l'une des parties est non commerçante, est sanctionnée par la nullité relative. Bien que d'ordre public, la Cour d'appel de Paris a estimé que le commerçant ne peut se prévaloir de la nullité de cette clause, puisqu'elle a été instituée dans l'intérêt du non commerçant (Paris, 18 mai 1977 : J. C. P. 1978. II. 18877, note J. A.); **Contra** : Solution que rejettera la Cour de cassation plus tard (Cass. Com., 28 juin 1983, Bull. civ., IV, n° 189, p. 163).

⁷⁸⁶ Cette prohibition vise à éviter de paralyser la revalorisation annuelle du SMIC au mois de juillet, car cette revalorisation vise à accroître le pouvoir d'achat des salariés. Or permettre aux contractants d'indexer leur prix sur cette évolution du SMIC, va rendre inefficace l'augmentation du salaire, puisque le prix augmente en même temps que le salaire. Ce qui correspond à une des caractéristiques de l'inflation, c'est justement contre cette inflation que cette ordonnance entend lutter. Or cette lutte relève de l'intérêt général.

⁷⁸⁷ Cass. Civ. 3^e, 13 décembre 1978 et 12 juin 197779, J. C. P. 1981. II. 19494, note L. Boyer.

sanctionner la violation d'une disposition d'ordre public de protection par une nullité absolue⁷⁸⁸. Ce qu'elle a d'ailleurs réitéré en 1983⁷⁸⁹.

178. Dans cette jurisprudence, ce qui domine, c'est l'incertitude. – On ne sait jamais à l'avance si la nullité est absolue ou relative, même si on est en présence d'une disposition d'ordre public de protection ou de direction. Pour Lutzesco, cette incapacité de l'intérêt protégé à distinguer, à l'avance, les nullités est due au fait qu'il « s'agisse de nullité absolue ou de nullité relative, l'intérêt de la société est toujours présent »⁷⁹⁰. Dans ce cas, pourquoi dire qu'il y a d'un côté l'intérêt de la société et de l'autre l'intérêt privé ? Utiliser un tel critère de distinction risque de rendre la théorie moderne trop imprécise. Même le Doyen Carbonnier, le père de la distinction entre l'ordre public de protection et de direction, reconnaît que « **si des hésitations se produisent entre nullité absolue et nullité relative**, c'est que la distinction des deux ordres publics, direction et protection, est elle-même **hésitante** : en protégeant les salariés, la loi favorise la paix sociale, donc la production ; en instituant un contrôle des prix, elle combat l'inflation, mais protège aussi le consommateur »⁷⁹¹.

D'autres auteurs ne se sont pas limités à la constatation de l'imprécision de l'intérêt protégé ; ils ont proposé de l'abandonner. Tel est le cas de Chevallier, pour qui « de l'intérêt particulier à l'intérêt général on passe par des traces progressives et indiscernables. Est-il donc possible de conserver **une classification bipartite des nullités**, si l'on rattache la diversité de leur régime à la nature de l'intérêt protégé [...] »⁷⁹². Il est évident que la théorie moderne ne peut pas prétendre à la rigueur intellectuelle, digne d'une théorie scientifique, si le critère qu'elle utilise est aussi imprécis. D'où la nécessité de chercher des remèdes à cette imprécision.

⁷⁸⁸ Cass. Com, 25 mars 1974, Bull. Civ., IV, n° 106, p. 85; J. C.. P. 1976. II. 18378.

⁷⁸⁹ Cass. Com, 28 juin 1983, Bull. civ., I, n° 189, 163; Paris, 18 mai 1977, JCP. 1978, II, 18877, note J.A.

⁷⁹⁰ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 344.

⁷⁹¹ J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 144. Le critère proposé par Japiot pour distinguer les nullités est très imprécis, c'est pour cela que Lutzesco a estimé que « la théorie défendue par M. Japiot n'est pas à la hauteur de ses ambitions [...] pour déterminer la nature des nullités...on aura beaucoup de peine à distinguer entre les nullités d'intérêt général et les nullités d'intérêt privé général » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 6).

⁷⁹² M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit. tome XIV, p. 515. Ce qui a poussé Ghestin à dire que « [...] l'absence de critère rigoureux, permettant de déterminer avec certitude dans tous les cas si la règle à sanctionner était ou non nécessaire à l'intérêt général, réduit assez largement cette construction à l'explication après coup, de solutions qu'elle ne permet pas toujours de prévoir » (J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 887).

b. Les remèdes à cette imprécision : la redéfinition de l'intérêt protégé

179. Malgré cette imprécision du critère lié à l'intérêt protégé, c'est lui qu'adopte le projet Catala. – Ainsi l'article 1129-3 de ce rapport dispose que « la nullité est dite absolue ou d'**ordre public** lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde de **l'intérêt général**. elle est dite relative ou de protection lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde de **l'intérêt privé** »⁷⁹³. Si ce projet était ainsi adopté, il laisserait le problème, de la définition de l'intérêt protégé, sans solution⁷⁹⁴. Dans ce cas, pourquoi choisir un critère aussi flou pour distinguer les différentes nullités ? Sans doute, c'est parce que malgré ses défauts, ce critère de l'intérêt protégé n'est pas totalement à rejeter. En effet, on peut non seulement tenter de réparer ses défauts, mais en plus, il n'est pas propre au droit français ; on le retrouve aussi dans code civil québécois⁷⁹⁵.

180. Ainsi, pour remédier à l'imprécision de ce critère, le législateur québécois a proposé une solution. – Cette solution, inspirée d'une idée d'Aubry et Rau⁷⁹⁶ et de Bufnoir, veut que « toute nullité, à moins d'exception formelle dans les textes, est absolue »⁷⁹⁷. Aussi l'article 1421 du code civil québécois présume-t-il relative toute nullité, à moins que le législateur n'en dispose autrement⁷⁹⁸. On peut penser qu'une telle présomption pourrait être une solution à l'imprécision du critère lié à l'intérêt protégé.

Cependant, cette solution ne fait que déplacer le problème sur le terrain de la preuve, sans résoudre totalement la question de la définition de l'intérêt général et de l'intérêt privé. Comme toute présomption, cette présomption pourrait être renversée en démontrant que l'intérêt dont il s'agit est un intérêt général ou privé (article 1352 C. civ.). Or pour faire cette preuve, il faut distinguer les deux intérêts. Ce qui nous ramène au point de départ : quelle est la différence entre l'intérêt privé et l'intérêt général ? La solution relative à la présomption n'apporte aucune réponse à cette question⁷⁹⁹.

⁷⁹³ P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 96.

⁷⁹⁴ Mais ce projet a été abandonné au profit de celui proposé par Fr. Terré. (R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^e éd, op. cit., p. 9).

⁷⁹⁵ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op.cit., T 1, p. 121.

⁷⁹⁶ *Idem*.

⁷⁹⁷ C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 664.

⁷⁹⁸ S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40.

⁷⁹⁹ Ainsi, Lutzesco estime-t-il « qu'il est erroné de soutenir que le législateur a établi une prééminence en faveur de l'une ou de l'autre, et plus particulièrement au profit de la nullité absolue. Cette thèse a été soutenue par

On peut même dire que la définition des notions d'intérêt privé et d'intérêt public relève plus de la philosophie politique que du droit⁸⁰⁰. C'est ce qu'a montré l'économiste Guilbaud. En construisant une théorie de l'intérêt général, il a montré que l'intérêt général n'est pas totalement distinct de l'intérêt particulier, car cet intérêt général peut résulter de l'agrégation de ces intérêts particuliers⁸⁰¹. Ce qui prouve que toute solution, visant à aménager les modalités de preuve l'intérêt protégé pour remédier à son imprécision, serait vaine.

181. Ce qui n'a pas empêché Lutzesco de tenter lui aussi d'aménager ce critère, pour remédier à son imprécision, en s'inspirant de Dunod⁸⁰². – Pour lui, dans « la protection d'un intérêt privé, le législateur a visé indirectement la sauvegarde de l'intérêt général »⁸⁰³. Donc « qu'il s'agisse de nullité absolue ou de nullité relative, l'intérêt de la société est toujours présent »⁸⁰⁴. Pour régler le problème de la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue, Lutzesco a proposé l'idée selon laquelle « la nullité absolue a pour mission d'assurer **directement** la sauvegarde de l'intérêt général, la nullité relative a pour but direct et immédiat de défendre l'intérêt privé, voire l'intérêt du protégé, mais qu'**indirectement** elle tourne, elle aussi, au profit de l'intérêt général, car, à travers ses effets, c'est toujours l'intérêt public qui en ressort. En condamnant le dol et la fraude n'est-il pas vrai qu'on cherche à réaliser le maximum de moralité dans les rapports juridiques d'ordre contractuel ? »⁸⁰⁵. Selon cette solution, si la règle violée vise à protéger directement l'intérêt général, la nullité serait absolue. Si elle vise, indirectement, l'intérêt général, mais directement l'intérêt privé, la nullité serait relative.

Aubry et Rau [...] On ne peut pas dire que l'une est la règle, et l'autre est l'exception, car, dans un cas comme dans l'autre, c'est toujours du contrôle de la loi qu'il s'agit, sans qu'on puisse affirmer que pour les unes il y a plus de références que pour les autres » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 264).

⁸⁰⁰ Ce concept d'intérêt général, pose problème même en droit public, car pour ces auteurs, la notion d'intérêt général est «[...] affectée d'un haut degré d'imprécision ». C'est cette imprécision qui a rendu très difficile la définition du service public, dont un des critères est l'intérêt général. (J. L. Autin et C. Ribot, *Droit administratif général*, 3^e éd, Paris : Litec, 2004, p. 137).

⁸⁰¹ G- Th. Guilbaud, *les théories de l'intérêt général et le problème de l'agrégation*, Paris : *Economie appliquée*, 1952, p. 501 et s ; J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 141. C'est pour cela que Malaurie a estimé que « La distinction entre l'intérêt général et l'intérêt particulier est souvent affaire de degrés » (Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 339).

⁸⁰² M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 656. Ainsi pour Dunod, « Quoique la fin de la loi soit toujours l'intérêt du public & de la société, la vue de cet intérêt est souvent éloignée & la loi considère alors en premier lieu, dans sa prohibition [...] l'intérêt des particuliers...sa prohibition produit en ce cas une nullité, qu'on appelle respective» (Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 48).

⁸⁰³ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 342.

⁸⁰⁴ *Idem*, p. 344.

⁸⁰⁵ *Ibid*, p. 266.

Mais cette solution ne règle pas la question de la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt privé ; elle la contourne en utilisant le critère « direct ou indirect ». En effet, pour savoir si c'est l'intérêt général qui est visé directement, encore faudrait-il savoir s'il s'agit d'un intérêt général. Aussi, la doctrine a-t-elle rejeté cette solution, car « lorsqu'un intérêt général [...] coexiste avec la protection d'intérêts particuliers, c'est le premier qui doit déterminer le régime de la sanction »⁸⁰⁶ sans se demander si c'était l'intérêt général qui était directement touché. Le droit positif lui-même semble contredire *a posteriori* la solution de Lutzesco. Ainsi quand on sanctionne l'absence de consentement dans le mariage par une nullité, proche de la nullité absolue (article 184 C. civ.), c'est l'intérêt privé qui est directement touché : l'intérêt général n'étant touché qu'indirectement. Il en va de même dans la donation. Dans ce domaine, la violation des formes est sanctionnée par la nullité absolue. Or, la forme dans la donation vise directement à protéger les héritiers. En effet, comme l'a montré J. Maury, l'article 931 C. civ. permettra de « protéger [...] les héritiers réservataires que le formalisme aidera à mieux s'informer sur les dispositions consenties par leur auteur »⁸⁰⁷. Même si ces formes visent l'intérêt général, c'est indirectement. Or malgré tout, cette nullité est absolue⁸⁰⁸. Ce qui prouve que le critère direct et indirect n'est pas opérant.

182. Quant aux frères Mazeaud, ils sont allés encore plus loin, en proposant l'abandon de ce critère imprécis. – En effet, ils se sont demandés si « l'opposition entre les intérêts protégés par les deux nullités n'est-elle pas, d'ailleurs, **trop simpliste** ? Entre l'intérêt général et l'intérêt particulier, d'autres intérêts sollicitent la protection du législateur, ceux d'une famille par exemple »⁸⁰⁹. Par conséquent, « la théorie des nullités devrait être reconstruite sur des bases nouvelles »⁸¹⁰, car « il ne faut donc pas décider de la nature de la nullité d'après l'importance de la règle violée et la gravité de la violation, mais uniquement d'après le nombre de personnes que le législateur a voulu protéger »⁸¹¹. Mais à partir de quand a-t-on voulu protéger plusieurs personnes ? Quand il s'agit de l'intérêt général ou social⁸¹². A partir

⁸⁰⁶ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 933; Pour F. Terré. Ph. Simler. Y. Lequette aussi, « [...] lorsqu'un intérêt général suffisamment net coexiste avec la protection d'intérêts particuliers, c'est le premier qui commande la nature de la nullité » (F. Terré. Ph. Simler. Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 7^{ème} éd. op. cit., p. 356).

⁸⁰⁷ J. Maury, *Successions et libéralités*, 4^{ème} éd, Paris : Litec, 2003, p. 163.

⁸⁰⁸ Civ 1^{ère}, 14 mai 1996 : Defrenois 1997. 1257, note Gelot.

⁸⁰⁹ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 292; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 267.

⁸¹⁰ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 292.

⁸¹¹ Idem

⁸¹² Cf. *Infra*, n° 303.

de quand y a t-il un intérêt privé ? Quand on a voulu protéger un petit nombre de personnes. En réalité cette solution n'évacue pas le problème de la définition de l'intérêt général.

183. Toutes les solutions proposées, pour remédier à l'imprécision de l'intérêt protégé, étant inefficaces, on ne peut remédier à cette imprécision qu'en renonçant à toute théorie générale des nullités. – C'est une telle solution qui a été proposée dans la première hypothèse de ce travail. Cette solution permettrait de se référer à chaque cas spécial, pour déterminer dans quel cas la nullité est absolue ou relative, sans se référer à un critère abstrait⁸¹³. Pour cela, il faut analyser chaque loi pour en tirer une solution. Ainsi, dans la loi du 12 mars 1900, réglementant les transactions relatives aux valeurs mobilières, le législateur a explicitement précisé que certaines de ses dispositions sont adoptées dans l'intérêt individuel des épargnants. Quant à la loi du 29 juin 1935, exigeant dans son article 14 certaines informations dans la vente du fonds de commerce, elle a explicitement prévu que cette disposition ne peut être invoquée que par l'acheteur du fonds de commerce. La même solution a été retenue dans la loi du 3 janvier 1967, codifiée dans l'article L. 261-11 du code de la construction et de l'habitation.

Cependant, pour d'autres, la solution à l'imprécision de la théorie moderne des nullités se trouverait dans un retour à la théorie de l'état de l'acte, car le droit de critique, fondé sur le but de la règle violée pour distinguer les nullités, est incapable de rendre compte de toutes les distinctions.

§ 2. L'intérêt protégé : un critère insuffisant du fait des insuffisances du droit de critique

184. Dans la théorie moderne, la nullité est présentée comme un droit de critique, c'est-à-dire le droit de demander la destruction des effets de l'acte qui sont contraires à la loi. – C'est pour déterminer les titulaires de ce droit de critique que l'on utilise l'intérêt

⁸¹³ C'est sans doute pour cela que Mandoza n'a pas utilisé un critère abstrait pour définir les règles d'intérêt général ; il s'est contenté de les énumérer, en estimant que « [...] ces lois qui protègent les intérêts supérieurs de la collectivité et contre lesquelles on ne peut convenir sans encourir l'inefficacité juridique [...] se groupent sous trois grandes clefs de division : 1° Celles destinées à maintenir l'ordre et l'harmonie dans la société ; 2° Celles qui fixent les conditions d'existence des conventions ; 3° Enfin, certaines volontés impératives du législateur déterminant les formalités à suivre dans certains contrats. » (C. Mandoza, « La nullité des contrats », op. cit., vol II, p. 106).

protégé⁸¹⁴. Or l'étude des litiges internes et internationaux montre que ce droit de critique, qui est la raison d'être de l'intérêt protégé dans la théorie moderne, ne peut pas expliquer toutes les nullités. D'où la nécessité de prendre en compte l'état de l'acte, en plus de ce droit de critique (A). D'ailleurs, contrairement à l'opinion la plus répandue sur la théorie moderne des nullités, elle tient compte de cet état de l'acte dans sa distinction des nullités (B).

A. La nécessaire prise en compte de l'état de l'acte dans la distinction des nullités chez les modernes du fait des insuffisances du droit de critique

Aussi bien dans les litiges internes (I) que dans les litiges liés au droit international privé (II), la nécessité de prendre en compte l'état de l'acte, en plus du droit de critique, est évidente. Ce qui prouve l'insuffisance du droit de critique dans la distinction des nullités.

I. Une nécessité de prendre en compte l'état de l'acte s'exprimant dans l'étude des nullités dans des litiges internes

185. Le droit de critique, qui est assimilable à l'action en nullité, et la nullité ne se confondent pas toujours. – Dans certains cas, le droit de critique peut exister sans que la nullité n'existe. Dans d'autres cas, la nullité peut exister sans le droit de critique. Il y a donc la nécessité de ne pas limiter la nullité au droit de critique. Ainsi, le juge peut soulever d'office une nullité, ce qui lui donne un droit de critique, alors que la nullité ne profite pas à la société, qu'il est censé représenter, parce que cette nullité peut être relative⁸¹⁵. Aussi, C. Guelfucci-Thibierge a-t-elle estimé que « la nullité ne s'identifie pas [...] au droit de critique qui n'est qu'un des moyens de sa mise en œuvre ; la possibilité pour le juge de la soulever d'office illustre son autonomie par rapport au droit de critiquer l'acte »⁸¹⁶.

⁸¹⁴ D'ailleurs, M. Cumyn a montré le lien qui existe entre le droit de critique et l'intérêt protégé, en estimant que « Tout comme la notion de droit de critique, celle d'intérêt protégé, de personne protégée ou de personne intéressée sert donc à établir un faux parallèle entre la nullité relative et la nullité absolue [...] » (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 3).

⁸¹⁵ Cf. *infra*, n° 300.

⁸¹⁶ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 517.

Si le droit de critique peut exister sans la nullité, la nullité aussi peut exister sans le droit de critique. Par le jeu de l'exception de nullité, la nullité pourra être prononcée sans que le droit de critique, le droit de la demander, ait été mis en œuvre⁸¹⁷. Ce qui revient à dire que la nullité peut exister sans action, qu'elle n'est pas, car elle est aussi un droit substantiel, un état de l'acte. Par conséquent, C. Guelfucci-Thibierge estime que « la théorie moderne des nullités confond l'action et le droit et prend pour un droit subjectif substantiel ce qui n'est que l'action en nullité ; elle méconnaît ainsi l'assise substantielle de la nullité »⁸¹⁸. D'où la nécessité de prendre en compte l'état de l'acte, qui est l'assise substantielle de la nullité dans les contrats internes, mais aussi dans les contrats internationaux.

II. Une nécessité de prendre en compte l'état de l'acte s'exprimant dans l'étude des nullités dans des litiges internationaux

S'il est nécessaire d'abandonner le monopole du droit de critique, c'est parce que ce critère a montré ses limites en droit international privé (1), même si G. de la Pradelle a cherché à corriger ces limites (2).

1. Une nécessité due aux limites du droit de critique dans le droit international privé

Conformément à la logique de la théorie moderne, qui considère que la nullité est un droit de critique et donc une procédure, on aurait dû appliquer à cette nullité les règles de procédure en droit international privé (a). Or ce sont les règles de fond qui régissent les nullités (b), ce qui rapproche la nullité de l'état de l'acte.

⁸¹⁷ *Idem*, p. 214.

⁸¹⁸ Ainsi, C. Guelfucci-Thibierge parle de « l'aspect substantiel de la nullité, méconnu dans la conception processuelle de la nullité conçue comme un droit de critique [...] » qui n'explique pas toutes les nullités (*Ibid*, pp. 210, 212).; Quant à S. Gaudemet, pour elle, « La conception essentiellement processuelle de la nullité, initiée par Japiot, qui voyait la nullité dans le droit de critique lui-même, autrement dit dans le droit de s'opposer aux effets de l'acte litigieux, n'est plus en effet celle qui domine aujourd'hui » (S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 71).

a. Le rattachement contestable des nullités aux règles procédurales dans le droit international privé

186. En droit international privé, si la règle de conflit peut désigner une loi étrangère, sur le fond d'un litige⁸¹⁹, en ce qui concerne les règles de procédure, c'est toujours la *lex fori* qui s'applique⁸²⁰. – La compétence de la loi du for en matière de procédure « [...] constitue l'un des principes les mieux établis du droit international privé »⁸²¹. Mais aussi « [...] sans doute l'un des plus difficiles à délimiter »⁸²². Cette difficulté se rencontre justement dans l'étude des nullités dans le droit international privé.

Depuis l'ancien droit, on soumet les conditions de validité des contrats internationaux, non à la règle du *for*, mais à celle de l'autonomie des parties. C'est Du Moulin qui a théorisé cette idée, reprise par le droit actuel dans la limite des conditions de forme⁸²³. Ces conditions de forme sont soumises au principe *locus regit actu*⁸²⁴. Cependant, ce schéma pourrait se compliquer par le télescopage entre le statut contractuel, le statut réel et le statut personnel, notamment en ce qui concerne les règles qui régissent la capacité des parties ou les règles qui régissent les sûretés réelles. De sorte que les règles qui sont susceptibles de régir les conditions de validité d'un contrat peuvent être très diverses.

187. D'où la nécessité de préciser la règle qui doit régir la nullité de ce contrat en cas de violation d'une de ces dispositions. – Est-ce la règle régissant la nullité du pays dont la condition de validité a été violée ou celle du pays dont la règle régit les effets du contrat ou celle du pays dont le juge a été saisi? Si on suit la logique de la théorie moderne, qui assimile la nullité à un droit de critique, c'est la règle du juge saisi qui devrait s'appliquer en tant que règle de procédure⁸²⁵. En effet, la nullité ne peut pas exister d'elle-même ; elle est une

⁸¹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^{ème} éd, op. cit. p.p 495 et 521.

⁸²⁰ En ce sens, Cf. Article 1^{er} h de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ; article 1^{er} 3^o du Règlement CE n°864/2007 du 11 juillet 2007 ; article 1^{er} 3^o du Règlement CE n°593/2008 du 17 juillet 2008.

⁸²¹ Cette idée pourrait s'inspirer du principe qui admet que le juge français applique sur le territoire français le droit privé étranger, mais pas le droit pénal ou le droit public étranger. Or les règles qui se trouvent dans le code de procédure civile et dans le code de l'organisation judiciaire ne relèvent pas du droit privé, mais du droit public, puisqu'elles visent à organiser le service public de la justice. (D. Bureau, H. M. Watt, *Droit international privé*, Paris : PUF, T I, 2007, p.184).

⁸²² *Idem*, p. 184.

⁸²³ C'est ce principe qui a été repris dans l'article 3 Conv Rome du 19 juin 1980, voir aussi l'article 3 C. civ. (D. Gutmann, *Droit international privé*, 3^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2002, p. 196).

⁸²⁴ *Idem*, p.195.

⁸²⁵ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 1.

réaction de la société, à travers le juge, contre la violation d'une règle de droit. Pour provoquer cette réaction, la société reconnaît un droit de critique à certaines personnes. Si ce droit de critique n'est pas utilisé, l'acte vicié reste valable, puisque la nullité ne réside plus dans l'état objectif de cet acte, mais dans le droit de critique. Ce droit de critique, c'est l'action en nullité⁸²⁶.

188. Si la nullité est réductible à cette action, comme l'ont dit les modernes, on pourrait la considérer comme une simple procédure⁸²⁷. – C'est pour cette raison que S. Gaudemet a parlé de « la conception essentiellement processuelle de la nullité, initiée par Japiot [...] »⁸²⁸, conception qui a suscité beaucoup de critiques de la part de Hébraud⁸²⁹. En effet, avec cette nouvelle théorie, le régime des nullités devrait être plutôt rattaché au régime des règles de procédure⁸³⁰. Aussi, G. de la Pradelle s'est-il demandé « si par son caractère de réaction, le droit de critique ne dépendrait pas plutôt [...] de la catégorie à laquelle appartiennent les règles de procédure »⁸³¹ en droit international privé. Pour certains, cela ne fait aucun doute, si on considère que la nullité est un droit de critique, elle devrait faire partie des règles de procédure, et être soumise à la *lex fori*⁸³². Au demeurant, c'est la conception qu'on rencontre pour partie dans la *Common law*, qui assimile la nullité à une action⁸³³.

⁸²⁶ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 300.

⁸²⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^{ème} éd, op. cit., p. 521.

⁸²⁸ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 71.

⁸²⁹ Pour Hébraud, « ce déplacement du centre de gravité de la nullité, passant de l'état de l'acte à l'action qui le sanctionne, semble, à juste titre, avoir soulevé chez les civilistes des réticences...La métaphysique juridique connaît, surtout à l'étranger, et dans les systèmes objectivistes, cette doctrine de réduction du droit à la sanction, de la norme juridique à un impératif hypothétique. Les droits primitifs ou archaïques, droit romain ou *Common law*, attribuent le rôle générateur à l'action en justice, le droit substantiel n'en étant que le produit second » (Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, Paris : LGDJ, 1973, p. XXI). Cette approche rappelle celle du droit romain, car ce « droit romain s'attache à une conception **processuelle**, qui **réduit le droit à sa sanction**...de ce point de vue, la technique romaine de la **nullité** n'est jamais que le **canal** par lequel le juriste exprime une vérité juridique...elle se présente ainsi comme une **sanction** en quelque sorte **extérieure** à l'acte » (D. Deroussin, « C I C. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 203). J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, p. 886. *Contra* : Pour M. Cumyn, le droit anglais n'assimile pas la nullité à une action, car pour elle, « la théorie du droit de critique comme fondement des nullités dans leur ensemble est sans parallèle en droit de tradition anglaise ou en droit romain : elle semble bien constituer une création tout original du droit civil moderne » (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 1). Toutefois, contrairement M. Cumyn, G. de La Pradelle a confirmé les propos d'Hébraud sur le droit anglais. (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 184).

⁸³⁰ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 1.

⁸³¹ Ainsi, Batiffol estime au début de cette thèse que la « concurrence de la loi procédurale pouvait apparaître dans l'action en nullité » (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., pp. VII et 132).

⁸³² Ainsi C. Guelfucci-Thibierge a montré qu'en « [...] admettant que les règles du droit international privé dussent refléter toute la subtilité des analyses du droit interne [...] la loi des conditions de validité du contrat

Donc, assimiler la nullité à un droit de critique reviendrait à la soumettre à la *lex fori*. Or, en droit positif, la nullité n'est pas soumise à la *lex fori*. Par conséquent, le droit de critique doit être abandonné, car la nullité est soumise à la loi de la condition violée.

b. Le rattachement des nullités aux règles de fond dans le droit international privé

189. Les règles relatives aux nullités concernent les titulaires de l'action, la prescription, la confirmation et les effets de la nullité. – Dire qu'une nullité est soumise à une loi, c'est dire qu'un de ces éléments est soumis à cette loi. Or tous ces éléments ne sont pas considérés comme des éléments de procédure, soumis systématiquement à la *lex fori*⁸³⁴. En effet, la Cour de cassation a clairement jugé que les règles fixant la prescription⁸³⁵, les personnes pouvant invoquer la nullité⁸³⁶ et la confirmation⁸³⁷ sont celles qui ont été fixées par la loi du pays dont la condition de validité n'a pas été respectée. Cette position jurisprudentielle se justifie tout à fait au regard de l'article 8 de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Selon ce texte, « L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente Convention si le contrat ou la disposition étaient valables ». Quant à l'article 2221 C. civ., issu de la réforme de 2008, il semble aller dans le même sens, en disposant que « la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit

déterminerait si celui-ci est ou non entaché d'une cause de nullité ; la loi du lieu où l'annulation est demandée régirait la sanction de nullité elle-même et le régime de l'action qui sert à la mettre en œuvre» (C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 336).

⁸³³ Ainsi pour G. de La Pradelle « la *common law* est traditionnellement un droit à forte dimension procédurale [...] Cela explique notamment la difficulté avec laquelle est effectuée la distinction entre droit substantiel et procédure » (G. de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 184.). Ainsi pour B. Audit et L. d'Avout, en ce qui concerne « La qualification, procédurale ou substantielle des principales conditions [...] la capacité pour agir, l'intérêt et la qualité, les délais. Dans l'ensemble, le droit français a une conception moins extensive que la qualification procédurale que les droits de *common law* » (B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 6^{ème} éd, Paris : Economica, 2010, n°. 442); **Contra** : M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 1. ; Y. Laithier, *Droit comparé*, Paris : Dalloz, 2009, p. 35 ; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^{ème} éd, op. cit., pp. 10, 702 et s.

⁸³⁴ D. Bureau, H. M. Watt, *Droit international privé*, op. cit., tome I, p. 187.

⁸³⁵ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 183 ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 6^{ème} éd, op. cit., n°. 445.

⁸³⁶ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 180 ; *Voir aussi* : B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 6^{ème} éd, op. cit., n°. 444.

⁸³⁷ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 187.

qu'elle affecte ». Aussi, D. Gutmann estime-t-il que « la nullité ou l'inexistence d'un contrat ou d'une disposition [...] sont [...] appréciées au regard de la loi applicable »⁸³⁸ au contrat.

Ce qui montre que la nullité n'est pas qu'un droit de critique et donc une procédure, car si elle n'était qu'une simple procédure, elle serait systématiquement soumise à la *lex fori*. Mais plutôt que d'abandonner le droit de critique, G. de la Pradelle a cherché à le maintenir en le corrigeant.

2. La théorie de G. de la Pradelle

G. de la Pradelle a cherché à corriger les limites du droit de critique en droit international privé (a). Mais cette solution est elle-même critiquable (b).

a. La présentation de la solution G. de la Pradelle

190. Le but des travaux de G. de la Pradelle, est de redéfinir le droit de critique pour le rendre compatible avec les règles du droit international privé. – Aussi, dans la préface de sa thèse, Batifole se demande-t-il si « la formule [...] de Japiot selon laquelle la nullité est un droit de critique [...] est répétée depuis cinquante ans, combien savent ce qu'elle signifie positivement, et la valeur de ses résultats possibles ? »⁸³⁹. C'est à cette question que, d'après lui, les travaux de G. de la Pradelle répondent⁸⁴⁰.

191. Si on prétend que la nullité est un droit de critique, on doit la considérer comme une simple procédure, donc la soumettre à la *lex fori* en droit international privé. – Or, le droit positif ne la soumet pas systématiquement à la *lex fori*. Pour remédier à cette incohérence, G. de la Pradelle propose-t-il de « [...] repartir les différents aspects de la nullité entre les deux lois qui gouvernent respectivement la condition violée et les effets de l'acte. A la première, qui donne le principe de la nullité, il revient à définir les conditions de mise en

⁸³⁸ D. Gutmann, *Droit international privé*, op. cit., p. 205.

⁸³⁹ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. VII.

⁸⁴⁰ *Idem*, p. 133.

œuvre du droit de critique. La substance de ce droit, c'est-à-dire les conséquences de la nullité, appartient à la seconde »⁸⁴¹. Mais cette solution n'est pas au-dessus de toute critique.

b. Les critiques de la solution de G. de la Pradelle

192. Cette solution est un simple rétablissement du critère tiré de l'état de l'acte. – En effet, en appliquant la loi des conditions de l'acte à la nullité, elle ne considère plus la nullité comme un droit de critique et donc une procédure. Elle innove certes, au niveau des effets de la nullité qui devraient être régis par la loi des effets du contrat, mais le fait d'appliquer la loi de l'effet du contrat aux effets de la nullité ne veut pas forcément dire que les effets de la nullité sont soumis à la *lex fori*.

Par exemple, un français qui contracte en Ukraine, même si les effets de ce contrat sont soumis au droit ukrainien, selon la règle de conflit, pourrait demander la nullité de ce contrat en France. En effet, selon les articles 14 et 15 C. civ. -qui dérogent à l'article 42 CPC, en l'absence d'une convention internationale⁸⁴²-, même si un juge étranger est normalement compétent, le juge français peut, dès lors qu'un français est partie au litige, être compétent. Dans un tel cas de figure, la *lex fori* n'est pas forcément la loi des effets du contrat. Ce qui prouve qu'en soumettant les effets de la nullité à la loi de l'effet du contrat, la *lex fori* ne régit pas forcément de tels effets⁸⁴³.

193. Donc, si la nullité ne peut pas être systématiquement soumise à la *lex fori*, en tant que loi de procédure, c'est que cette nullité n'est pas qu'un droit de critique. – En effet, si elle n'avait été qu'un droit de critique, elle serait considérée, non comme un droit substantiel,

⁸⁴¹ *Ibid*, p. 220.

⁸⁴² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^{ème} éd, op. cit., p. 11.

⁸⁴³ Mais même l'application systématique de la loi des effets du contrat aux effets de la nullité est loin d'être sûre. Certes l'article 10 e de la Convention de Rome du 19 juin 1980 dit que le « Domaine de la loi du contrat [...] de la présente convention régit [...] les conséquences de la nullité du contrat. », mais un contrat peut être soumis à plusieurs lois si les parties le décident (article 3 Conv Rome du 19 juin 1980). La formation du contrat peut être soumise à la loi A et ses effets à la loi B. Entre ces deux lois, laquelle doit régir les effets de la nullité. Pour de la Pradelle c'est la loi B. Or la Cour de cassation est allée contre cette position, en privilégiant la loi A, car pour elle, « La loi qui annule le mariage a compétence pour régler les conséquences de la nullité et, notamment, le tempérament de la putativité [...] » (*Civ. 1^{ère}*, 16 juill. 1998: Bull. Civ. I, n° 250; voir aussi Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^{ème} éd, op. cit., p. 417). Cette idée qui consiste à appliquer la loi de l'effet du contrat à l'effet de la nullité cherche à permettre à des époux marié à l'étranger et qui voient leur mariage annulé en France d'appliquer les mariages putatif, si la loi du contrat ne prévoit pas une telle institution. Mais on pourrait parvenir au même résultat en disant que la loi mettant en place le mariage putatif en France est d'ordre public ou c'est une loi de police que la loi étrangère ne peut pas évincer (article 3 C. civ.).

mais comme une simple procédure et donc soumise à la *lex fori*⁸⁴⁴. Malgré ses efforts louables, la solution proposée par G. de la Pradelle en droit international privé ne permet pas de rendre le droit de critique plus cohérent. Ce qui peut expliquer la nécessité de prendre en compte l'état de l'acte dans la théorie moderne, au détriment du droit de critique.

B. La prise en compte de l'état de l'acte dans la théorie moderne comme remède aux insuffisances du droit de critique

Si les modernes ont pris en compte l'état de l'acte dans la distinction des nullités, de façon implicite par le mécanisme de l'apparence (I), cette prise en compte s'est clairement manifestée dans l'utilisation de la gravité du vice dans cette distinction (II).

I. Le retour indirect de l'état de l'acte dans la doctrine moderne du fait de la prise en compte de l'évidence du vice de l'acte

C'est parce que l'apparence est rattachable à l'état de l'acte (1) que l'on peut considérer sa prise en compte par les auteurs modernes comme une utilisation du critère de l'état de l'acte dans la distinction des nullités (2).

1. L'apparence : un critère rattachable à l'état de l'acte

194. L'état de l'acte c'est le fait de dire que si l'acte manque d'un élément, le régime de sa nullité dépendra de l'importance de cet élément. – Dans la théorie de l'état de l'acte, surtout chez Beudant⁸⁴⁵, tout dépend de l'état du vice. Or la théorie de l'apparence utilise le même raisonnement, même si, pour dire s'il y a apparence ou pas, elle ne se fonde pas sur la gravité du vice mais sur son évidence. Il ne peut y avoir d'apparence que quand le fait ne reflète pas le droit. Cette discordance peut être due à une erreur. Mais pour que cette erreur produise une apparence, il faut qu'elle soit légitime. Pour dire que cette erreur est légitime, il est nécessaire de vérifier si elle est évidente ou pas. Si le vice est évident, il n'y a pas

⁸⁴⁴ Cf. *Supra*, n°188.

⁸⁴⁵ Cf. *Supra*, n° 89.

d'apparence, parce qu'une simple vérification aurait suffi à éviter l'erreur. Aussi, « qualifier une croyance de légitime revient donc à vérifier si le sujet a opiné selon un objet vraisemblable, c'est-à-dire s'il avait des raisons de croire »⁸⁴⁶.

Bref, si une personne moyenne peut déceler le vice, il n'y a pas d'erreur légitime, car l'apparence est créée par l'état du vice apprécié in abstracto. L'apparence est donc un état de l'acte, mais au lieu d'appliquer le critère de la gravité du vice, on applique celui de l'évidence de ce vice. Or malgré ce rattachement de l'apparence à l'état de l'acte, certains auteurs modernes l'ont utilisée comme critère de distinction des nullités.

2. L'apparence : un critère repris dans la théorie moderne

Si l'apparence a été critiquée par Drogoul dans la théorie des nullités (a), Japiot aussi a été réfractaire à ce critère (b). Ce qui n'a pas empêché les autres auteurs modernes d'utiliser ce critère dans la distinction des nullités (c).

a. L'apparence : un critère critiqué par Drogoul chez Toullier

195. Dès après le Code civil, Toullier recourt à l'apparence comme critère de distinction des nullités. – Ainsi, pour lui, « la nullité de droit ou de plein droit est prononcée par la loi, dans le cas d'un vice extrinsèque et apparent, dont la visibilité empêche le contrat de se former [...] »⁸⁴⁷. Si ce vice n'est pas apparent, la nullité ne serait pas de plein droit. Ainsi, pour lui, le caractère apparent du vice permettait de distinguer les nullités.

⁸⁴⁶ D. Deroussin, *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français*, Préf. N. Dockès, op. cit., pp. 9 et 120. Pize aussi admet « cette règle de droit public que foi et obéissance sont dues à un ordre de l'autorité dès qu'il revêt la forme extérieure de légalité [...] Provision est due au titre », car on ne peut pas soupçonner la nullité d'un acte revêtu d'un sceau public (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 197). Japiot aussi semble aller dans le même sens en exigeant une erreur légitime, car pour lui, « pour déterminer si la nullité est apparente, il faudra rechercher si elle ressort suffisamment du contenu de l'acte pour paraître à l'individu d'expérience moyenne, qui constitue le type abstrait de l'appréciateur raisonnable » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 376.). C'est pour cela que Toullier a estimé qu'il n'y a pas d'apparence « si la personne qui a contracté en était déclarée incapable, comme les mineurs, les interdits, les [...] individus morts civilement [...] » car dans ce cas, tout le monde est au courant du vice. (M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 614).

⁸⁴⁷ Car selon Toullier, s'il y a apparence de validité, la « [...] nullité quoique radicale, n'est pas visible ; elle ne peut être aperçue qu'après une instruction [...] jusqu'à ce que ce vice soit découvert, il existe au moins l'apparence d'un contrat, et cette apparence a l'effet de la réalité tant qu'elle n'est pas détruite par un jugement »

Drogoul a critiqué cette utilisation de l'apparence chez Toullier⁸⁴⁸. En effet, pour lui, dans tous les cas où il affirme qu'il y a une inexistence pour absence d'apparence, les vices ne sont pas évidents et donc il y a une apparence⁸⁴⁹. Aussi, estime-t-il que « la doctrine de Toullier paraît si superficielle que les auteurs traditionnels eux-mêmes la rejettent »⁸⁵⁰. Mais les critiques de Drogoul sont ambiguës. Critique-t-il l'utilisation de l'apparence par Toullier pour distinguer les nullités ou critique-t-il les critères d'appréciation de l'évidence du vice par ce dernier ? On rencontre la même ambiguïté chez Japiot aussi.

b. L'apparence : un critère admis avec réserve par Japiot

196. Japiot n'ignore pas l'apparence dans la théorie des nullités. — En effet, « [...] l'acte, si nul qu'il soit, pourra avoir une existence apparente [...] ce ne sera plus le néant »⁸⁵¹. Mais utilise-t-il ce critère pour distinguer les nullités ? Japiot rejette explicitement ce critère estimant que « nous n'adopterons pas cette théorie d'après laquelle il y a lieu à une action en nullité lorsqu'il y a une apparence à détruire [...] »⁸⁵². Pour lui, « il faut aller plus loin que ce système de l'apparence à détruire »⁸⁵³.

Cependant, malgré ce rejet de l'apparence, Japiot n'hésite pas à écrire que « provision serait, au contraire, malgré les objections que l'intéressé formule, accordée à la validité de l'acte, s'il possède une certaine régularité apparente [...] Il pourra donc être utile, dès que l'on connaîtra l'existence d'un acte apparent, d'agir en justice pour obtenir un jugement qui constate la nullité »⁸⁵⁴. Ce qui revient ici à admettre l'apparence comme critère de distinction entre les nullités qui nécessitent l'intervention du juge, et celles qui ne la nécessitent pas.

Ce qui explique cette apparente contradiction, c'est que, pour Japiot, si l'apparence ne joue pas pour tous les contrats, elle peut jouer pour le mariage⁸⁵⁵. Donc Japiot est certes contre

(M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, pp. 614, 615).

⁸⁴⁸ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 215.

⁸⁴⁹ Pour Drogoul, dans « [...] nombre d'inexistences donnent lieu à des appréciations infiniment plus délicates que les nullités simplement relatives » (*Idem*).

⁸⁵⁰ *Ibid*, p. 216.

⁸⁵¹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 169.

⁸⁵² *Idem*, pp. 383, 384.

⁸⁵³ *Ibid*, p. 384.

⁸⁵⁴ *Ibid*, p. 480.

⁸⁵⁵ Pour Japiot « Un acte nul ne peut avoir une valeur juridique provisoire que s'il émane de l'autorité publique et si son effet est réalisé par le fait seul de sa formation, à laquelle l'autorité publique a concouru : tel est le cas du mariage et de l'adoption [...] » En effet pour lui, dans ces cas, « Provision serait, au contraire, malgré les objections que l'intéressé formule, accordée à la validité de l'acte, s'il possède une certaine régularité apparente

l'apparence, mais il l'admet pour le mariage et les autres actes reconnus par l'autorité publique. Ce qui ne va pas empêcher les autres auteurs modernes d'utiliser l'apparence pour tous les contrats.

c. L'apparence : un critère admis sans réserve par les autres auteurs modernes

197. Parmi ceux qui promeuvent la théorie moderne des nullités, Gaudemet a été le premier à utiliser véritablement, comme critère de distinction des nullités, l'apparence. – Ainsi, pour lui « si l'acte manque d'un élément essentiel en fait, mais a cependant une existence **apparente** [...] il faudra une action en justice pour anéantir cette apparence. »⁸⁵⁶. Ce qui revient à dire qu'*a contrario*, s'il n'y a pas d'apparence, on n'a pas besoin de saisir le juge, car l'acte serait inexistant pour absence d'apparence. On retrouve la même idée chez J. Ghestin aussi, pour qui, « quelle que soit l'importance de l'élément du contrat qui fait défaut, les déclarations de volonté ont fait naître une apparence qui doit être détruite »⁸⁵⁷. Presque tous les auteurs contemporains reprennent cette solution.

Donc, le critère retenu ici, pour dire que l'acte est inexistant ou pas, c'est l'apparence. Ce qui revient à utiliser l'état du vice, en l'occurrence son évidence, comme critère de distinction des nullités dans la théorie moderne. Dans d'autres cas, les auteurs modernes n'hésitent pas à utiliser la gravité de ce vice.

II. Le retour direct de l'état de l'acte dans la doctrine moderne par la prise en compte de la gravité du vice de l'acte dans la distinction des nullités

198. Chez presque tous les auteurs contemporains, qui présentent la théorie des nullités, l'idée selon laquelle dans la théorie classique, il y avait un critère lié à l'état de l'acte et dans la théorie moderne, un critère lié au droit de critique, est la plus répandue. – Ainsi, pour Dupeyron, la théorie moderne met l'accent « [...] sur l'aspect formel de la nullité ; son

[...] Il pourra donc être utile, dès que l'on connaîtra l'existence d'un acte apparent, d'agir en justice pour obtenir un jugement qui constate la nullité » (*Ibid*, pp. 934, 480).

⁸⁵⁶ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 149.

⁸⁵⁷ S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 322.

aspect substantiel est ignoré puisque aucune allusion n'est faite à **l'état de l'acte**, au vice de l'acte »⁸⁵⁸. Lors du colloque de 2007 sur la théorie des nullités, M. Boudot affirmait que « selon Japiot, la nullité se traduit par l'ouverture d'un droit de critique, ce n'est pas une manière d'être de l'acte »⁸⁵⁹. On retrouve la même idée chez F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, pour qui la théorie moderne fait « [...] **totalem**ent abstraction de **l'état de l'acte** [...] »⁸⁶⁰. Or cette présentation ne reflète pas la position réelle des auteurs modernes. Non seulement la référence à l'apparence prouve que l'état de l'acte est pris en compte par la théorie moderne, mais plusieurs auteurs modernes ont maintenu l'état de l'acte en se servant de la gravité du vice⁸⁶¹ (1), ce qui pose la question de la place de ce critère dans la théorie des nullités (2).

1. Le maintien du critère tiré de l'état de l'acte dans la théorie moderne

Si l'état de l'acte se rencontre chez Japiot (a), les autres auteurs, après lui, n'ont pas hésité à utiliser eux aussi ce critère (b).

a. Le maintien de l'état de l'acte chez Japiot

199. Dans la théorie de l'état de l'acte, le régime de la nullité dépend de la gravité du vice. – Or chez Japiot, se rencontre la même idée. En effet pour lui, il faut tenir compte « des vices les plus graves »⁸⁶² dans la distinction des nullités, car « c'est seulement dans ces cas extrêmes qu'il y aura inexistence »⁸⁶³. Ce qui s'explique par l'absence d'égalité « [...] absolue entre les différents vices [...] Si donc on se trouve en présence d'une question qui ne

⁸⁵⁸ Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. 4.

⁸⁵⁹ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., pp. 93, 98.

⁸⁶⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 108.

⁸⁶¹ C'est pour cette raison que plusieurs auteurs ont montré qu'il n'y a jamais de véritable rupture entre les théories anciennes et les théories nouvelles, mais plutôt une continuité (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 254 ; C. Atias, *Théorie contre arbitraire*, Paris : PUF, 1987, p. 171).

⁸⁶² R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 669.

⁸⁶³ *Idem*, p. 669. Ce que montre M. Cumyn en estimant que « Drogoul, Japiot et Gaudemet contestent la solution retenue par les auteurs du XIX^{ème} siècle qui consiste à considérer comme inexistant le contrat ne rencontrant pas les conditions essentielles de formation édictées par le Code civil. Cependant, ils ne réussissent pas à disposer entièrement de l'inexistence dans les hypothèses qui lui sont les plus favorables : par exemple défaut de consentement » (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 36).

puisse être résolue que par **une distinction fondée sur l'importance des vices**, rien ne s'opposera à ce que l'on emploie ce procédé de solution »⁸⁶⁴. Ce qui montre que l'état de l'acte n'est pas absent dans la théorie moderne. C'est au demeurant pour cette raison que Lutzesco a estimé que « la théorie défendue par M. Japiot, n'est pas à la hauteur de ses ambitions. En effet, tout en repoussant la conception classique des nullités, M. Japiot conserve presque intact son côté procédural [...] **lorsqu'on veut regarder de plus près** [...] on constatera sans peine que **les vieilles sanctions** fourmillent sous un masque souvent assez peu dissimulé »⁸⁶⁵. Cette critique est tout à fait justifiée.

200. **Ainsi, comme l'a montré D. Deroussin, dans la théorie classique, qui utilise l'état de l'acte, « La nullité n'est rien de moins qu'un état intrinsèque et initial de l'acte et elle opère comme un anéantissement radical. Attachée à l'acte *a priori*, elle se présente aux yeux du juriste, qui n'a qu'à la constater [...] »⁸⁶⁶.** – Or dans la théorie de Japiot, qui est censée être fondée sur le droit de critique, c'est cette conception classique que l'on rencontre. En effet, pour lui, le jugement d'annulation est déclaratif⁸⁶⁷. Ce qui veut dire que la nullité existait dès la formation du contrat, car selon lui « le juge [...] **constate** en passant la nullité qui préexiste et s'impose à lui comme à tous ; ce n'est pas sur cette nullité que porte sa sentence, il ne prononce pas la nullité, il se borne à constater [...] »⁸⁶⁸ cette dernière.

C'est pour toutes ces affirmations que M. Cumyn a estimé que « Japiot se contredit donc lorsqu'il affirme dans d'autres passages, que la nullité n'est point une manière d'être de l'acte »⁸⁶⁹. Cette contradiction chez Japiot est due au fait qu'il n'a jamais abandonné l'état de l'acte dans sa théorie. Pour être en accord avec lui-même, dans un article paru en 1914, Japiot

⁸⁶⁴ Ce qui fait que pour Japiot, il y aurait inexistance en cas de « défaut absolu de l'élément [...] et l'impossibilité de concevoir l'acte en l'absence de cet élément [...] » comme l' « impossibilité matérielle de l'objet » ou « Si le contrat manque de l'un de ces éléments en l'absence desquels on estime naturel de le déclarer inefficace » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 262, 264, 603, 630).

⁸⁶⁵ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 6.

⁸⁶⁶ D. Deroussin, « Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 203. C'est pour cela que C. Guelfucci-Thibierge, qui veut combattre les excès de la théorie classique, a estimé que « la nullité ne s'apparente pas à un état de l'acte : elle n'existe donc pas du jour de la conclusion de celui-ci ; pour produire ses effets, la nullité doit être prononcée, et **non constatée** [...] » (C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 517).

⁸⁶⁷ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 39.

⁸⁶⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 396.

⁸⁶⁹ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 39.

a semblé rejeter le droit de critique, car il est difficile de se passer de l'état de l'acte dans la théorie des nullités⁸⁷⁰. Ce qui se rencontre chez les autres auteurs modernes aussi.

b. Le maintien de l'état de l'acte chez les autres auteurs après Japiot

201. Tout est venu de l'ambiguïté introduite par Gaudemet dans la théorie moderne. – Après avoir soutenu que le critère de distinction entre la nullité absolue et la nullité relative est l'intérêt protégé⁸⁷¹, il estime qu'avec « ...l'absence d'un **élément essentiel** de l'acte sans qu'il y ait pour autant atteinte à l'ordre public [...] le cercle des ayants droit [...] comprend tous les particuliers intéressés [...] »⁸⁷². Ce qui revient à faire de l'absence d'un élément essentiel dans l'acte, un critère de la nullité absolue naturelle⁸⁷³. D'ailleurs, la jurisprudence semble aller dans le sens de Gaudemet. Ainsi, alors qu'il n'y a aucune atteinte à l'intérêt général, ont été sanctionnés par la nullité absolue, les actes auxquels faisaient défaut le consentement⁸⁷⁴, l'objet⁸⁷⁵ et la cause⁸⁷⁶. On retrouve la même position chez Dupeyron aussi⁸⁷⁷.

C'est sans doute pour remédier à cette incohérence des auteurs modernes, qui professent le droit de critique mais qui recourent à l'état de l'acte dans, que le projet Catala de réforme du droit des obligations indique dans ses articles 1109-2, 1122, 1124-1 que l'absence d'un élément, fut-il essentiel doit être sanctionnée par la nullité relative⁸⁷⁸. Mais, comme ce projet

⁸⁷⁰ Ainsi pour Japiot, « Nous serions tenté maintenant de considérer comme inutile l'effort que nous avons fait [...] en faisant intervenir ici notre idée du droit de critique » (Japiot, note Jrrisp. Dans la Rev trim. 1914. p. 680. : cité par G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 300; voir aussi C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 395).

⁸⁷¹ Cf. *supra*, n° 163.

⁸⁷² E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 168.

⁸⁷³ *Idem*. Planiol et Ripert estiment que doivent être sanctionnés par la nullité relative, les actes dont font « [...] défaut le consentement ou [...] de cause [...] » (M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., t6, p.375).

⁸⁷⁴ **Civ. 3^e**, 15 avril 1980, *Bull. civ* III, n°73, p. 53 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1986, *Bull. civ.*, I, n° 159, p. 159.

⁸⁷⁵ Dans cette affaire la Cour a estimé que la nullité d'une vente pour indétermination de prix n'est pas relative mais absolue, alors que l'intérêt général n'est pas en jeu. (Com, 30 novembre 1983, *Bull. civ.*, IV, n° 333, p. 288).

⁸⁷⁶ Dans cette affaire il s'agissait d'une vente avec un prix dérisoire. Si la logique de la théorie moderne des nullités avait été suivie, la sanction de cet acte aurait été une nullité relative, puisque l'ordre public n'est pas en jeu. Mais la Cour a estimé ici que la nullité relative ne peut jouer (Cass. civ. 1^{ère}, 20 octobre 1981, *Bull. civ.*, I, n° 301, p. 253. voir aussi Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. 4).

⁸⁷⁷ *Idem*, p. 4.

⁸⁷⁸ P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 85. *Contra* : On retrouve cette même volonté d'ajouter à l'intérêt protégé, l'état de l'acte chez Hébraud aussi, qui a estimé que « C'est un des signes de l'élaboration très poussée du droit français que d'être

n'a pas été adopté, il est nécessaire de s'interroger sur cette cohabitation entre l'état de l'acte et le droit de critique dans cette théorie moderne.

2. La place de l'état de l'acte dans la théorie moderne

202. **Les modernes n'ignorant pas le critère de l'état de l'acte, ils ont cherché à en préciser la place.** – Pour Bandrac, l'état de l'acte doit remplacer le droit de critique, car il « [...] apparaît [...] que la substance de l'action en nullité réside, comme le pensaient les classiques, dans l'état de l'acte [...] »⁸⁷⁹.

203. **Quant à G. de la Pradelle, il tente de fusionner les deux, en estimant que la nullité concerne la substance et la réaction.** – La substance désignait l'état de l'acte et la réaction, le droit de critique. En effet, « l'acte juridique est le cadre où se développent soit la réaction substantielle -c'est la validité- soit la sanction de réaction -c'est la nullité-, dont le droit de critique est l'expression »⁸⁸⁰. D'après G. de la Pradelle, les classiques se seraient arrêtés à la substance en oubliant la réaction, alors qu'il faut prendre en compte les deux⁸⁸¹.

Il ressort de tout cela que « l'analyse de M. de la Pradelle révèle que la nullité n'est pas que réaction : elle est aussi absence de sanction substantielle [...] »⁸⁸². Chez lui, l'état de l'acte n'est pas opposé au droit de critique ; les deux ont des domaines distincts : l'état de l'acte joue pour la validité, le droit de critique pour la nullité. Cependant, cette construction n'a aucun impact sur la classification des nullités, dès lors que la prise en compte de l'état de l'acte est cantonnée aux cas dans lesquels l'acte est valable, dans la mesure où un acte valable est inattaquable. Ce qui revient à ne donner aucune place à l'état de l'acte dans la théorie des nullités.

parvenu à conférer une réalité essentielle au droit substantiel, entité dont l'action n'est que l'exercice judiciaire. Cette vue générale des choses conduit à replacer le cœur du phénomène de la nullité dans l'état de l'acte lui-même, dans le vice dont il est entaché, le droit de critique étant issu de cette situation comme un corollaire ou une réaction. » (Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. XXI). C'est pour cela que Dupeyron a estimé que « ce n'est pas parce que l'état d'un acte n'est pas un état d'inexistence que l'état de l'acte n'existe pas » (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 322).

⁸⁷⁹ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 42.

⁸⁸⁰ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 237.

⁸⁸¹ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 43.

⁸⁸² *Idem*, p. 44.

204. **D'autres, sans chercher à répartir les rôles de l'état de l'acte ou du droit de critique, élaborent une théorie des nullités articulant les deux, quitte à « [...] préciser les rapports qu'ils entretiennent [...] »⁸⁸³ ensemble.**— Ainsi « la recherche d'une nouvelle conception de la nullité distinguée de l'état de l'acte et du droit de critique, sans pour autant les bannir au sein de cette théorie, devrait aboutir à une définition de la nullité propre à fonder une **construction d'ensemble** »⁸⁸⁴. Cependant, cette théorie, construite autour de la responsabilité résultant de la nullité et de la restitution, si elle marginalise l'état de l'acte et le droit de critique, n'offre aucun autre critère de distinction des nullités pour les remplacer. C'est pour remédier à cette absence de critère, qu'elle propose d'exclure toute distinction des nullités, au motif « [...] que les qualificatifs de **relative** ou **absolue** appliqués aux titulaires du droit de critique ou au régime de leur action, **ne devraient pas être accolés au terme de nullité** »⁸⁸⁵. En effet, « le concept de nullité est **unitaire** : il n'existe pas de différence de nature entre les nullités absolues et relatives »⁸⁸⁶.

Conclusion de la section

205. **Ont été mises en évidence les limites du critère de distinction des nullités, fondé sur l'état de l'acte, chez les classiques.** — Pour remédier à ces limites, les modernes proposent le droit de critique, qui n'est pas l'état vicié de l'acte, mais la réaction suscitée par cet état vicié. C'est-à-dire l'action en nullité. Pour déterminer les titulaires de cette action, ils recourent à l'intérêt protégé par la règle violée. Ce qui pousse Japiot à toute une casuistique, dans la distinction des nullités, parce qu'il ne veut pas prendre en compte le but général, mais le but particulier de chaque loi. D'où l'intervention des autres auteurs modernes, en vue de remettre de l'ordre dans la théorie moderne. Ainsi se vérifie la troisième hypothèse de ce travail.

206. **De plus, il a été montré que le droit de critique, renvoyant au but de la règle violée, ne peut pas à lui seul expliquer toutes les distinctions des nullités.** — Conformément à la première hypothèse de ce travail, qui soutient que ni la théorie classique, la théorie moderne n'arrivent à bien expliquer les nullités dans le droit positif. Pour remédier à cette

⁸⁸³ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 6.

⁸⁸⁴ *Idem*, p. 6.

⁸⁸⁵ *Ibid*, p. 236.

⁸⁸⁶ *Ibid*, p. 224.

incapacité du droit de critique à rendre compte du droit positif, certains auteurs contemporains tentent un retour vers la théorie de l'état de l'acte, d'autres prennent en compte le droit de critique et l'état de l'acte. Ce qui permet de vérifier la troisième hypothèse de ce travail, qui soutient qu'il n'y a pas d'un côté la doctrine moderne, attachée au droit de critique, et de l'autre la doctrine classique, attachée à l'état de l'acte ; il n'y a que des auteurs, qui peuvent utiliser les deux à la fois. En l'occurrence, c'est ce qu'ont fait les auteurs dits modernes, quand ils ont compris que le droit de critique est incapable d'expliquer correctement la distinction des nullités.

207. Quant à la théorie de M. Cumyn, elle est plus révolutionnaire. – En effet, cette théorie consiste à abandonner totalement le droit de critique tout en utilisant le but de la règle violée comme critère de distinction. Ainsi les nullités ne sont pas les mêmes selon que les règles ou les principes violés ont un but équitable ou pas. D'où la nécessité d'étudier cette solution maintenant.

Section 2 : Les limites de l'équité comme critère de distinction des nullités

Si l'équité est apparue comme un critère de distinction des nullités, corrigeant les carences du critère lié à l'intérêt protégé (Sous-section 1), ce nouveau critère n'est pas au-dessus de toute critique, car il est lui aussi fondé sur le but de la règle ou du principe violé⁸⁸⁷ (Sous-section 2).

Sous-section 2. L'équité : un remède aux insuffisances du droit de critique

Avant de proposer un nouveau critère de distinction des nullités (§ 2), M. Cumyn a d'abord montré les insuffisances du droit de critique et de l'intérêt protégé (§ 1).

⁸⁸⁷ Ainsi pour M. Cumyn, « Le critère véritable permettant de déterminer la nature de la nullité est le but de la loi, soit ; mais ce but [...] diffère fondamentalement selon que la nullité est relative ou absolue. Dans le premier cas, il s'agit de promouvoir la justice contractuelle et dans le second, de contrôler l'utilité sociale du contrat » (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit. p. 41).

§ 1. La critique de la théorie moderne par M. Cumyn

208. **Dans la théorie classique, le critère de distinction des nullités est l'état de l'acte.**—Dans la théorie moderne, ce critère est lié à l'intérêt protégé par la règle violée. L'originalité de cette nouvelle théorie consiste à chercher à dépasser cette opposition en proposant un nouveau critère. Ce nouveau critère n'est lié ni à l'état de l'acte, ni à l'intérêt protégé. Pour atteindre cet objectif, M. Cumyn critique-t-elle l'état de l'acte et l'intérêt protégé en cherchant à « [...] dépasser ces deux schémas de pensée trop réducteurs que sont la théorie dite moderne et la théorie dite classique »⁸⁸⁸.

Ainsi, pour elle, l'intérêt protégé n'est plus pertinent pour expliquer toutes les nullités, car la notion d' « ...intérêt protégé ne permet [...] pas, en elle-même, d'identifier les titulaires de l'action en nullité. Au contraire le sens de cette expression change, selon qu'il s'agit d'une nullité relative ou absolue »⁸⁸⁹. S'il s'agit d'une nullité relative, on peut parler d'intérêt protégé⁸⁹⁰, mais s'il s'agit d'une nullité absolue, il ne s'agit pas d'un intérêt protégé mais de « l'intérêt à agir en justice »⁸⁹¹.

209. **Bref, l'intérêt protégé mais aussi le droit de critique ne peuvent donc pas fonder la distinction des nullités.** — En effet « tout comme la notion de droit de critique, celle d'intérêt protégé, de personne protégée ou de personne intéressée sert donc à établir un faux parallèle entre la nullité relative et la nullité absolue, tout en ne fournissant que l'illusion d'un critère de distinction entre elles : le véritable critère de distinction demeure caché [...] »⁸⁹². Or c'est justement ce critère caché qu'elle cherche à découvrir pour remplacer le critère lié à l'intérêt protégé dans sa théorie.

⁸⁸⁸ *Idem*, p. 4.

⁸⁸⁹ C'est pour cela que M. Cumyn a estimé « [...] que la théorie du droit de critique doit être remise en cause de manière beaucoup plus fondamentale. Il est vrai qu'elle décrit assez bien la nullité relative, qui est la possibilité offerte à une partie de faire annuler le contrat ou encore de le confirmer. Mais la nullité absolue n'est le droit de critiquer un acte non conforme au droit : cet acte est nul. Le supposé droit de critique n'est que le droit d'agir en justice pour faire valoir la nullité, doit que possède toute personne ayant un intérêt juridique suffisant. Il n'est donc pas de même nature que le droit de critique en matière de nullité relative » (*Ibid*, p. 41).

⁸⁹⁰ *Ibid*, p. 3.

⁸⁹¹ *Ibid*.

⁸⁹² D'où la nécessité pour elle de mettre « en cause le bien-fondé des notions de droit de critique et d'intérêt protégé » (*Ibid*, pp. 3, 41.)

§ 2. La théorie proposée par M. Cumyn

La nouvelle théorie des nullités, proposée par M. Cumyn, a utilisé le critère lié à l'équité (A) pour distinguer les nullités (B).

A. Le critère proposé par M. Cumyn

210. Pour M. Cumyn, il ne suffit pas de détruire, mais il faut aussi reconstruire la théorie des nullités. – Par conséquent, « quelle solution de remplacement peut-on trouver à la théorie du droit de critique »⁸⁹³. Pour répondre à cette question, elle a estimé que le nouveau critère de « distinction entre la nullité absolue et la nullité relative découle d'une opposition entre le droit strict [...] et l'équité [...] »⁸⁹⁴. Cette solution va totalement changer la théorie des nullités en la fondant sur la morale. En effet, pour M. Cumyn, il ne suffit que pas que le contrat soit légal pour qu'il soit valable; il faut aussi qu'il soit juste⁸⁹⁵.

Si le contrat est injuste, sa sanction pourrait être la nullité, au même titre que pour les contrats qui ne respectent pas la loi lors de leur formation. Ces deux sources de nullité vont fonder les deux types de nullité dans cette nouvelle théorie. Par conséquent, chez M. Cumyn, pour distinguer les nullités, il est nécessaire d'utiliser le critère lié à l'équité.

B. La distinction des nullités proposée par M. Cumyn

Pour cette nouvelle théorie, la nullité sera de droit si le contrat porte atteinte au droit strict lors de sa formation (I) ; elle sera équitable, si le contrat porte atteinte à l'équité lors de sa formation (II).

⁸⁹³ *Ibid*, p. 3.

⁸⁹⁴ *Ibid*, pp. 8, 254.

⁸⁹⁵ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., pp. 166, 201, 220.

I. Les nullités de droit

Dans cette théorie, le critère lié au « droit strict [...] définit les conditions de légalité du contrat [...] »⁸⁹⁶, ces conditions de légalité étant elles-mêmes divisées entre les conditions d'existence, sanctionnées par l'inexistence (1), et les conditions d'utilité sociale, sanctionnées par la nullité absolue (2).

1. L'inexistence

211. Pour J. Ghestin, « les règles relevant du droit strict établissent en termes objectifs et généraux les conditions d'existence [...] du contrat »⁸⁹⁷. – Mais que faut-il entendre par condition d'existence du contrat ? Répondre à cette question, en utilisant la gravité du vice, reviendrait à utiliser le critère de l'état de l'acte. Or l'objectif de M. Cumyn est de dépasser la théorie classique⁸⁹⁸. Aussi, estime-t-elle que ces conditions légales visent à « permettre l'identification du contrat, dans le cas de condition d'existence »⁸⁹⁹. Ce qui fait que si le contrat viole une règle, qui permet de l'identifier, ce contrat ne sera pas nul mais inexistant, car pour cette théorie, « L'inexistence ne trouve à s'appliquer que lorsque les critères permettant l'identification du contrat ne sont pas rencontrés »⁹⁰⁰. Cela est différent de l'état de l'acte, qui fonde l'inexistence sur la gravité du vice, sauf à considérer que c'est la gravité du vice qui fait que le contrat n'est pas reconnaissable ici. Cependant, en ce qui concerne la nullité absolue, cette théorie est moins originale, car elle reprend le critère moderne.

⁸⁹⁶ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 8.

⁸⁹⁷ *Idem*, p. X. (préface)

⁸⁹⁸ Cf. *Supra*, n° 208.

⁸⁹⁹ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 170. Pour J. Ghestin, « Les conditions d'existence sont des conditions purement formelles, qui permettent l'identification ou le diagnostic d'une situation devant recevoir la qualification de contrat. Les conditions de légalité concernent la conformité du contrat à l'ordre public de direction » (*Idem*, p. X).

⁹⁰⁰ *Ibid*, p. 8.

2. La nullité absolue ou nullité *ab initio*

212. Dans cette théorie, il peut arriver qu'un contrat viole la loi, sans pour autant être systématiquement inexistant, car dans certains cas, le contrat sera nul de nullité absolue. – Mais cette « nullité absolue [...] suppose l'existence d'un contrat dont elle sanctionne la non-conformité au droit strict [...] elle occupe une position intermédiaire entre l'inexistence et l'annulabilité : il s'agit d'une nullité *ab initio* »⁹⁰¹. Ce qui distingue cette nullité de l'inexistence⁹⁰², qui sanctionne elle aussi la violation d'une règle, c'est que, selon J. Ghestin, elle sanctionne la non-conformité « [...] du contrat à l'ordre public de direction »⁹⁰³, c'est-à-dire à une règle d'« utilité sociale [...] »⁹⁰⁴.

Cela peut rapprocher cette théorie de la théorie moderne qui sanctionne elle aussi la violation de l'ordre public de direction par la nullité absolue. Mais la ressemblance s'arrête là, car en ce qui concerne la nullité relative, cette théorie n'utilise pas le même critère que la théorie moderne : elle utilise l'équité.

II. Les nullités équitables

213. Il peut arriver qu'un contrat viole l'équité, lors de sa formation, tout en étant conforme à la loi dans certains cas. – La nullité relative viendrait justement sanctionner une telle violation. En effet, selon M. Cumyn, « la nullité relative, recours **équitable**, permet à une partie lésée dans la formation d'un contrat, pourtant reconnu comme valable par le droit strict, d'en écarter l'application, si les circonstances le justifient »⁹⁰⁵.

Dans la théorie moderne, on distingue la nullité absolue de la nullité relative en se fondant sur l'intérêt protégé par la loi violée, mais pour M. Cumyn, si « La nullité absolue sanctionne la non-conformité du contrat aux conditions d'existence et de légalité prescrites par le droit strict [...] La nullité relative permet de remédier à une atteinte concrète à la justice contractuelle

⁹⁰¹ *Ibid*, p. 8.

⁹⁰² *Ibid*, p. 32.

⁹⁰³ *Ibid*, p. X.

⁹⁰⁴ *Ibid*, p. 170.

⁹⁰⁵ *Ibid*, p. 9.

[...] »⁹⁰⁶. Cette justice contractuelle n'est rien d'autre que l'équité, car selon elle, c'est « [...] l'équité qui se préoccupe du caractère juste de l'entente [...] »⁹⁰⁷. C'est donc cette équité qui permet de distinguer la nullité relative de la nullité absolue. En effet, chaque fois qu'un contrat violera une règle ou un principe, dont le but est la garantie de l'équité dans le contrat, la nullité sera relative⁹⁰⁸. D'où la nécessité de montrer les limites de cette équité comme critère de distinction des nullités.

Sous-section 2. L'équité : un remède insuffisant pour corriger le droit de critique

L'équité, le critère de distinction de cette nouvelle théorie est critiquable (§ 1). D'où la nécessité de rejeter les distinctions des nullités proposées par cette dernière (§ 2).

§ 1. La critique du critère de distinction des nullités proposé par la théorie fondée sur l'équité

214. Que « Dieu nous garde de l'équité des parlements »⁹⁰⁹. – Cet adage de l'ancien droit montre la méfiance qu'inspirait, au peuple, l'équité des Parlements, synonyme d'arbitraire des juges. Ce qui fait que le système français est resté très méfiant envers le pouvoir des juges. Dans ce système, contrairement au système de la *Common law*, le juge ne participe pas à la fabrication de la norme ; il se contente de l'interpréter⁹¹⁰. Ce principe est posé dans l'article 5 C. civ. Par conséquent, en France, le juge ne juge pas en équité mais en droit, parce que, selon l'article 12 , al 1 CPC., « le juge tranche le litige conformément aux **règles de droit** qui lui sont applicables ». Cependant, selon l'alinéa 4 de ce texte, le juge peut statuer en équité, si les parties, pour les droits dont ils ont la libre disposition, le demandent. Dans ce cas, « le juge est habilité à éluder l'application de la règle de droit pour statuer en équité »⁹¹¹.

⁹⁰⁶ *Ibid*, p. 128.

⁹⁰⁷ *Ibid*, p. 8.

⁹⁰⁸ *Ibid*, pp. 243-244.

⁹⁰⁹ *Ibid*, p. 75.

⁹¹⁰ Fr. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, Paris : Librairie Marescq 1894, p. 32.

⁹¹¹ Ch. Lefort, *Procédure civile*, Paris : Dalloz, 2005, p. 161.

L'équité peut aussi motiver le choix du juge entre les diverses méthodes d'interprétation de la loi : l'interprétation littérale, l'interprétation téléologique, l'interprétation par analogie, l'interprétation *a contrario* et l'interprétation *a fortiori*... peuvent être choisies en se fondant sur l'équité. Quant à l'article 1135 C. civ. il permet, lui aussi, au juge, lors de l'interprétation des effets du contrat, d'ajouter à ce dernier « [...] toutes les suites que l'**équité** [...] » lui donne⁹¹².

215. La question qui se pose maintenant est de savoir si le juge peut juger en équité en dehors de ces cas. – Comme l'article 4 C. civ. ordonne au juge de juger, même s'il n'y a pas de loi, dans ce cas, on peut estimer que s'il n'y a pas de loi, le juge pourrait juger en équité, ne serait-ce que pour motiver sa décision, conformément à l'article 455 CPC qui dispose que « le jugement doit être motivé ». C'est au demeurant pour cette raison que Portalis estime que « Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure [...] il faut consulter [...] l'**équité**. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives »⁹¹³.

216. Mais le juge peut-il opposer l'équité à la loi ? – Cette nouvelle théorie le laisse entendre. En effet, pour elle, le juge peut accorder « [...] un recours à une partie victime d'une injustice découlant d'un contrat valide, selon le droit strict »⁹¹⁴. Cependant, cette affirmation a été contredite par la jurisprudence⁹¹⁵. En effet, la Cour de cassation a estimé qu'il « n'appartient pas aux tribunaux, quel qu'**équitable** que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées »⁹¹⁶, puisque l'équité n'est pas une source de droit en France⁹¹⁷. Or, si le juge ne peut pas juger en équité, il est impossible de dire qu'un contrat, qui est conforme à la loi mais contraire à l'équité, pourrait être annulé par le juge, car le juge français ne juge pas en équité mais en droit. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé Japiot, en estimant que « rien ne serait plus contraire

⁹¹² Il en est de même dans l'article 565 C. civ sur l'accession ou dans l'article 270 C. civ sur les prestations compensatoires, qui parlent tous de l'équité.

⁹¹³ J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., pp. 13, 108.

⁹¹⁴ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 210.

⁹¹⁵ Civ. 2 dec. 1947: Gaz. Pal. 1948. 1. 36; Cass. Soc. 12 mai 1965: D. 1965. 652.

⁹¹⁶ Civ. 6 mars 1876, *D.P.* 1876, 1 ; Depuis cet arrêt les juges ont toujours rejeté l'équité. (Cass. civ. 14 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934, 1, p. 58 ; Com., 18 janv. 1950, D. 1950, p. 227 ; Com., 18 mars 2009, Bull. civ. III, n° 64 ; D. 2009, AJ, p. 950, obs); voir aussi J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1057).

⁹¹⁷ Soc. 4 dec. 1996: Bull. Civ. V, n° 421. note, Molfessis, RTD civ. 1998. 221. Même si Ripert a admis la soumission du contrat à la morale en droit français, pour lui, cette soumission ne veut pas dire que l'on peut mettre en cause un contrat déséquilibré ; au contraire, cette soumission veut dire qu'il faut respecter la parole donnée. (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd, Paris, 1925, p. 38).

aux principes essentiels de notre droit, issus de la Révolution, que de reconnaître au juge le droit d'accorder ainsi une faveur et de dispenser de l'observation des lois ou des actes conformes à ces lois ; frappé par l'inconvénient de l'arbitraire du juge dans l'ancien droit, le législateur s'est appliqué à restreindre les pouvoirs du juge dans les limites les plus strictes »⁹¹⁸.

Par exemple, si on admet l'équité, comme cause de nullité, indépendamment de toute disposition positive, on pourrait tout à fait estimer que tout contrat lésionnaire devrait être annulé pour atteinte à l'équité. Or, les articles 1118 et 1313 C. civ. disposent que l'action en rescision pour lésion est impossible pour les majeurs, même en cas de lésion et donc d'atteinte à l'équité, si une loi particulière ne prévoit pas cette sanction⁹¹⁹. Donc, contrairement à ce qu'affirme cette théorie, un contrat peut être inéquitable mais valide, s'il est conforme à la loi (le droit strict), comme c'est le cas avec la lésion. C'est pour cette raison que ce critère lié à l'équité est à rejeter, d'autant qu'il existe en France d'autres correctifs aux déséquilibres dans les contrats.

217. Ainsi la jurisprudence cherche à corriger les déséquilibres dans les contrats sans recourir au concept d'équité. – Elle a sanctionné, par exemple, les rémunérations

⁹¹⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 341. Même dans le droit anglais, ou M. Cumyn a tiré ce concept d'équité, il y a débat sur le sujet, car **Blackstone**, un britannique cité ici par Perrin, a estimé que « Si les jugements dépendaient de l'opinion des juges, s'ils étaient arbitraires, les hommes ne seraient que des esclaves de leurs magistrats [...] » (J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., p. 32). Mais selon l'article 138 BGB « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul. Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre, tire profit de la situation, en ce que celui-ci lui promette ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite de valeur patrimoniale, **qui excèdent la valeur de la prestation fournie**, de telle façon qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soient par rapport à cette prestation dans une disproportion choquante » ; C'est après la lecture de cet article que Saleilles a estimé qu'en droit allemand, « le juge [...] est avant tout, le gardien des intérêts généraux, en ce qui touche le maintien de la moralité publique [...] », il a tenu à préciser que « **Le danger de cette fonction si vaste et si complexe est de donner au juge des pouvoir sans limites**, qui laissent les particuliers exposés aux appréciations purement subjectives que chacun puisse se faire de la moralité publique. Il importe donc de tracer sous ce rapport au pouvoir judiciaire certaines limites de nature objective... » (R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit. pp. 251 et 252). Dans le projet de réforme du Code civil, conçu par la Chancellerie à la place du projet Catala, on propose un article qui s'inspire de cet article du BGB, pour supprimer la notion de cause dans le Code civil français. Ainsi selon l'article 86 de ce projet de la Chancellerie, « Un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt, lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire » Ce qui permettra, si cette réforme est reprise par le législateur, au juge de juger en équité. C'est pour cela que A. Ghozi et Y. Lequette ont estimé que « [...] sous une apparence assez anodine, ce projet de réforme du droit des contrats **rompt profondément avec notre tradition juridique** [...] le projet de réforme fait perdre aux parties la maîtrise de leur contrat et place celui-ci dans **la main du juge**. » (A. Ghozi et Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de chancellerie », *D*, 2008, n°37, pp. 2612 et 2613). Ce qui prouve qu'avant cette réforme, contrairement à ce que soutient M.Cumyn, le juge ne peut pas utiliser l'équité, pour faire annuler un contrat, car cela sera contraire à la tradition juridique française.

⁹¹⁹ Ce qui prouve que contrairement à ce que peuvent soutenir les philosophes du droit, le juste et l'injuste ne peuvent être délimités que par l'Etat. (G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Pref. D. Gutmann, op. cit., p. 410).

excessives des avocats⁹²⁰. Dans l'affaire Chronopost, elle a sanctionné le déséquilibre des prestations par la nullité en recourant à la notion de cause⁹²¹. En effet, pour elle dans le contrat avec Chronopost, la surfacturation est le prix de la rapidité du transport du colis ; exclure cette rapidité par une clause limitative de responsabilité, c'est dire que le client de Chronopost a payé pour un service qu'il n'est pas sûr d'avoir. Par conséquent, la Cour de cassation a annulé cette clause pour équilibrer les prestations. Ce qui rétablit l'équilibre dans les relations contractuelles. On peut être tenté de dire, à la lumière de cette jurisprudence, que le juge commence à prendre en compte l'équité⁹²². Mais cette décision n'est pas justifiée par l'équité, mais par la notion de cause. En effet, « la notion de **cause** sert ainsi à contrôler la réciprocité et l'**équilibre** des engagements souscrits, de sorte qu'un engagement manifestement exagéré et sans rapport avec la contre-prestation promise peut être réduit au motif qu'il manque de cause »⁹²³. Par conséquent, dans le droit français, l'utilisation de l'équité n'est pas nécessaire, puisque la cause permet de corriger la plupart des déséquilibres. Ce rejet de l'équité est d'autant pertinent que les distinctions, auxquelles son utilisation mène, sont elles-mêmes critiquables.

§ 2. La critique des distinctions des nullités proposées par la théorie fondée sur l'équité

Les distinctions de cette nouvelle théorie sont critiquables, aussi bien en ce qui concerne les nullités de droit (A) que les nullités équitables (B).

A. Les critiques des incohérences des nullités de droit

Les nullités de droit, proposées par cette nouvelle théorie, sanctionnent les conditions d'existence (I) et les conditions d'utilité sociale (II). Or, cette distinction est critiquable.

⁹²⁰ Cass. civ. 29 janv. 1867 : GAJC, 11^e éd., n°266 : Ce qui est dû au fait que le prix n'a pas à être déterminé dans les contrats d'entreprise.

⁹²¹ Com. 22 oct. 1996, D. 1997, p. 121.

⁹²² C'est pour cela que M. Cumyn a estimé que « l'équité se trouve à la base de plusieurs constructions juridiques modernes, bien que trop souvent une pudeur étrange en taise le nom » (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 86).

⁹²³ **D. Deroussin**, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 371.

I. La critique de l'inexistence chez M. Cumyn

218. Pour M. Cumyn, « L'inexistence ne trouve à s'appliquer que lorsque les critères permettant l'identification du contrat ne sont pas rencontrés »⁹²⁴ dans le contrat. – Selon l'article 1107 C. civ., chaque contrat spécial a son régime propre en plus du régime de droit commun⁹²⁵. Ce qui peut expliquer la nécessité d'identifier chaque contrat pour trouver la règle qui lui est applicable. Cette identification n'est possible que parce que chaque contrat a un élément qui le spécifie par rapport au contrat voisin. Ce qui distingue le contrat de travail du contrat d'entreprise, c'est la subordination ; ce qui distingue la donation des contrats voisins, c'est l'intention libérale ; ce qui distingue la société des contrats voisins comme l'indivision, c'est, selon Ulpien, « l'intention de s'associer »⁹²⁶. C'est pour cette raison que les auteurs contemporains aussi ont utilisé l'*affectio societatis* pour distinguer le contrat de société des autres contrats⁹²⁷.

219. Donc si on suit la logique de cette théorie, l'absence d'un de ces éléments devrait être sanctionnée par l'inexistence. – Ainsi la doctrine et la jurisprudence ont longtemps admis l'inexistence des sociétés en cas d'absence d'*affectio societatis*⁹²⁸. Mais un arrêt du 16 juin 1992 est venu exclure l'inexistence en cas d'absence d'*affectio societatis* dans une société⁹²⁹. En général, l'absence de l'élément, permettant d'identifier le contrat, est sanctionnée non par l'inexistence, mais par la requalification⁹³⁰. Ce principe est posé dans les articles 1156 C. civ. et 12 CPC⁹³¹. Ce qui relativise cette distinction, sauf à assimiler la requalification à une inexistence. On rencontre les mêmes limites pour les nullités absolues aussi.

⁹²⁴ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 8.

⁹²⁵ D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2010, p. 2 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P-Y. Gautier, *Droit civil : les contrats spéciaux*, 5^è éd, op. cit., p. 3.

⁹²⁶ Ulpien, D. 17, 2, 31.

⁹²⁷ Ces auteurs montrent ici que ce concept d'*affectio societatis* est né à Rome pour permettre de distinguer la société de l'indivision. (M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit commercial : Les sociétés commerciales*, Paris : LGDJ, 2009, p. 25).

⁹²⁸ H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité*, (Dir M. Chartier), op. cit., p. 109.

⁹²⁹ *Idem*, p. 118.

⁹³⁰ G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 1982, p. 198. ; F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats : Les contrats de travail*, Paris : LGDJ, 2001, p. 21.

⁹³¹ Civ. 3^è, 29 janv. 1970: Bull. Civ. III, n° 73; Soc, 30 oct. 2002: Bull. Civ. V, n° 332; Civ. 1^{ère}, 4 Nov. 1981: Bull. civ. I, n° 329.

II. La critique de la nullité absolue

220. **Le critère utilisé par M. Cumyn pour distinguer la nullité absolue de l'inexistence est l'intérêt protégé.** – La nullité absolue est fondée sur l'utilité sociale, c'est-à-dire sur l'intérêt général. Or, Chevallier a déjà montré combien ce critère est imprécis⁹³². Aussi, M. Cumyn a-t-elle reconnu que « la frontière est souvent difficile à tracer entre la justice contractuelle et l'utilité sociale [...] Il faut donc se poser la question, dans le cas de chaque règle à laquelle on est confronté : cette règle vise-t-elle la justice contractuelle, c'est-à-dire la justice des rapports entre les parties ou vise-t-elle l'utilité sociale, c'est-à-dire une meilleure organisation des rapports sociaux ? »⁹³³. Ce qui revient à exclure tout critère abstrait et donc toute théorie.

Au fond, ces propositions ne résolvent pas les imperfections de la théorie moderne ; elles les entérinent, alors qu'elles étaient censées corriger les limites de l'intérêt protégé⁹³⁴. On rencontre les mêmes critiques dans l'étude des nullités équitables.

B. La critique des nullités équitables du fait de leur confusion avec la responsabilité

221. **Cette nouvelle théorie est critiquable, car elle confond la nullité équitable avec la responsabilité.** – En effet, on ne peut pas invoquer cette nullité si on n'a pas subi un préjudice qui doit matérialiser l'atteinte à l'équité. C'est ce qu'a contesté C. Guelfucci-Thibierge, bien avant les travaux de M. Cumyn (I). Critiques qui sont tout à fait pertinentes (II).

⁹³² Cf. *Supra*, n° 178.

⁹³³ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit. pp. 243-244.

⁹³⁴ *Idem*, p. 41.

I. Une confusion critiquée par C. Guelfucci-Thibierge

222. **Normalement la nullité ne sanctionne que la violation des conditions de formation du contrat ; elle ne se soucie pas de savoir si cette violation a causé un préjudice ou pas.** – Ce principe reste valable tant pour la nullité absolue que pour la nullité relative. Aussi, C. Guelfucci-Thibierge estime-t-elle qu’après « avoir constaté l’existence d’un vice du consentement, un juge ne pourrait refuser d’annuler le contrat au motif que la victime de l’erreur n’établit aucun préjudice. D’ailleurs, il n’est pas d’auteur qui exige ouvertement une telle condition pour permettre l’annulation du contrat »⁹³⁵. Or, c’est justement ce que semble exiger M. Cumyn. En effet pour J. Ghestin, « Mme Cumyn soutient qu’il faudrait que la partie protégée établisse qu’elle **a subi un préjudice** du fait de la violation, pour avoir le droit d’obtenir la nullité du contrat. »⁹³⁶. Cette association entre la nullité et la responsabilité ne concerne pas toutes les nullités ; elle serait réservée aux nullités relatives, car si « la nullité relative assure la protection de la personne habile à l’invoquer [...] La nullité absolue, quant à elle, n’a pas pour but de remédier aux effets préjudiciables subis par les personnes habiles à l’invoquer [...] »⁹³⁷.

223. **On peut critiquer cette façon de dire que la nullité relative vise à réparer un préjudice**⁹³⁸. – En effet, « la notion de nullité a [...] le caractère objectif [...] tendant au rétablissement de la légalité transgressée lors de la conclusion du contrat. Cette finalité, distincte de celle, subjective, de la responsabilité [...] qui ne tend qu’à la réparation du préjudice subi par l’une des parties [...] »⁹³⁹ distingue la nullité de la responsabilité. Cette critique, émise avant les travaux de M. Cumyn, est tout à fait pertinente. En effet, la nullité n’a pas pour fonction la réparation d’un préjudice, mais la sanction d’un acte. C’est pour cette raison qu’Aubry et Rau avaient déjà estimé, au XIX^{ème} siècle, que le juge ne peut pas refuser de prononcer la nullité « [...] sous prétexte que la contravention à la loi n’a causé aucun

⁹³⁵ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 262.

⁹³⁶ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l’équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. XI.

⁹³⁷ *Idem*, p. 3.

⁹³⁸ Ainsi pour C. Guelfucci-Thibierge, « Le concept de nullité est unitaire : il n’existe pas de différence de nature entre les nullités absolues et relatives [...] Qu’elles soient absolues ou relatives, les nullités tendent à restaurer la légalité violée lors de la conclusion du contrat » (C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 224).

⁹³⁹ *Idem*, p. 366. Mais J. Ghestin, en parlant de C. Guelfucci-Thibierge, a estimé qu’on « [...] peut discuter, par exemple, l’affirmation répétée que la nullité doit sanctionner les règles positives sans tenir compte des comportements des demandeurs en annulation ou des défendeurs, à partir du postulat contestable que la nullité ne pourrait avoir pour but de protection d’une partie, ce dernier étant réservé à la responsabilité » (*Ibid*, p. XIV).

préjudice à celui qui l'invoque »⁹⁴⁰. Toutes ces critiques disqualifient la nullité équitable, assimilée à la responsabilité chez M. Cumyn. Ce qui s'illustre aussi bien dans les nullités des actes des personnes protégées que dans les nullités sanctionnant l'ordre public de protection.

II. La pertinence de ces critiques

Aussi bien les nullités, sanctionnant les actes passés par des personnes protégées (1) que celles sanctionnant la violation de l'ordre public de protection (2), prouvent les critiques contre les nullités équitables de cette nouvelle théorie.

1. Les arguments tirés du droit des personnes protégées

224. Dans certains cas, on ne peut pas demander la nullité d'un contrat si la cause de la nullité ne cause pas un préjudice au demandeur. – Ainsi, dans la vente du fonds de commerce, qui violerait les formes fixées par la loi du 29 juin 1935, on ne peut pas demander la nullité du contrat si la violation de cette loi n'a pas causé un préjudice. Il en est de même de certains actes passés par une personne protégée⁹⁴¹. C'est pour cette raison que M. Cumyn estime que « la nullité relative ou réduction des obligations de l'incapable sont un moyen de remédier au préjudice que lui cause le contrat, non de sanctionner son inaptitude à y consentir seul. Si le contrat est à son avantage, il n'y a pas lieu d'intervenir. »⁹⁴²

225. Cependant, ces nullités, exigeant un préjudice pour les actes passés par les personnes protégées, existent dans l'article 465 C. civ. nouv. à côté d'autres nullités, qui sanctionnent les actes passés par ces personnes protégées, mais qui n'exigent pas un préjudice, parce qu'elles sont de droit. – Donc, on ne peut pas dire qu'il y a d'un côté les nullités de droit, n'exigeant pas un préjudice, et d'un autre côté les nullités relatives, exigeant un préjudice. Au sein même des nullités relatives, il y a des nullités qui n'exigent pas un préjudice et d'autres qui l'exigent. Aussi, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette estiment-ils que

⁹⁴⁰ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op.cit., T 1, p. 120.

⁹⁴¹ A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, op. cit., p. 124.

⁹⁴² M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 219 ; **Contra** : F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les personnes*, Paris : Presse universitaire de France, 2006, p. 171.

« l'opposition nullité de droit, nullité facultative [...] ne coïncide pas avec la distinction des nullités absolues et des nullités relatives [...] La ligne de césure entre nullité de droit et nullité facultative passe non entre nullité absolue et nullité relative mais au sein même des nullités relatives »⁹⁴³. Ce qui met en cause l'opposition de cette théorie entre les nullités absolues, considérées comme des nullités de droit n'exigeant pas préjudice, et les nullités relatives, considérées comme équitables et exigeant un préjudice. En effet, il y a des nullités relatives qui sont de droit et qui peuvent être invoquées sans prouver un préjudice. Ces limites de l'assimilation de la nullité relative à la responsabilité apparaissent aussi dans l'étude de l'ordre public de protection.

2. Les arguments tirés des nullités résultant de l'atteinte à l'ordre public de protection

226. **Cette nouvelle théorie est fondée sur le postulat suivant : la nullité relative est une nullité équitable qui ne peut être invoquée que si le demandeur subit un préjudice.** – Or, en cas de nullité relative pour atteinte à l'ordre public de protection, on peut invoquer cette nullité sans préjudice. Si toutes les nullités relatives visent à réparer un préjudice, comment expliquer que cette nullité n'ait pas ce but ? Pour J. Ghestin, on ne peut pas rattacher toutes les nullités relatives à l'équité et donc à la responsabilité, car les nullités relatives d'ordre « public de protection [...] contreviennent au fondement équitable de la nullité relative, dans la mesure où la simple violation de la loi donne ouverture au recours en faveur de la partie protégée, sans qu'elle ait subi le moindre préjudice »⁹⁴⁴.

227. **Cela montre la faiblesse de l'équité, comme critère de distinction des nullités relatives.** – En effet, elle ne peut pas expliquer pourquoi les nullités sanctionnant la violation

⁹⁴³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., pp. 406-407. Laroumet aussi est allé dans le même sens, en estimant que « la **nullité de plein droit** ne s'oppose pas à la nullité relative, mais bien à la nullité facultative pour le juge. Or une nullité relative peut parfaitement être une nullité de plein droit... » (C. Laroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, op. cit., p. 521).

⁹⁴⁴ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. XI; M. Cumyn a elle-même reconnu cette faille de sa théorie, en estimant que s'il est « permis à la partie protégée d'invoquer la violation de la loi sans que celle-ci lui ait causé **un préjudice. Il s'agit d'un développement qui éloigne la nullité relative de sa fonction équitable et dont on peut douter de l'opportunité** » (*Idem*, p. 249). Aussi pour sauver sa théorie, elle a estimé que « la nullité découlant du non-respect des règles relevant de l'ordre public de protection [...] a pour but de remédier au préjudice causé à la partie protégée [...] elle conserve donc, à cet égard, son caractère équitable. D'autre part s'il est possible pour la partie protégée d'invoquer la violation de la loi lorsqu'elle n'en a subi aucun **préjudice**, c'est que la nullité relative répond également à une autre finalité, étrangère à sa **fonction équitable** » (*Ibid*, p. 237).

de l'ordre public de protection sont relatives, alors même qu'elles ne réparent pas un préjudice. Cet ordre public de protection, issu de la loi, est difficile à intégrer dans cette théorie, dans la mesure où elle est fondée sur la distinction entre les nullités de droit, qui visent à sanctionner le non-respect de la loi, et les nullités équitables, qui visent à faire respecter la morale dans le contrat. C'est pour cette raison que l'auteur de cette théorie elle-même s'est demandée si les nullités relatives, issues de la loi « présentent-elles, en dépit de leur origine légale, un certain caractère équitable ? »⁹⁴⁵ Pour elle, il y a des lois d' « ordre public de protection [...] Elles donnent souvent ouverture à de nouveaux recours en nullité relative au profit des personnes protégées. Pourtant, elles ne sont pas à proprement parler une manifestation de l'équité, puisqu'elles sont introduites par le législateur ! »⁹⁴⁶.

Donc, la nullité relative n'est pas fondée que sur l'équité, mais aussi sur la loi. Ce qui met en cause l'opposition entre l'équité, fondant la nullité relative et le droit strict, fondant la nullité absolue, dès lors qu'une loi (le droit strict) peut prévoir une nullité relative.

Conclusion de la section

228. Après avoir montré les limites de l'état de l'acte et du droit de critique dans la distinction des nullités, M. Cumyn s'est fondée sur le but de la règle ou du principe violé - selon qu'il est équitable ou pas⁹⁴⁷-, pour proposer une théorie générale, utilisant l'équité. – Ce qui lui a permis de distinguer les nullités de droit strict des nullités équitables qui nécessitent un préjudice et qui sanctionnent les règles ayant un but équitable. Mais il a été montré dans cette section que le critère lié à l'équité n'est pas admissible. En effet, l'équité n'est pas une source de droit en France, sauf si une loi le prévoit. Quant aux distinctions résultant de l'utilisation de ce critère, il a été montré qu'elles ne peuvent pas refléter le droit positif. Ce qui a permis de vérifier la première hypothèse émise dans ce travail, selon laquelle les théories générales des nullités ne reflètent pas le droit positif.

⁹⁴⁵ *Ibid*, p. 89.

⁹⁴⁶ *Ibid*, p.186; Ce qui fait que pour M. Cumyn, cet ordre public de protection n'est certes pas une équité, mais il justifie la nullité relative en palliant les carences de l'équité, car pour elle « Les solutions équitables ont cependant leurs limites : elles interviennent à titre exceptionnel, dans des situations particulières, pour réparer une injustice consacrée par le droit strict. En raison de ces limites, un nouveau mouvement se dessine : de plus en plus, à partir du XIXe siècle, la justice contractuelle est prise en charge par le législateur. » (*Ibid*, p. 234).

⁹⁴⁷ *Ibid*, pp. 243-244.

Conclusion du chapitre

229. **Dans ce chapitre, les auteurs modernes ont montré les limites du critère de distinction des nullités fondé sur l'état de l'acte.** – Pour remédier à ces limites, ils ont proposé un critère lié au but de la règle violée. Ce but a d'abord pris la forme de l'intérêt protégé, permettant de désigner le titulaire du droit de critique. Ce droit de critique n'est pas l'état vicié de l'acte, mais la réaction suscitée par cet état vicié, c'est-à-dire l'action en nullité. Pour déterminer les titulaires de cette action, ils se sont référés à l'intérêt protégé par la règle violée. Ce qui a poussé Japiot à la casuistique, car il ne voulait pas prendre en compte le but général, mais le but spécifique à chaque loi. D'où l'intervention des autres auteurs modernes, pour remettre de l'ordre dans la théorie moderne, en proposant une distinction des nullités fondée sur l'opposition entre la nullité absolue et relative.

230. **Outre, il a été montré que le critère lié à l'intérêt protégé et au droit de critique est non seulement imprécis, mais ne peut pas à lui seul expliquer toutes les distinctions des nullités dans la théorie moderne.** – Pour remédier à cette incapacité du droit de critique à rendre compte du droit positif, certains auteurs contemporains ont tenté un retour vers la théorie de l'état de l'acte.

231. **D'autres, comme M. Cumyn, ont préféré corriger les limites du droit de critique, non par un retour à l'état de l'acte, mais par le recours à l'équité.** – Mais il a été montré dans ce chapitre que le critère lié à l'équité, tout en étant une variante du but de la règle violée, n'est pas admissible, car l'équité n'est pas une source de droit en France.

CONCLUSION DU TIRE

232. **Au début de ce titre, il a été montré combien il est nécessaire de classer les nullités.** – Or une classification, pour être admissible, doit receler impérativement les trois éléments suivants : un critère, des catégories distinguées par ce critère et les propriétés de ces catégories. Dans ce titre, il a été justement montré qu’aucun de ces éléments, de la classification des théories générales proposées par les auteurs, ne reflète le droit positif.

233. **La vérification des critères utilisés par la doctrine :** – La théorie classique a proposé l’état de l’acte. Mais il a été montré que ce critère ne permet pas toujours de distinguer les nullités dans le droit positif. D’ailleurs, tous les auteurs classiques n’utilisaient pas exclusivement l’état de l’acte. Ainsi, Aubry et Rau, ont-ils utilisé le but de la règle violée tout en étant des classiques. Ce qui montre qu’il n’y a pas d’un cote, la doctrine classique qui est fondée sur l’état de l’acte et de l’autre, la doctrine moderne qui est fondée sur le but de la règle violée. Il n’y a surtout des auteurs, qui peuvent utiliser les deux critères, comme on l’a souligné dans la troisième hypothèse de ce travail.

La doctrine moderne a, quant à elle, utilisé le but de la loi comme critère de distinction. Il a été montré tout au long de ce titre à quel point ce critère est imprécis et incapable de refléter réellement le droit positif. Ce qui a invité d’autres auteurs modernes à réutiliser l’état de l’acte à côté du but de la loi. Ce qui nous a permis de prouver ici aussi des divergences au sein de la doctrine. Cette même divergence sur les critères apparaît encore à propos catégories résultant de l’utilisation de ces derniers.

234. **La vérification les catégories proposées par la doctrine :** – Les auteurs classiques ont proposé l’annulabilité et l’inexistence. Dans ce travail, il a été montré que l’inexistence ne reflète pas totalement le droit positif. Certains auteurs classiques, comme Aubry et Rau, ajoutent la nullité absolue à ces catégories, mais cela n’a pas été accepté par tous.

Chez les modernes, Japiot renonce à toute classification pour préférer dresser un catalogue des nullités. Ce que n’ont pas fait les autres modernes, qui ont tous utilisé des classifications, parfois proches de celles des classiques, sauf Drogoul. Au fond, ii aussi on ne peut pas parler

de doctrine moderne, mais des auteurs qui n'utilisent pas forcément les même catégories. Cette divergence sur ces catégories va influencer les propriétés de ces dernières.

235. La recherche des propriétés de ces catégories : – Dans une classification, chaque catégorie implique un régime – une propriété dans le langage scientifique – qui lui est spécifique. Donc pour appliquer ce régime, il est nécessaire de trouver la catégorie qui lui correspond. Ce qui fait que si les catégories proposées ne correspondent pas aux propriétés prévues, la classification ne tient pas. Or c'est ce que l'on rencontre dans toutes les classifications prévues par les théories générales proposées par la doctrine après le Code civil. C'est ce qui va être précisément montré dans le titre II de ce travail.

TITRE II

L'IMPOSSIBILITE D'UNE THEORIE GENERALE DES NULLITES SE MANIFESTANT DANS LES CONSEQUENCES DE LA DISTINCTION DES NULLITES

236. **Dire d'une nullité que c'est une nullité absolue, une inexistance, une annulabilité ou une nullité relative, ce n'est pas qu'un simple exercice rhétorique ; ces appellations ont des conséquences pratiques sur le régime des nullités.** – D'où la nécessité de classer ces nullités, pour déterminer le régime de chacune d'elles. Par conséquent, comme la classification des nullités est faite pour déterminer le régime de chaque nullité, si les catégories créées par cette classification ne correspondent pas au régime prévu dans cette dernière, elle n'a plus sa raison d'être, car elle ne reflèterait pas le droit positif.

237. **Or, dans ce titre, il sera justement montré que les classifications proposées par les théories générales ne permettent pas de définir, à l'avance, le régime de chaque nullité.** – En effet, dans ces classifications, il ne suffit pas de dire qu'une nullité est absolue pour savoir si elle est confirmable ou pas. Ce divorce entre la classification des nullités et leur régime s'illustre aussi bien dans les conditions de l'action en nullité (Chapitre 1) que dans les conséquences attachées à l'exercice de cette action (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'IMPOSSIBILITE D'UNE THEORIE GENERALE DES NULLITES SE MANIFESTANT DANS LES CONDITIONS DE L'ACTION EN NULLITE

238. L'action en nullité n'existait pas dans le droit romain, du moins, jusqu'à la fin de la procédure formulaire⁹⁴⁸. – En effet, l'acte nul était nul de plein droit⁹⁴⁹. Il y avait certes des actions visant les effets de l'acte invalide, mais elles ne visaient pas l'acte lui-même⁹⁵⁰. C'est quand on est passé de la procédure formulaire à la procédure extraordinaire, sous le règne de *Constantin*⁹⁵¹, que les conditions d'une action en nullité ont été réunies⁹⁵². Ce qui a permis à *Justinien* de créer une véritable action en nullité⁹⁵³.

Dans l'ancien droit, Domat⁹⁵⁴, contrairement à Dunod⁹⁵⁵, avait estimé que l'action en nullité était nécessaire dans tous les cas, car « Quoique une convention se trouve nulle [inexistante], celui qui s'en plaint ne peut se remettre lui-même dans ses droits, si l'autre n'y consent. Mais il faut qu'il ait recours à l'autorité de la justice [...] car, quand il faut user de la force, la justice n'en souffre aucune si elle-même ne la met pas en usage »⁹⁵⁶. Un arrêt d'un Parlement du 16 février 1704 a même rappelé ce principe⁹⁵⁷.

239. Le Code civil reprendra le même principe dans ses articles 1117 et 1304 C. civ. – Ce qui n'est pas le cas du droit allemand qui admet, dans certains cas, une nullité sans une action en nullité. En effet, selon l'article 143 *BGB*, «l'annulation peut s'opérer par voie de déclaration adressée à la partie adverse à l'annulation. »⁹⁵⁸. Après le Code civil, certains auteurs ont estimé que dans le droit français aussi, si l'action en nullité est nécessaire dans

⁹⁴⁸ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., pp. 8, 14, 60 ; Cf. *Supra*, n° 25.

⁹⁴⁹ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 77.

⁹⁵⁰ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.125.

⁹⁵¹ C. J. 2, 58, 1.

⁹⁵² G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 83.

⁹⁵³ *Idem*, p. 88.

⁹⁵⁴ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 242.

⁹⁵⁵ Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 47.

⁹⁵⁶ J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, p. 32.

⁹⁵⁷ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 164.

⁹⁵⁸ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 359.

plusieurs cas, elle ne l'est pas dans tous. D'où des divergences doctrinales sur le régime de cette action, aussi bien en ce qui concerne ses conditions d'existence (Section 1) que ses conditions de disparition (Section 2).

Section 1 : L'impossibilité d'une théorie générale des nullités et l'existence de l'action en nullité

240. Aussi bien la théorie classique que la théorie moderne propose des distinctions des nullités. – Ces distinctions visent à créer des catégories attachées à un régime de l'action en nullité. Or dans cette section, il sera montré que les catégories de nullité proposées par la doctrine ne permettent pas de déclencher systématiquement l'application du régime prévu à l'action en nullité. Cette impossibilité apparaît surtout au cours de l'existence de cette action, c'est-à-dire dans les conditions d'exercice de cette dernière (Sous-section 2). Mais pour que cette action existe, encore faudrait-il qu'elle naisse. Or si la naissance de cette action est soumise à certaines conditions, les catégories de nullité proposées par la doctrine dans les théories générales des nullités ne permettent pas de dire, à l'avance, si ces conditions sont remplies ou pas pour une catégorie de nullité (Sous-section 1).

Sous-section 1. Les difficultés rencontrées par la doctrine dans la précision des conditions de naissance de l'action en nullité au début de l'existence de cette action

240 bis. Pour qu'une action en nullité existe, encore faudrait-il que cette action naisse. Or après le Code civil, certains auteurs ont estimé que si les conditions de naissance de l'action en nullité sont remplies en cas d'annulabilité (§ 1), dans les autres cas, comme l'inexistence, ces conditions ne sont jamais remplies. Par conséquent, si l'acte est inexistant, l'action en nullité ne naît jamais ; c'est l'action en restitution seulement qui devrait naître (§ 2). Ce qui est critiquable, car le droit positif admet l'action en nullité dans ce cas. D'où les difficultés de la doctrine à préciser les conditions de naissance de l'action en nullité.

§ 1. L'annulabilité : une condition nécessaire à la naissance de l'action en nullité dans les différentes théories

Aussi bien chez les classiques (A) que chez les modernes (B), l'annulabilité du contrat est une condition nécessaire à la naissance d'une action en nullité.

A . L'annulabilité comme condition nécessaire à la naissance de l'action en nullité chez les auteurs classiques

241. Si un contrat est annulable, il reste valable jusqu'à son annulation, alors même que son vice existait depuis sa formation. – C'est cette existence provisoire qui explique la naissance d'une action en nullité. Pour justifier cette naissance, certains auteurs ont estimé que le contrat annulable n'est nul que sous condition. Cette condition ne se réalisant que par l'action en nullité, cette action doit naître pour permettre aux parties de réaliser cette condition (I). Cependant, pour d'autres, l'action en nullité est nécessaire pour permettre aux parties de rompre le contrat annulable en mettant un terme à son existence provisoire (II). C'est pour cette raison que l'annulabilité du contrat est considérée comme une condition nécessaire à la naissance de l'action en nullité.

I. La justification de la naissance de l'action en nullité par la nécessité de créer un moyen pour réaliser une condition en cas d'annulabilité

Comme en cas d'annulabilité certains auteurs ont considéré que la nullité est conditionnelle, l'action en nullité naîtrait pour permettre de réaliser cette condition (1). Ce qui est contestable (2).

1. La justification de l'action en nullité par la nécessité de réaliser une condition

242. Le contrat qui viole la loi est invalide depuis sa formation. – Mais, si l'acte est annulable, une action en nullité est nécessaire pour reconnaître cette invalidité. Ce qui pousse à se demander pourquoi une action est-elle nécessaire pour reconnaître cette invalidité, alors même que cette dernière existait depuis la formation du contrat. Pour certains auteurs classiques, si l'action en nullité est nécessaire, c'est parce que la nullité est une condition qui ne se réalise que par l'action en nullité. Ainsi, pour Morte, si l'acte annulable existe avant l'action en nullité « [...] il n'a qu'une existence précaire : car il est en même temps frappé

d'une nullité **conditionnelle** [...] »⁹⁵⁹. On retrouve la même position chez Demante qui parlait lui aussi d'une « nullité conditionnelle »⁹⁶⁰.

Cette condition, à laquelle on assimile la nullité, est définie dans le Lexique juridique comme une « modalité d'un acte juridique faisant dépendre l'existence d'un droit d'un évènement futur dont la réalisation est incertaine »⁹⁶¹. Donc, dire que la nullité est conditionnelle, c'est dire que son existence dépend d'un évènement futur et incertain. Cet évènement futur, c'est l'exercice de l'action en nullité. Par conséquent, Morte a estimé que si celui qui « [...] avait le droit de faire annuler le contrat intente l'action et triomphe, la condition de laquelle dépendait la nullité étant réalisée [...] »⁹⁶², le contrat sera nul⁹⁶³.

Il apparaît donc, clairement, que chez ces auteurs classiques, l'action en nullité, en cas d'annulabilité, est nécessaire, car sans elle, la condition dont la réalisation permet d'anéantir le contrat annulable ne se réalise pas. Néanmoins, cette justification de l'action en nullité par la réalisation d'une condition, en cas d'annulabilité, est critiquable.

2. L'action en nullité n'est pas une réalisation d'une condition

243. Cette justification de l'action en nullité par la nécessité de réaliser une condition existait déjà dans l'ancien droit chez Domat⁹⁶⁴. – Pour lui, « Les conventions [...] peuvent se résoudre [...] par [...] une clause résolutoire ; par l'avènement d'une condition [...] ou par la rescision à cause de quelque dol [...] »⁹⁶⁵. Mais cette assimilation n'a pas été reprise par le Code civil dans son article 1184 C. civ. qui n'admet la résolution du contrat que pour la réalisation d'une condition résolutoire, et non pour un vice de formation. Ce qui n'a pas

⁹⁵⁹ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 185.

⁹⁶⁰ A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome V, p. 492.

⁹⁶¹ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p.123.

⁹⁶² C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 193.

⁹⁶³ Ainsi Demante aussi parlait de l'existence de l'acte vicié « jusqu'à l'avènement de la condition [...] » (A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome V, p. 492).

⁹⁶⁴ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 50.

⁹⁶⁵ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, p. 33.

empêché Mortet d'estimer que « le contrat que la loi déclare annulable est en réalité nul sous condition suspensive et par conséquent valable sous condition résolutoire »⁹⁶⁶.

244. Mais peut-on assimiler l'exercice de l'action en nullité à la réalisation d'une condition suspensive ou résolutoire? – Il y a trois raisons pour répondre par la négative à cette question. Premièrement, si on considère que c'est la saisine du juge, par les parties, qui réalise la condition, cette condition devient potestative (article 1170 C. civ.). En effet, elle ne dépendrait, dans ce cas, que de la volonté d'une des parties qui peut décider d'agir en nullité ou pas⁹⁶⁷.

Deuxièmement, considérer que l'action en nullité est une réalisation d'une condition résolutoire revient à dire que cette condition est temporaire, car l'action en nullité est soumise à un délai de cinq ans. Or, selon les articles 1176 et 1177 C. civ., si une condition résolutoire doit se réaliser dans un certain temps, si ce temps passe, sans que la condition ne se réalise, il n'y a plus de condition. Ce que contredit la perpétuité de l'exception de nullité. En effet, on peut invoquer la nullité par voie d'exception –sauf à considérer que l'exception n'est pas une action⁹⁶⁸– même après les cinq ans, ce qui est impossible pour une condition temporaire.

Troisièmement, la critique la plus importante est liée à la prescription de l'action en nullité. Si l'action en nullité est la réalisation d'une condition suspensive par exemple, tous les délais relatifs à ce contrat seraient suspendus, jusqu'à l'action en nullité, selon l'article 2233 C. civ. nouv. Or selon l'article 1304 C. civ., le délai de l'action en nullité court dès la connaissance du vice.

Tout cela prouve que l'action en nullité n'est pas la réalisation d'une condition, car la nullité n'est pas conditionnelle. Dans ce cas, si l'action en nullité n'est pas nécessaire pour la réalisation d'une condition, en cas d'annulabilité, comment justifier la naissance de cette action ? Pour répondre à cette question, certains auteurs ont fait appel à la nécessité de rompre le contrat annulable par l'action en nullité.

⁹⁶⁶ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 192.

⁹⁶⁷ D'autant que l'annulabilité est une nullité relative chez les classiques, qui ne peut être invoquée que par une seule partie.

⁹⁶⁸ Cf. *Infra*, n° 398.

II. La justification de la naissance de l'action en nullité par la nécessité de créer un moyen pour rompre le contrat vicié en cas d'annulabilité

245. Pour certains auteurs, la nullité en cas d'annulabilité, est assimilable à une résiliation, car « Le contrat annulable [...] produit provisoirement les mêmes effets qu'un contrat valable »⁹⁶⁹. – Pour empêcher ce contrat de produire ses effets, il faut une action en nullité qui le résilie. Mais comme pour le divorce, cette forme de résiliation nécessiterait une intervention du juge, d'où la nécessité d'une action en nullité. On retrouvait déjà cette idée chez Pothier, pour qui « certaines causes, telles que le dol, la violence, l'erreur, l'incapacité [...] peuvent donner lieu à une demande en annulation ou en rescision [...] Si la demande est admise, l'obligation est éteinte [...] »⁹⁷⁰.

246. Pour fonder cette affirmation, dans le droit actuel, on a invoqué l'article 1234 C. civ. qui cite la nullité, non parmi les causes de disparition rétroactive de l'acte vicié, mais parmi les causes d'extinction des obligations. – Ainsi, pour Beudant, si « L'action en nullité ne trouve [...] son application qu'à propos des conventions annulables [...] »⁹⁷¹, c'est parce que « [...] l'article 1234 fait [...] figurer la nullité parmi les causes d'extinction des obligations conventionnelles [...] une obligation qui est nulle [...] peut [...] s'éteindre [...] si elle est simplement annulable [...] »⁹⁷². Ce qui revient à assimiler l'action en nullité à une action en résiliation, comme c'est le cas de l'action en divorce.

Donc, si l'action en nullité est nécessaire chez Beudant, en cas d'annulabilité, c'est parce que, malgré le vice du contrat, celui-ci continue à produire ses effets. Il faut donc une action en nullité pour éteindre ce contrat, c'est-à-dire le résilier. C'est pour cette raison que même Pothier disait que « [...] l'annulation ou la rescision tient rang parmi les modes d'extinction des obligations »⁹⁷³. Toutefois, la rétroactivité de la nullité la distingue de la résiliation. Par

⁹⁶⁹ Ainsi pour Pize, « Le contrat annulable [...] produit provisoirement les mêmes effets qu'un contrat valable. Pour empêcher un tel contrat de produire ses effets ordinaires, pour l'avenir sur ceux déjà produits et les effacer, il faut en demander à la justice l'anéantissement ; à cet effet, la loi donne une action spéciale, qui porte le nom d'action en nullité [...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 218). Pour Bourgeon aussi « [...] l'acte simplement annulable produira au contraire les mêmes effets que si aucun vice ne l'infectait ; il faudrait pour l'anéantir [...] s'adresser à la justice. » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 4).. *Comp* : Jambu-Merlin, « Essai sur la rétroactivité des actes juridiques », *RTD civ.*, 1948, n° 11, p. 279.

⁹⁷⁰ Pothier, *Traité des obligations*, tome II, p. 166.

⁹⁷¹ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 198.

⁹⁷² *Idem*

⁹⁷³ Pothier, *Traité des obligations*, tome II, p. 166.

conséquent, la justification de l'action en nullité par la nécessité d'éteindre le contrat ne peut pas être retenue. C'est ce qui a poussé certains auteurs modernes à justifier la naissance de l'action en nullité par l'apparence ou par le droit de critique.

B. L'annulabilité comme condition d'existence de l'action en nullité chez les auteurs modernes

Chez les auteurs modernes, l'annulabilité étant le principe, le contrat vicié reste valable jusqu'à son annulation, alors même que son vice existait depuis sa formation. Le droit de critique est justement là pour mettre un terme à ce contrat. D'où la nécessité d'une action en nullité pour manifester cette volonté de critiquer ce contrat annulable (I). Mais en plus de ce droit de critique, l'apparence justifie également l'action en nullité dans la théorie moderne (II).

I. La justification de la naissance de l'action en nullité par la nécessité de donner aux parties un moyen pour critiquer le contrat vicié

247. La théorie moderne des nullités est présentée comme faisant du droit de critique la justification de l'action en nullité. – En effet, dans la théorie moderne, le vice de l'acte ne rend pas cet acte nul immédiatement ; il permet aux victimes de ce vice de critiquer cet acte. Pour pouvoir faire cette critique, l'action en nullité est attribuée à ces personnes. Aussi, M. C. Renard et M. E. Vieujean ont-ils estimé que « l'action en nullité est un droit de critique destiné à provoquer l'application de la sanction »⁹⁷⁴. C'est donc pour cette raison que l'on peut dire que c'est le droit de critiquer l'acte qui justifie la naissance de l'action en nullité dans la théorie moderne.

Cependant, cette présentation du droit de critique n'est pas celle de Japiot. Pour lui, pourtant inventeur de ce concept de droit de critique, ce concept n'a pas pour but de justifier l'action

⁹⁷⁴ M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge » , in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 536.

en nullité, mais l'action contre les effets de l'acte⁹⁷⁵. Si ce concours qu'est « [...] le droit de critique ne peut s'exercer que par la voie d'une action en justice [...] »⁹⁷⁶, cette action n'est pas une action en nullité⁹⁷⁷. Donc, on peut dire que pour lui, le « [...] droit de critique est exercé en vue d'obtenir une restitution [...] »⁹⁷⁸ et non pour annuler l'acte, car ce dernier est nul automatiquement⁹⁷⁹. D'où les critiques des autres auteurs modernes contre cette position⁹⁸⁰.

248. En effet, même G. de la Pradelle, qui est présenté comme un des continuateurs de Japiot⁹⁸¹, n'est pas d'accord avec lui sur le droit de critique. – D'où son souhait de redéfinir ce concept de droit de critique qui justifie l'action en nullité⁹⁸². Le cœur de la théorie de Japiot sur le droit de critique et l'action en nullité se trouve au niveau du caractère automatique de l'invalidité de l'acte vicié⁹⁸³. G. de la Pradelle se distingue de lui justement sur ce point⁹⁸⁴. Pour ce dernier, l'acte vicié n'est pas nul automatiquement ; il a besoin d'être annulé. Cette annulation ne peut se faire qu'à l'aide du droit de critique qui permet aux parties ou aux tiers de réagir au vice à l'aide de l'action en nullité.

⁹⁷⁵ Pour Guggenheim, chez les modernes, « L'invalidité s'analyserait donc, au point de vue des sujets de droit, comme un droit de critique dirigé contre les effets de l'acte » (D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 13).

⁹⁷⁶ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 389.

⁹⁷⁷ Cf. *Infra*, n°267.

⁹⁷⁸ Car pour Japiot, « On ne critique pas uniquement pour critiquer, pour obtenir de la justice une reconnaissance théorique de la nullité ; ce que l'on veut, c'est un résultat pratique, c'est la suppression de tel fait objectif qui est la conséquence de l'acte ; c'est donc contre cette conséquence pratique de l'acte que l'attaque est dirigée : le vendeur invoque la nullité de la vente afin de faire cesser la détention de l'acheteur [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 399, 296).

⁹⁷⁹ Car si « Pour prononcer en droit l'inefficacité [la nullité], la loi n'avait besoin de personne ; pour la faire passer dans le domaine des faits [la restitution], elle a besoin au contraire du concours des individus [...] » (*Idem*, p. 43).

⁹⁸⁰ C'est pour cela que Lutzesco a estimé que « la théorie défendue par M. Japiot, n'est pas à la hauteur de ses ambitions. En effet, tout en repoussant la conception classique des nullités, M. Japiot conserve presque intact son côté procédural [...] lorsqu'on veut regarder de plus près [...] on constatera sans peine que les vieilles sanctions fourmillent sous un masque souvent assez peu dissimulé » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 6).

⁹⁸¹ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. VII.

⁹⁸² Il a distingué la sanction substantielle qui opère de plein droit, de la sanction réaction, qui contrairement à ce que soutient Japiot n'opère pas de plein droit, car « A côté de la sanction substantielle qui attache des conséquences de droit aux faits légaux, on relève l'existence d'une sanction de réaction qui attache des conséquences particulières aux faits illégaux » (*Idem*, p. 5).

⁹⁸³ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 43.

⁹⁸⁴ C'est ce qui l'a poussé à « [...] estimer qu'en réduisant le droit de critique à un simple moyen de nullité, l'illustre auteur [Japiot] revient en arrière sur la voie qu'il avait vigoureusement tracée [...] Le droit de critique en réalité nous paraît plus étendu. C'est un droit subjectif comme les autres, qui exprime de façon complète le phénomène de réaction dont il est l'aboutissement » (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 115).

Par conséquent, il a estimé que la nullité n'est pas un phénomène « automatique »⁹⁸⁵ ; c'est une « réaction »⁹⁸⁶ provoquée par l'action en nullité. En effet, comme l'ont montré M. C. Renard et M. E. Vieujean, « pas plus que les autres sanctions, la nullité n'est une **réaction spontanée**. »⁹⁸⁷, elle a besoin d'une action en nullité. Donc, loin de rejeter le droit de critique, G. de la Pradelle en a fait une réaction, non aux effets de l'acte mais, contrairement à Japiot, à l'acte vicié lui-même⁹⁸⁸. Toutefois, même Japiot avait déjà reconnu les limites de sa conception du droit de critique en publiant un article dans la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1914⁹⁸⁹.

249. Cependant, si cette justification contient elle aussi des limites. – Ainsi, dans certains cas, selon S. Gaudemet, la clause réputée non écrite est une sanction spontanée⁹⁹⁰. Dans si toute nullité n'est pas spontanée, dans certains cas, comme la clause réputée non écrite et la nullité prévue dans l'article 1965 C. civ., la nullité peut être spontanée, sans l'intervention du droit de critique. D'où la nécessité d'éviter toute théorie générale, car le droit de critique ne peut pas toujours justifier l'action en nullité. C'est sans doute pour cette raison que certains auteurs ont cherché à justifier l'action en nullité, en plus du droit de critique, par l'apparence afin de tenir compte de tous ces cas.

⁹⁸⁵ Pour G. de La Pradelle, « [...] sur le plan de la réaction : il s'agit d'organiser l'invalidité...qui n'est pas forcément automatique [...] » (*Idem*, pp. 32, 114).

⁹⁸⁶ Pour G. de La Pradelle, le « [...] droit subjectif de critique [...] » est une « réaction contre la violation [...] » (*Ibid*, p.4).

⁹⁸⁷ M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge » , in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 536; Pour G. de La Pradelle, « [...] loin d'être extra-juridique, comme la théorie de l'inexistence le donne à croire en matière de nullité, la réaction est juridique par excellence[...] » (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 7).

⁹⁸⁸ Car comme l'a montré Couturier, c'est « le **droit de critique** [...] qui réalise la sanction de **réaction** » (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J.Flour, op. cit., p. 7; voir aussi M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 43).

⁹⁸⁹ Cf. *Infra*, n° 271.

⁹⁹⁰ Cf. *Infra*, n° 264.

II. La justification de la naissance de l'action en nullité par la nécessité de donner aux parties un moyen pour détruire l'apparence créée par le contrat vicié

250. **La plupart du temps quand on conclut un contrat vicié, le vice n'est pas évident, sinon on l'aurait évité.** – Mais dans certains cas, on peut conclure un contrat qui contient un vice évident, parce qu'on veut passer outre la loi fixant les conditions de validité du contrat. La fonction de l'action en nullité étant la découverte et la reconnaissance par la justice du vice qui affecte l'acte, si ce vice est évident, l'action en nullité serait-elle nécessaire? Les débats qui ont précédé l'adoption du Code civil laissent entendre que cette action ne serait pas nécessaire s'il n'y a pas une apparence de validité⁹⁹¹.

Après le Code civil, Toullier a été le premier à reconnaître ce principe en estimant que si l'acte « [...] extorqué par erreur [...] est essentiellement et radicalement nul [...] mais cette nullité, quoique radicale, n'est **pas visible** ; elle ne peut être aperçue qu'après une instruction [...] Jusqu'à ce que ce vice soit découvert, il existe au moins l'apparence d'un contrat, et cette **apparence** a l'effet de la réalité tant qu'elle n'est pas détruite par un jugement »⁹⁹². Cette position sera reprise par Demante aussi en estimant que s'il y a une « [...] apparence [...] Alors il sera presque toujours nécessaire de s'adresser à la justice pour faire déclarer la vérité [...] »⁹⁹³. Pour tous ces auteurs du XIX^e siècle, ce qui justifie la naissance de l'action en nullité, en cas d'annulabilité, c'est l'existence d'une apparence à détruire⁹⁹⁴.

⁹⁹¹ Ainsi dans le document N° 2 des annexes, Tronchet a dit à la séance du 26 fructidor an XI «[...] que jamais le mariage n'est nul de plein droit : **il y a toujours un titre et une apparence à détruire**» (Cf. annexe, Doc N° I et II). Ainsi, Bigot Preameneu a ajouté, implicitement, que l'action n'est nécessaire que si ce vice n'est pas apparent, car pour lui, s'il y a « un consentement **apparent** [...] le contrat conserve la même force que s'il était légitime » (cité par D. Deroussin, « Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 216).; Favart aussi, lors de la communication du Tribunat du 3 février 1804, avait soutenu la même idée. A la séance inédite du 4 frimaire an X au Conseil d'Etat, quand **Bonaparte** avait demandé à Tronchet à partir de quand le mariage est-il nul de plein droit sans l'intervention du juge, ce dernier lui a répondu que « jamais le mariage n'est nul de plein droit : il y a toujours un titre et une **apparence** qu'il faut détruire [...] » Ce qui revient à dire qu'*a contrario*, l'action n'est pas nécessaire s'il n'y a pas d'apparence à détruire. (Cf. annexe, Doc N° II).

⁹⁹² M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code* : ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique, loc. cit., tome VII, p. 615 ; S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 309.

⁹⁹³ A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, loc. cit., tome V, p. 493.

⁹⁹⁴ Pour Bourgeon aussi, un acte inexistant revêtu de la formule exécutoire doit être exécuté si le juge ne l'a pas annulé, car selon une « règle de droit public [...] obéissance est due à un ordre de l'autorité dès qu'il revêt la forme extérieure de la légalité tant qu'il n'est pas paralysé [...] par un acte émanant d'une autorité supérieure » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 272).

251. Cette position sera reprise chez les auteurs modernes pour justifier l'existence d'une action en nullité. – Toutefois, Japiot et Drogoul n'ont pas adhéré totalement à ce système⁹⁹⁵. En effet, pour Japiot, « nous n'adopterons pas cette théorie d'après laquelle il y a lieu à **une action en nullité lorsqu'il a une apparence à détruire** [...] »⁹⁹⁶. Cependant, il relativise cette hostilité à la justification de l'action en nullité par l'existence d'une apparence à détruire. Ainsi, en ce qui concerne les actes reconnus par l'autorité publique, comme le mariage ou l'adoption, l'action en nullité peut être justifiée par l'existence d'une apparence⁹⁹⁷. Mais en dépit de cette admission, l'apparence occupe une place mineure dans sa théorie⁹⁹⁸.

C'est Gaudemet qui généralise l'utilisation de l'apparence, comme justification de l'action en nullité, dans la théorie moderne en estimant que s'il « [...] y a des titres et des apparences [...] il faudra une action en justice pour anéantir cette apparence »⁹⁹⁹. La même idée sera reprise par plusieurs autres auteurs contemporains¹⁰⁰⁰. Ce qui illustre la troisième hypothèse de ce travail, qui soutient qu'il n'y a pas d'unité doctrinale au sien de la doctrine moderne. En effet, contrairement à Japiot et à Drogoul, Gaudemet rejoint ici Touiller et Demante – des auteurs du XIX^{ème} siècle-, car il ne rejette pas l'apparence pour justifier l'action en nullité.

252. Cependant, cette justification de l'action en nullité par l'apparence est critiquable. – Les limites d'une telle justification s'illustrent dans les contrats passés avec

⁹⁹⁵ Cf. *Supra*, n° 195 et s.

⁹⁹⁶ Parce que pour lui, « il faut aller plus loin que ce système de l'apparence à détruire » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, loc. cit., pp. 383 et 384).

⁹⁹⁷ Pour Japiot « Un acte nul ne peut avoir une valeur juridique provisoire que s'il émane de l'autorité publique et si son effet est réalisé par le fait seul de sa formation, à laquelle l'autorité publique a concouru : tel est le cas du mariage et de l'adoption [...] » En effet pour lui, dans ces cas, « Provision serait, au contraire, malgré les objections que l'intéressé formule, accordée à la validité de l'acte, s'il possède une certaine régularité apparente [...] Il pourra donc être utile, dès que l'on connaîtra l'existence d'un acte apparent, d'agir en justice pour obtenir un jugement qui constate la nullité » (*Idem*, pp. 934, 480).

⁹⁹⁸ C'est pour cela que cette affirmation de S. Gaudet, selon laquelle « Japiot tient compte des apparences et cela est un progrès indéniable par rapport à la théorie classique [...] » est à relativiser. (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 320).

⁹⁹⁹ Pour lui, il y a toujours « [...] au moins une apparence d'acte à anéantir » (E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., pp. 149, 150).

¹⁰⁰⁰ On retrouve la même idée chez Benabent, pour qui il faut que le contrat ait « une **apparence** d'existence... Si tel n'est pas le cas... il n'y a alors pas besoin **d'attaquer en justice** cet acte inexistant ». Quant à B. Starck, H. Roland et L. Boyer, pour eux « dès lors qu'il y a une **apparence** de contrat et que l'une des parties entend s'en tenir à celle-ci pour en demander l'exécution, l'autre partie n'a d'autre ressource que **saisir le tribunal** [...] » (A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, op. cit., p. 118; voir aussi B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^{ème} éd, op. cit., p. 358). *Contra* : Cette analyse a été critiquée par H. Canac dans un rapport de la Cour de cassation qui a estimé que « l'existence d'une **apparence à détruire n'est [...] pas incompatible avec l'inexistence** de l'acte [...] C'est le désaccord entre les parties, non la nature intrinsèque ou juridique de l'acte, **qui impose le recours au juge** » Ce qui laisse entendre qu'*a contrario*, une action en nullité pourrait être nécessaire même en l'absence d'une apparence. (H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité, (Dir M. Chartier)*, op. cit., p. 109; voir aussi F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 215).

des enfants, dont on connaît la minorité, car ils sont trop jeunes pour être confondus aux majeurs. Dans ce cas, la représentation de la réalité (on sait qu'on contracte avec un enfant) et la réalité juridique elle-même (l'incapacité de l'enfant) coïncident. Or l'apparence ne peut naître que d'une inadéquation de la réalité et de sa représentation. Ce qui permet d'exclure l'apparence ici, puisqu'il n'y a pas une « juste raison de croire » à la capacité de l'enfant. Même Planiol et Ripert ont exclu l'apparence dans un tel cas de figure, car pour eux, « Le caractère manifeste de la nullité peut se rencontrer dans [...] le défaut d'âge [...] »¹⁰⁰¹.

Ce qui prouve que l'acte passé par un enfant de huit ans n'a aucune apparence de validité. Or pour Gaudemet, c'est la nécessité de détruire une apparence qui justifie l'action en nullité. Ici, alors même qu'il n'y a aucune apparence à détruire, une action en nullité est nécessaire pour annuler l'acte passé par cet enfant selon les articles 1304 et 1307 C. civ. On retrouve la même solution pour ceux qui contractent avec un malade mental, dont la maladie est évidente. Malgré cette évidence, qui détruit l'apparence, l'article 414-2 C. civ. nouv. Admet une action en nullité¹⁰⁰².

Donc, une action en nullité peut exister alors même qu'il n'y a pas d'apparence à détruire¹⁰⁰³. C'est sans doute pour cela que même les classiques n'ont pas suivi Touiller sur ce point. En effet, pour plusieurs auteurs du XIX^{ème} siècle, l'action en nullité n'est pas exclue s'il n'y a pas d'apparence à détruire¹⁰⁰⁴ ; cette action n'est exclue qu'en cas d'inexistence de l'acte, c'est-à-dire en cas d'absence d'un élément essentiel dans le contrat.

¹⁰⁰¹ M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 383.; Sous l'ancien droit, Du Moulin aussi appelait cette nullité, « **nullitas evidens** » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 157).; Drogoul aussi a montré que chez Touiller, les nullités sont de plein droit si « le vice frappe l'œil à première vue, et parmi elles, celles qui dérivent de **l'incapacité du mineur** » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Étude de droit civil*, op. cit., p. 215).

¹⁰⁰² Certes cet article est récent, mais les principes qu'il pose existaient déjà dans la version originale du Code civil dans son article 504 (Code civil des français, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806).

¹⁰⁰³ Un mariage célébré à l'apparence d'un vrai mariage, mais un mariage non célébré n'a pas cette apparence, c'est cette absence d'apparence qui justifie l'absence d'action en nullité, c'est ce qu'a montré, Planiol, en estimant que « le prétendu mariage qui n'a reçu aucune célébration n'est qu'une union libre, qui n'empêche pas l'officier de l'état civil de marier l'un des concubins avec un tiers. **Mais cela n'est vrai que quand il n'y a même pas d'apparence** » (M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 366).

¹⁰⁰⁴ M. Duranton, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, op. cit., tome XII, pp. 603 à 606.

§ 1. L'inexistence : un obstacle à la naissance de l'action en nullité dans les différentes théories

Si la distinction entre l'action en nullité et l'action en restitution est nécessaire (A), en cas d'inexistence, cette distinction perd de son importance, car l'action en nullité serait absorbée par l'action en restitution. Aussi, pour les classiques, cette inexistence serait un obstacle à la naissance de l'action en nullité (B).

A. La distinction entre l'action en nullité et l'action en restitution

La distinction de l'action en nullité, action systématiquement personnelle, et de l'action en restitution, action pouvant être réelle ou personnelle, est nécessaire (I). Mais si pour C. Guelfucci-Thibierge aussi cette distinction est nécessaire, pour elle, l'action en restitution est, comme l'action en nullité, systématiquement personnelle. Ce qui est critiquable (II).

I. La nécessaire distinction entre l'action en nullité et l'action en restitution

253. Le contrat se réalise par la rencontre des volontés qui produit des effets. – Par exemple dans la vente, la rencontre des volontés a pour effet de transférer la propriété (l'article 1138 C. civ.). Si ce contrat ne respecte pas ses conditions de formation, l'action en nullité visera à défaire cette rencontre de volontés ; l'action en restitution ne visant qu'à détruire les effets de l'acte. Mais ces deux actions sont généralement exercées en même temps, d'où l'expression « le rescindant et le rescisoire sont cumulés »¹⁰⁰⁵. C'est pour cette raison que leur distinction est loin d'être évidente.

Cependant, la distinction de ces deux actions peut être nécessaire en cas de nullité d'une vente immobilière. Dans cette nullité, la différence de ces deux actions apparaît clairement, car cette

¹⁰⁰⁵ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 196; D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 72.

action est à la fois personnelle et réelle¹⁰⁰⁶. Par conséquent, l'action en nullité contre cet acte est une action mixte, car elle est à la fois personnelle et réelle¹⁰⁰⁷. Toutefois, C. Guelfucci-Thibierge ne tire pas les mêmes conséquences de cette distinction. En effet, pour elle, certes ces deux actions sont distinctes, mais cette distinction a pour conséquence de rendre ces deux actions personnelles dans tous les cas. Aussi, a-t-elle exclu toute possibilité d'une action mixte ici¹⁰⁰⁸. Mais cette assimilation systématique de l'action en restitution à une action personnelle est contredite par les conséquences de la distinction entre l'action en nullité et l'action en restitution.

II. Les conséquences de la distinction entre l'action en restitution et l'action en nullité sur le caractère de l'action en restitution

Si C. Guelfucci-Thibierge a systématiquement rejeté le caractère réel de l'action en restitution (1), dans certains cas, il peut paraître nécessaire de prendre en compte ce caractère. En effet, la distinction entre l'action en restitution et l'action en nullité, action personnelle, fait que le caractère réel de l'action en restitution doit être pris en compte, car les deux actions ne sont plus confondues dans une action personnelle (2).

1. Le rejet systématique du caractère réel de l'action en restitution chez C. Guelfucci-Thibierge

254. **C. Guelfucci-Thibierge veut distinguer clairement la nullité de la restitution, car elle veut construire** « [...] un droit commun des restitutions afin de supprimer les incertitudes jurisprudentielles »¹⁰⁰⁹ sur ce point. Pour cela, elle estime que l'action en

¹⁰⁰⁶ Et donc soumise à l'article 46 CPC, pour la compétence territoriale. En effet en cas d'action mixte, cet article laisse un choix au demandeur entre le domicile du défendeur et celui de l'immeuble.

¹⁰⁰⁷ G. Durré, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 617. Ainsi Pour Mortet, « L'action dirigée par une partie contre l'autre pour obtenir l'annulation d'une convention translatrice de propriété immobilière a le caractère d'une action mixte : car elle tend à la fois à faire prononcer l'annulation de la convention contre l'autre partie, et à remettre le demandeur en possession de l'immeuble [...] » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 196).

¹⁰⁰⁸ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 2.

¹⁰⁰⁹ *Idem*

restitution ne peut pas être réelle ; elle est systématiquement personnelle¹⁰¹⁰. D'ailleurs, ce caractère systématiquement personnel de l'action en restitution est présent chez plusieurs auteurs pour qui la restitution après l'annulation est comme une exécution d'un « contrat synallagmatique renversé »¹⁰¹¹. Ce qui fait que, selon Benabent, on peut admettre « une nature contractuelle »¹⁰¹² à l'action en restitution après l'annulation. En effet, pour argumenter cette affirmation, on a souligné que les sûretés qui garantissent un prêt peuvent être maintenues, même après l'annulation de ce prêt, pour garantir la créance de restitution¹⁰¹³. Ce qui pourrait laisser entendre que la restitution est systématiquement une créance¹⁰¹⁴.

255. **C. Guelfucci-Thibierge reprend la même solution en estimant que « c'est [...] l'accomplissement d'une prestation en exécution d'un contrat entaché d'une cause de nullité puis annulé, qui fonde l'obligation de restituer »**¹⁰¹⁵. – Ce qui pourrait faire de l'action en restitution une action personnelle, qui demande l'exécution d'un contrat à l'envers, même si pour elle, « [...] ce fondement n'est pas forcément contractuel [...] »¹⁰¹⁶. Dans ce cas, où peut naître ce droit personnel, s'il ne vient pas du contrat ? Pour elle, ce droit personnel pourrait venir d'un quasi-contrat¹⁰¹⁷, même si elle précise plus loin que cette obligation résulte du contrat annulé¹⁰¹⁸.

Cela peut poser problème en raison de la rétroactivité de la nullité. En effet, si la nullité du contrat est rétroactive, ce contrat ne peut pas fonder une obligation de restitution. Néanmoins, pour elle, « la rétroactivité n'est [...] pas de l'essence de la nullité dans son principe, mais elle

¹⁰¹⁰ Pour elle, « Fonder les restitutions sur un principe autonome comme l'enrichissement sans cause, la répétition de l'indu ou le droit de propriété, relève de la conception classique des nullités selon laquelle l'acte est censé n'avoir jamais existé [...] » (*Ibid*, p. 372).

¹⁰¹¹ E. Poisson-Drocourt, « La restitution entre les parties consécutive à l'annulation d'un contrat », *D*, 1983, p. 86.; A. Benabent a parlé de l'exécution du « contrat à l'envers » (A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, op. cit., p. 128).

¹⁰¹² A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, op. cit., p. 128 ; Quant à Lutzesco, pour lui, « L'action en nullité est une action personnelle ayant pour but d'empêcher ou de détruire les effets juridiques d'un acte nul [...] » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 303).

¹⁰¹³ **Civ. 1^{ère}**, 5 juillet. 2006 : Bull. civ. I, n° 21.

¹⁰¹⁴ Pour justifier ce raisonnement, on a interprété l'article 2289 C. civ qui dispose que « Le cautionnement ne peut exister que sur une **obligation valable**. On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle put être **annulée** [...] ». Ce qui fait que si la créance de restitution peut être garantie par une caution, c'est parce que c'est une créance contractuelle.

¹⁰¹⁵ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 380.

¹⁰¹⁶ *Idem*

¹⁰¹⁷ Ainsi pour C. Guelfucci-Thibierge, c'est un « [...] fondement quasi-contractuel » (*Ibid*, p. 383.)

¹⁰¹⁸ Pour elle, « Il s'agit d'un droit de créance, plus précisément d'un droit personnel à restitution dont le créancier est l'auteur de la prestation effectuée en vertu du contrat annulé, et le débiteur son bénéficiaire. » (*Ibid*, p. 386).

est de l'essence des restitutions consécutives »¹⁰¹⁹. Ce qui fait que si la nullité n'est pas rétroactive, on peut tout à fait concevoir le caractère personnel de l'action en restitution, si cette action est fondée sur le contrat annulé. Mais cette position de C. Guelfucci-Thibierge est critiquable, car, dans certains cas, l'action en restitution est réelle.

2. La nécessaire prise en compte du caractère réel de l'action en restitution après sa distinction avec l'action en nullité

L'action en restitution peut être une action réelle dans certains cas (b). C'est pour cette raison que depuis la distinction entre l'action en nullité, action personnelle, et l'action en restitution, on ne peut pas assimiler systématiquement cette action à une action personnelle, car ces deux types d'action ne sont pas soumis au même régime (a).

a. Les raisons du rejet de l'assimilation systématique de l'action en restitution à une action personnelle

256. L'action réelle en restitution et l'action personnelle en restitution ne sont pas soumises au même régime, surtout si cette action vise un immeuble. – Sur le plan de la compétence territoriale, le juge compétent pour l'action réelle en restitution, c'est le juge de la situation de l'immeuble (article 44 CPC.), alors que le juge compétent pour l'action personnelle en restitution, c'est le juge du domicile du défendeur (article 42 CPC.). Sur le plan de la compétence matérielle, le juge compétent pour l'action réelle immobilière, est systématiquement le TGI, alors que la détermination du juge compétent en matière d'action personnelle en restitution est, selon la valeur de la créance de restitution, le TGI, le TI ou le juge de proximité (article R. 211-3 et s COJ.).

En ce qui concerne la prescription, si l'action personnelle en restitution se prescrit par cinq ans (article 2224 C. civ.), l'action en revendication est imprescriptible (article 2227 C. civ.). Pour finir, l'action réelle en restitution est opposable à tout le monde, alors que l'action personnelle en restitution n'est opposable qu'au débiteur de cette restitution. Donc il apparaît clairement que l'action réelle en restitution et l'action personnelle en restitution ne sont pas

¹⁰¹⁹ *Ibid*, p. 429.

soumises au même régime. D'où la nécessité de ne pas les confondre en assimilant systématiquement l'action en restitution à une action personnelle.

b. Le rejet de l'assimilation systématique de l'action en restitution à une action personnelle

257. **Certes, l'action en restitution peut être quasi-contractuelle et donc personnelle, si le contrat annulé porte sur une chose de genre ou sur une obligation de faire ou de ne pas faire.** – En revanche, contrairement à ce qu'a soutenu C. Guelfucci-Thibierge, elle n'est pas systématiquement personnelle. S'il s'agit d'un contrat translatif de propriété d'un corps certain, cette action est bien réelle. D'où la nécessité d'éviter une confusion entre ces deux actions, en cas de nullité.

Pour éviter une telle confusion, F. Zenati-Castaing et T. Revet distinguent clairement ces deux types d'action¹⁰²⁰. Ils montrent que l'action en restitution est de nature réelle, si elle vise un possesseur¹⁰²¹. C'est pour cette raison qu'il est dit dans l'article 549 C. civ. que « le propriétaire [...] revendique [...] » la chose entre les mains du possesseur. Cette action est de nature personnelle, si elle vise un détenteur précaire. Ce qui est le cas de l'action en restitution contre le dépositaire (article 1932 al 1^{er}), l'acheteur avec réserve de propriété (art 2371 C. civ.)¹⁰²² et même l'emprunteur (art 1895 C. civ.). Dans tous ces cas, l'action en restitution est personnelle. Peut-on ajouter à cette liste, en cas de nullité de la vente d'un corps certain, l'action en restitution contre l'acheteur?

258. **Pour C. Guelfucci-Thibierge, l'action en restitution dans ce cas est toujours personnelle.** – En effet, selon elle, « [...] les règles du droit des biens sont étrangères au domaine des restitutions après annulation, car le droit à restitution est un **droit personnel** qui oblige le bénéficiaire de la prestation reçue à faire retour de l'intégralité de cette prestation à celui qui l'a accomplie »¹⁰²³. Pour justifier cette position, on estime que l'acheteur ne devient pas possesseur, en cas de nullité de la vente, car « ce n'est pas en tant que propriétaire que le vendeur demande restitution de la chose fournie ; ce n'est pas en tant que **possesseur** que l'acquéreur doit la restituer. **C'est un rapport d'obligation qui les unit** : le vendeur agit en

¹⁰²⁰ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, Paris : Presse universitaire de France, 2008, p. 318, 319.

¹⁰²¹ *Idem*, p. 673.

¹⁰²² *Ibid*, p. 395.

¹⁰²³ *Ibid*, p. 488.

qualité de créancier d'une obligation de restitution intégrale dont l'acquéreur est le débiteur»¹⁰²⁴. Certes, un tel principe existait à Rome pour les contrats de bonne foi dont la nullité permettait d'obtenir la restitution en utilisant, non une action réelle, mais l'action même du contrat¹⁰²⁵. Aussi, Jhering, en s'inspirant du droit romain, a-t-il montré que l'annulation du contrat ne fait pas disparaître l'obligation contractuelle de « restitution de la chose donnée»¹⁰²⁶. Mais ce principe n'a pas été retenu dans le droit français contemporain qui admet la rétroactivité de la nullité de la vente, ce qui rend l'acheteur possesseur. Or, contre un possesseur, seule une action réelle est possible¹⁰²⁷.

259. Cela peut expliquer la nécessité de démontrer que, contrairement à ce que soutient cet auteur, la nullité de la vente d'un corps certain rend l'acheteur possesseur. – Ainsi l'article 550 C. civ. qui dispose que « Le **possesseur** est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un **titre translatif** de propriété dont il ignore le vice [...] ». Donc si la vente est viciée, sa nullité va rendre l'acheteur possesseur. On retrouve la même logique dans l'article 2273 C. civ., selon lequel, la possession de dix ans avec un juste titre ne permet de devenir propriétaire que si la nullité n'est pas formelle, car « Le titre nul par défaut de forme [...] » ne peut pas permettre d'usucaper en dix ans. Ce qui veut dire qu'il peut usucaper en trente ans (article 2272 C. civ.). Mais *a contrario*, si la nullité n'était pas de forme, l'usucapion de dix ans aurait été possible. Ce qui prouve que la vente nulle a fait de l'acheteur un possesseur ici, car seul un possesseur peut usucaper (2261 C. civ.) Quant à l'article 2269 C. civ., en cas de vente de la chose d'autrui, sanctionnée par la nullité dans l'article 1599 C. civ., il dit clairement que l'acheteur devient possesseur en disposant que

¹⁰²⁴ *Ibid*, p. 377.

¹⁰²⁵ D. Deroussin, « Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 194.

¹⁰²⁶ Cité ici par F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., pp. 200, 201.

¹⁰²⁷ Mais pour C. Guelfucci-Thibierge, la nullité de la vente n'est pas rétroactive, car certains contrats passés par l'acheteur sur la chose vendue sont maintenus après l'annulation. Ce qui prouverait que l'annulation de la vente n'a pas rendu l'acheteur possesseur car pour elle, si on admet la rétroactivité, « [...] on devrait logiquement déduire, lors de l'annulation d'un contrat translatif de propriété, que le vendeur est censé être demeuré propriétaire et que l'acquéreur est censé ne l'avoir jamais été. En effet la nullité supprimerait les effets passés que le contrat aurait pu produire et sa rétroactivité empêcherait de prendre en compte la période s'échelonnant de la conclusion à l'annulation pendant laquelle l'acquéreur avait acquis la propriété de la chose. Force est de constater que le droit positif ne tire pas les conséquences de cette fiction de rétroactivité attachée par les auteurs à la nullité : les actes accomplis et les contrats conclus par l'acquéreur après le transfert de propriété sont maintenus alors que le caractère rétroactif de la nullité devrait entraîner l'anéantissement ; pour le passé [...] » (C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 421.). *Contra* : Ce critère est contestable, car F. Zenati-Castaing et T. Revet ont montré que certains contrats passés par le possesseur sur la chose, dont la possession n'est pas forcément née d'une nullité sont aussi opposables au propriétaire. Ce qui prouve que ce maintien des actes passés n'est pas propre à la nullité. (F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 330).

« Ceux à qui les locataires, dépositaires, usufruitiers et autres détenteurs précaires ont transmis le bien ou le droit par un **titre translatif** de propriété peuvent la prescrire ».

Tout cela prouve qu'en cas de nullité d'un acte translatif de propriété, l'acheteur devient possesseur. En conséquence, en cas de nullité d'un contrat translatif de propriété d'un corps certain, seule l'action en revendication, action réelle, est possible, car seule cette action est opposable au possesseur qui se croit propriétaire. Par conséquent, la position de C. Guelfucci-Thibierge, qui assimile systématiquement l'action en restitution à une action personnelle, est critiquable¹⁰²⁸. Cependant, l'excès inverse aussi est critiquable, or c'est ce qu'on rencontre chez plusieurs auteurs. Pour ces auteurs, en cas d'inexistence d'un contrat translatif de propriété, l'action est systématiquement réelle, s'il s'agit d'un corps certain, car l'action personnelle en nullité n'existerait pas en cas d'inexistence.

B. Le remplacement de l'action en nullité par l'action en restitution

Malgré la distinction entre l'action en nullité et l'action en restitution, certains auteurs n'ont pas hésité à remplacer l'action en nullité par l'action en restitution en cas d'inexistence. En effet, pour eux, un acte inexistant empêche l'action en nullité de naître (I). Ce qui est contestable, car aucun principe général ne dit, dans le Code civil, que l'action en restitution doit remplacer l'action en nullité en cas d'inexistence (II).

I. L'absorption de l'action en nullité par l'action en restitution dans les deux théories

Si l'absorption de l'action en nullité par l'action en restitution a été constatée chez les auteurs classiques en cas d'inexistence (1), paradoxalement, encore plus que chez les classiques, on rencontre cette absorption chez Japiot aussi dans tous les cas (2).

¹⁰²⁸ Ainsi F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette ont montré que le projet de réforme du Code civil parle de « L'action en restitution, **action réelle** [...] » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., p. 436).

1. L'absorption de l'action en nullité par l'action en restitution dans la théorie classique en cas d'inexistence

Si pour les auteurs classiques, en cas d'inexistence, aucune action en nullité ne peut naître (a), une action en restitution pourrait être nécessaire si le contrat inexistant a déjà produit un effet (b). Mais si ce contrat n'a pas produit un effet, admettre une action, tendant à en reconnaître l'inexistence, c'est reconnaître implicitement la naissance d'une action en nullité contre les actes inexistants. Or certains auteurs classiques n'ont pas hésité à admettre une telle action (c).

a. Le principe de la théorie classique : l'inutilité de l'action en nullité en cas d'inexistence

260. Comme on l'a dit, un contrat est fait d'une rencontre des volontés et les effets de cette rencontre. – Mais s'il n'y a pas eu rencontre des volontés, l'action en nullité est-elle nécessaire ? Lors des débats qui ont précédé l'adoption du Code civil, un tribun avait estimé que « L'action en nullité ou en rescision ne s'applique [...] qu'aux cas où la convention peut produire une action [...] »¹⁰²⁹. Dans son avis, sur le projet de Code civil, le Tribunal de cassation avait donné un exemple d'acte incapable de produire une action en estimant que « Les conventions contraires aux bonnes mœurs ou à la prohibition de la loi ne sont point obligatoires ; il n'est pas nécessaire de les attaquer par une action en nullité [...] »¹⁰³⁰.

Les auteurs classiques reprendront la même position en estimant que si le contrat est inexistant, aucune action en nullité n'est nécessaire¹⁰³¹. Ainsi, pour Pize, « l'acte inexistant, comme son nom l'indique, n'a jamais aucun effet : il n'est pas nécessaire que la justice intervienne pour que cette inefficacité se réalise »¹⁰³². Baudry-Lacantinerie aussi semble aller

¹⁰²⁹ Cf. annexe, Doc N° V ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 249; Voir aussi : J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 68.

¹⁰³⁰ Ainsi Pize limite-il l'action en nullité aux annulabilités, car pour lui, « Il n'est nul besoin de s'adresser aux tribunaux pour détruire un contrat inexistant. Le vieil adage : Nullité de plein droit n'ont lieu en France ne vise que les annulabilités. » (cité par Pize, *Idem*, p.69, 218).

¹⁰³¹ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 9.

¹⁰³² J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 9.

dans le même sens, en estimant que « la justice n'a pas besoin d'intervenir pour infirmer un contrat inexistant [...] »¹⁰³³.

Cette absence d'action en nullité est due au fait que l'acte inexistant est un néant¹⁰³⁴, or pour Mortet, « [...] on n'annule pas le néant »¹⁰³⁵, d'autant plus que pour Bourgeon on « ne comprendrait pas en effet qu'on demanda l'annulation de ce qui déjà n'existe pas [...] on n'annule pas le néant ! »¹⁰³⁶. Plusieurs auteurs invoquent aussi ce « néant » pour justifier l'absence d'action en nullité en cas d'inexistence¹⁰³⁷.

261. D'autres auteurs vont déduire de ce « néant », en plus d'une impossibilité juridique, une impossibilité logique de l'action en nullité. – Ainsi, pour Laurent, « logiquement on ne conçoit pas que l'on demande l'annulation d'un acte inexistant ; peut-on demander l'anéantissement du néant ? »¹⁰³⁸. On retrouve la même idée chez Huc¹⁰³⁹. Quant à Demolombe, il oppose cette impossibilité rationnelle, de l'action en nullité en cas d'inexistence, non seulement aux parties au contrat, mais aussi au législateur, car pour lui, « la loi n'a pas dû, ou plutôt encore n'a pas pu organiser une action d'elle-même impossible [...] »¹⁰⁴⁰. Cependant, si on ne peut pas rationnellement demander la nullité d'un acte inexistant, on peut demander la destruction des effets de cet acte. Ce fait que si l'acte inexistant est un obstacle à la naissance de l'action en nullité, il n'est pas un obstacle à la naissance de l'action en restitution qui absorbe l'action en nullité ici.

¹⁰³³ G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, op. cit., tome II, p.251. Pour Beudant aussi, « La convention nulle, autrement dit celle qui ne se forme pas, faute d'une condition nécessaire, ne donne lieu à **aucune action**. » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 197.)

¹⁰³⁴ Pour Pize aussi, « on n'annule pas le néant. Celui qui se trouve en apparence obligé en vertu d'un contrat de ce genre, n'a aucune action à intenter contre lui [...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 218).

¹⁰³⁵ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 158.

¹⁰³⁶ Quant à Bourgeon, pour lui, « L'annulation c'est l'exécution à mort de l'acte juridique, or pour mourir, il faut exister [...] seul ce qui existe peut être annulé ! l'acte non existant est mort né, c'est le néant même » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., pp. 275, 144).

¹⁰³⁷ Ainsi pour G. Baudry-Lacantinerie aussi « [...] on n'annule pas le néant [...] » (G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, op. cit., tome II, p. 251).

¹⁰³⁸ F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 2, op. cit., n° 269 ; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Étude de droit civil*, op. cit., p. 43.

¹⁰³⁹ Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome I, p. 189.

¹⁰⁴⁰ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 370 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, op. cit., tome III, p. 44. Selon Bufnoir aussi, « [...] on ne saurait détruire ce qui n'est pas » Ce qui est du selon lui au fait qu'on « [...] n'a pas à faire proclamer l'annulation de ce qui n'existe pas en fait » (C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 649).

b. L'application de la théorie classique : l'existence de l'action en restitution en cas d'exécution du contrat inexistant

262. Si aucune action en nullité n'est nécessaire contre l'acte inexistant, pour les auteurs classiques, une action est cependant possible contre ses effets¹⁰⁴¹. – Cependant, cette action n'est pas une action en nullité, mais une action en restitution, car elle peut être une action en revendication¹⁰⁴² ou en répétition de l'indu¹⁰⁴³. Aussi, Zachariae estime-t-il que si « L'action en nullité [...] a pour but de faire déclarer par le juge la nullité d'une obligation [...] »¹⁰⁴⁴, cette action n'est applicable aux actes inexistants qu'à condition que « [...] l'action ne soit dirigée que contre l'effet »¹⁰⁴⁵ de l'acte¹⁰⁴⁶. Cela est dû au fait que, si le contrat annulable transfère la propriété, « [...] la propriété de la chose livrée en exécution d'un contrat inexistant n'est jamais transférée »¹⁰⁴⁷. Ce qui permet au vendeur de revendiquer directement la chose¹⁰⁴⁸.

Ce qui prouve que chez ces auteurs, en cas d'inexistence, l'action en nullité est absorbée par l'action en restitution si le contrat a déjà produit un effet. Mais si le contrat n'a pas encore produit d'effet, une action contre un contrat inexistant peut-elle naître? Certains auteurs classiques ont admis la naissance d'une action, qui ne vise pas les effets de l'acte, mais qui n'est pas une action en nullité non plus.

¹⁰⁴¹ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 277. ; H. Simon, *Du Compromis. Droit français de la Prescription des actions en nullité ou en rescision*, op. cit., p. 114.

¹⁰⁴² E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 10.

¹⁰⁴³ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 277.

¹⁰⁴⁴ K. Zachariae, *Droit civil français* annoté par G. Massé et Ch. Vergé, op. cit., tome III, p. 468.

¹⁰⁴⁵ *Idem*

¹⁰⁴⁶ Pize aussi semble aller dans le même sens en estimant qu'en cas d'inexistence, « la partie qui veut revenir sur son exécution n'a pas d'action en déclaration d'inexistence à tenter [...] L'action qu'il tentera, ce sera, suivant les cas, une action en **partage**, une action en **revendication**, une action en répétition de l'indu [...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 227).

¹⁰⁴⁷ *Idem*, p. 198. ; Pour Hartemann, « si l'acte devait transférer des droits préexistants, ces droits subsistent tels quels [...] Ainsi l'acte devait-il transférer une propriété mobilière : le propriétaire conserve son droit et les actions dérivant de ce droit » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 294).

¹⁰⁴⁸ Selon Pize, « Celui qui a livré une chose en exécution d'un contrat inexistant en reste, en droit propriétaire et peut immédiatement et directement la réclamer, par une action personnelle fondée sur le quasi-contrat [...] si la chose livrée est une somme d'argent, par l'action réelle, qui appartient à tout propriétaire, si l'objet livré est un corps certain » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 200).

c. L'atténuation de la théorie classique : l'admission de l'action en déclaration d'inexistence en l'absence d'exécution du contrat inexistant

263. Normalement, dans la théorie classique, l'acte inexistant n'ouvre droit à aucune action, car il serait un obstacle à la naissance de l'action en nullité. – La seule action possible contre cet acte, c'est l'action contre ses effets. Mais admettre une action contre un acte inexistant, qui n'a encore produit aucun effet, visant à reconnaître son caractère inexistant, reviendrait à permettre la naissance d'une action en nullité contre cet acte. C'est pour cette raison qu'une telle action devrait être exclue, selon la logique des classiques. Toutefois, pour Hartemann, «[...] il ne faut pas [...] refuser cette action en reconnaissance »¹⁰⁴⁹ d'inexistence, d'autant qu'elle permettra de faire « [...] la preuve de l'inexistence »¹⁰⁵⁰. Position que semble partager Mortet aussi, pour qui « [...] si l'intervention du juge est inutile pour détruire un acte juridique qui ne s'est pas produit, elle peut être nécessaire, pour constater la nullité [inexistence]...car nul ne doit se faire justice lui-même »

¹⁰⁵¹.

Cependant, comme il a été soutenu dans la troisième hypothèse de ce travail, plusieurs autres auteurs classiques ne partagent pas cette position sur l'action en déclaration d'inexistence. En effet, pour eux, c'est une façon indirecte de restaurer l'action en nullité contre les contrats inexistants. Ainsi, pour Pize, il « n'y a pas d'action principale et directe pour faire constater l'inexistence »¹⁰⁵². Le rejet de cette action spéciale est dû au fait que le contrat inexistant ne lie pas un vendeur dont la vente est inexistante. Or, pour Pize, en cas de vente inexistante, si on agit en nullité, c'est « pour se faire délier ; il [le vendeur] n'est pas lié [...] Nous concluons : l'action en déclaration d'inexistence n'existe pas dans notre droit [...] »¹⁰⁵³. Cette position est tout à fait logique par rapport à la théorie classique qui exclut toute action en nullité en cas d'inexistence. Admettre cette action en déclaration d'inexistence, c'est restaurer

¹⁰⁴⁹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 295.

¹⁰⁵⁰ *Idem*, p. 296.

¹⁰⁵¹ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 158.

¹⁰⁵² J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 219. *Contra* : Selon Hartemann, « la déclaration d'inexistence n'exige pas l'exercice d'une action spéciale » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 294).

¹⁰⁵³ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 224.

l'action en nullité contre les contrats inexistantes, alors que ces actes sont des obstacles à la naissance de l'action en nullité. Ce qui est contradictoire avec la logique des classiques.

264. La même situation est apparue au XXI^{ème} siècle chez Sophie Gaudemet avec l'action en déclaration du réputé non écrit. – Cherchant à justifier cette action en déclaration d'inexistence dans le cadre des clauses réputées non écrites, elle commence par affirmer que « [...] la clause réputée non écrite ne saurait être analysée en un néant [...] »¹⁰⁵⁴. Ce qui veut dire qu'elle soutient que la clause réputée non écrite n'est pas une inexistence¹⁰⁵⁵. Pour autant, elle n'hésite pas à recourir au régime de l'inexistence pour l'appliquer à la clause réputée non écrite. Elle lui applique le même régime de confirmation et de prescription que celui prévaut en matière d'inexistence.

Ainsi, pour cette théorie, la nécessité de saisir le juge n'est pas toujours nécessaire contre cette clause, car « le réputé non écrit [...] devrait opérer de **plein droit** : il assure par lui-même la mise en conformité du contrat, sans qu'il soit nécessaire de **saisir le juge**. La sanction du réputé non écrit est une notion autonome »¹⁰⁵⁶. Ce qui peut rapprocher cette clause des clauses inexistantes, comme l'a montré le Doyen Carbonnier¹⁰⁵⁷. Aussi, comme pour tous les actes inexistantes, cette théorie estime que si une action en nullité n'est pas nécessaire contre l'acte réputé non écrit, une action en déclaration du réputé non écrit pourrait être nécessaire.

265. Mais si on considère que le réputé non écrit opère de plein droit, l'exigence d'une action en déclaration du réputé non-écrit n'est pas toujours cohérente. – Ainsi l'article L. 132-1 C. consommé. dispose que les clauses jugées abusives sont réputées non écrites, ce qui voudrait dire qu'une action en nullité n'est pas nécessaire pour annuler ces clauses, mais seulement pour « [...] **la reconnaissance, par le juge, du caractère non écrit** d'une clause

¹⁰⁵⁴ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, op. cit., p. 127.

¹⁰⁵⁵ Et même si S. Gaudemet a tenu à préciser que le réputé non écrit n'est pas une inexistence (*Idem*, n°138.). *Conf* : Pour O. Gout aussi, « [...] à l'heure actuelle, rien ne nous permet d'avancer l'idée qu'une clause réputée non écrite s'identifierait à la clause **inexistante** [...] » (O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., p.97). Pour le doyen Carbonnier, la clause réputée non écrite « [...] ressemble à **l'inexistence** en ce qu'elle peut fonctionner automatiquement, **sans l'intervention d'un juge**. Elle s'en différencie par un effet moins étendu, puisqu'elle efface la seule clause illicite, laissant subsister le contrat pour le surplus » (J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, op. cit., t 4, p.196).

¹⁰⁵⁶ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., n° 24. **Contra** : Ce que ne partagent pas B. Starck, H. Roland et L. Boyer, car selon eux, en parlant « des clauses abusives. Ces clauses ont beau être réputées non écrites par le législateur, il ne suffit pas à l'adhérent d'en proclamer la vanité pour convaincre son partenaire, professionnel puissant ; il faut le poids de l'autorité de la justice » (B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^è éd, op. cit., p. 359).

¹⁰⁵⁷ J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, op. cit., t 4, p.196.

dont l'exécution n'est pas encore requise»¹⁰⁵⁸. Mais si tel est le rôle du juge ici, son intervention ne serait pas toujours nécessaire, puisque cet article L. 132-1 C. consomm. prévoit qu'une liste des clauses abusives sera annexée au Code de la consommation. On peut se demander si, une telle clause figurant dans un contrat, une des parties, en l'occurrence le consommateur, pourrait refuser de l'appliquer sans saisir le juge au préalable. On peut répondre par l'affirmative à cette question, car si l'objet de l'action est de déclarer que la clause est abusive et donc réputée non écrite, force est de constater que cette action est inutile ici. En effet, le législateur a, par l'intermédiaire du pouvoir exécutif, déjà déclaré nommément que cette clause est abusive en estimant dans l'article R 132-1 C. consomm., que « Dans les contrats conclus entre des professionnels et [...] des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives [...] dès lors [...] » que ces clauses se trouvent dans la liste des clauses annexées dans cet article.

Donc, comme le juge ne fait que déclarer que la clause est réputée non écrite, son intervention serait inutile s'il s'agit d'une clause qui se trouve dans cette liste annexée au code de la consommation. Ce qui fait que, selon la logique de cet auteur, toutes les clauses qui se trouveraient dans cette liste pourraient être contestées sans l'intervention du juge. Ce que contredit l'article L. 132-1 C. consomm. qui reconnaît un rôle au juge dans le réputé non écrit, ne serait-ce que pour dire que la nullité s'étend ou pas à tout le contrat¹⁰⁵⁹. Ce qui prouve que le juge n'intervient pas que pour déclarer l'inexistence ou le réputé non écrite, car ici, le juge intervient alors même que le caractère non écrit est déclaré dans la liste annexée au code de la consommation, mais aussi pour annuler la clause.

266. Par conséquent, l'action en déclaration d'inexistence ou du réputé non-écrit n'est qu'une action en nullité déguisée, car l'inexistence n'est pas un obstacle à la naissance de l'action en nullité. – Mais après avoir dit que l'inexistence est un obstacle à la naissance de l'action en nullité, les classiques ont compris qu'une action en nullité peut naître contre un acte inexistant. Aussi, pour ne pas se désavouer, ils ont appelé cette action, action en déclaration d'inexistence. Ce qui n'a pas empêché Japiot aussi, de façon très étonnante, d'aller encore plus loin que tous les classiques dans ce sens, en estimant que ce ne sont pas

¹⁰⁵⁸ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., n°186.

¹⁰⁵⁹ Cf. *Infra*, n° 447.

seulement les actes inexistants qui empêchent l'action en nullité de naître, mais aussi tous les autres actes viciés, car pour lui, une « action en nullité [...] n'existe pas dans notre droit »¹⁰⁶⁰.

2. L'absorption de l'action en nullité par l'action en restitution se rencontrant chez Japiot dans toutes les nullités

Contrairement à tous les autres auteurs modernes (b), Japiot, qui est pourtant le père de la théorie moderne des nullités, n'a pas hésité à faire absorber l'action en nullité par l'action en restitution, comme chez les classiques, en cas d'inexistence. En effet pour lui, tout acte vicié est un obstacle à la naissance de l'action en nullité (a).

a. L'exclusion de l'action en nullité au profit de l'action en restitution dans tous les cas chez Japiot

267. Si le contrat est nul, c'est parce qu'il ne respecte pas les conditions fixées par la loi pour sa formation. – Pour Japiot, l'acte juridique étant un fait qui remplit les conditions fixées par la loi pour que ce fait se transforme en acte juridique, si ce fait ne remplit pas ces conditions, il ne se transforme tout simplement pas en acte juridique¹⁰⁶¹. Cette absence de transformation se fait automatiquement, sans aucune action en nullité, quel que soit le type de nullité, car « pour prononcer en droit l'inefficacité, la loi n'avait besoin de personne [...] »¹⁰⁶². Mais si le contrat a produit un effet, une action contre cet effet serait possible¹⁰⁶³. En effet pour Japiot, « [...] la nullité ne s'attaque pas à l'acte, mais à ses **effets** [...] »¹⁰⁶⁴. Pourquoi s'attaquer directement aux conséquences d'un acte sans, au préalable, l'annuler ? La réponse est simple : un acte vicié devient automatiquement nul, sans aucune intervention du

¹⁰⁶⁰ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 383 et 384; S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 318 ; G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV, p. 616.

¹⁰⁶¹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 40.

¹⁰⁶² *Idem*, p. 43.

¹⁰⁶³ Dans son rapport exposé au Tribunal à la séance du 13 pluviôse an XII, le tribun Jaubert avait distingué clairement l'acte de son effet, en estimant qu'il « faut distinguer le **matériel de l'acte**, et son **effet** [...] » (Cf. annexe, Doc N° IV).

¹⁰⁶⁴ R. Japiot, *Des nullités en matière juridique essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p.328.

juge¹⁰⁶⁵ ; cette intervention ne sera nécessaire que pour effacer les conséquences produites par l'acte.

Ce qui revient à dire que toute nullité est une inexistence, puisqu'il estime qu'en présence d'un acte vicié, le « [...] droit de critique est exercé en vue d'obtenir une restitution, nous admettons donc que l'action intentée est en toute hypothèse, **comme le système classique l'admet en cas d'inexistence**, l'action ordinaire, c'est-à-dire, notamment, l'action en répétition de l'indu ou l'action en revendication»¹⁰⁶⁶. Cependant, cette absorption de l'action en nullité par l'action en restitution a été critiquée par Lutzesco qui ne semble pas partager cette position, car pour lui, « la nullité n'est pas la répétition elle-même [...] la répétition n'est que la conséquence de la nullité, elle n'est que l'effet de celle-ci. Et alors, pourquoi renverser les choses, pourquoi prendre la cause pour l'effet et l'effet pour la cause»¹⁰⁶⁷. La même critique se rencontre chez G. Couturier aussi¹⁰⁶⁸.

268. Il est vrai que la position de Japiot sur ce point n'est pas logique. – En effet, si la nullité ne vise que les effets de l'acte, comment expliquer l'action en nullité contre les contrats qui n'ont pas encore produit un effet ? Sauf à estimer que l'action en nullité est irrecevable contre les contrats qui n'ont pas encore produit un effet. Or, pour Planiol et Ripert, « il peut être nécessaire d'agir en nullité même en l'absence de toute exécution matérielle de l'acte nul »¹⁰⁶⁹. Etant lui-même conscient des limites de sa théorie, Japiot admit une dérogation pour le mariage en admettant une action contre le mariage et pas contre ses effets¹⁰⁷⁰, car pour lui, « [...] la célébration rendra nécessaire l'intervention du juge [...] L'exercice du droit de critique envisagé sous cet aspect tend à faire acquérir à la nullité une valeur morale ; cette idée explique comment l'action peut intervenir en matière de mariage dans des conditions un peu

¹⁰⁶⁵ Ainsi S. Gaudet a montré que pour Japiot, « la loi est toute puissante pour déclarer en droit la nullité » (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 319).

¹⁰⁶⁶ Car pour Japiot, « On ne critique pas uniquement pour critiquer, pour obtenir de la justice une reconnaissance théorique de la nullité ; ce que l'on veut, c'est un résultat pratique, c'est la suppression de tel fait objectif qui est la conséquence de l'acte ; c'est donc contre cette conséquence pratique de l'acte que l'attaque est dirigée : le vendeur invoque la nullité de la vente afin de faire cesser la détention de l'acheteur [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 399, 296).

¹⁰⁶⁷ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 302. Colin et Capitant aussi sont allés encore plus loin, en estimant que l'action en nullité est toujours nécessaire, car « [...] la recevabilité de cette action en revendication ou en répétition est subordonnée à l'inefficacité du titre en vertu duquel le possesseur avait été mis en possession. Les juges pour donner gain de cause au revendiquant, sont forcés de se prononcer sur l'invalidité [...] » (A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 80).

¹⁰⁶⁸ G. Couturier a parlé lui aussi, contrairement à Japiot, de « l'existence d'une action en nullité distincte de l'action en revendication ou de l'action en répétition de l'indu [...] » (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 6).

¹⁰⁶⁹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 380.

¹⁰⁷⁰ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 446.

spéciales»¹⁰⁷¹. Mais même dans les autres cas l'action en nullité vise l'acte et non ses effets, selon l'article 1304 C. civ.

Pour tenir compte de cet article 1304 C. civ., Japiot estime que si l'acte n'a pas reçu d'exécution, l'intéressé pourrait tout de même agir contre « les conséquences que l'ayant droit redoute et qu'il veut prévenir »¹⁰⁷². Mais une telle action est-elle possible au regard de l'article 31 CPC qui exige, pour la recevabilité des actions, un intérêt né et actuel¹⁰⁷³ ? Si cette action vise les effets éventuels du contrat, force est de constater ici que cet intérêt n'est ni né ni actuel, car un contrat inexistant ne risque pas de produire un effet matériel, puisque pour Japiot, un contrat vicié est juridiquement inexistant. Par conséquent, il ne risque pas de servir de base à une demande d'exécution¹⁰⁷⁴.

Des actions préventives ne sont pas admises par la procédure civile, sauf si une disposition expresse le prévoit. Ce qui est le cas de l'action prévue dans l'article 29-3 C. civ. Cet article permet à une personne de saisir le juge pour qu'il dise si elle est française ou pas, alors que cette qualité n'est pas contestée par une autre personne. C'est le cas également de l'action en dénonciation de nouvel œuvre dans le droit des biens¹⁰⁷⁵. On peut rencontrer la même logique en procédure civile aussi où l'article 145 CPC dispose que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

¹⁰⁷¹ *Idem*, p. 448.

¹⁰⁷² *Ibid*, p. 296.

¹⁰⁷³ Toutefois on peut rétorquer qu'à l'époque de Japiot, l'article 31 C.P.C. qui exige un intérêt né et actuel pour agir en nullité n'existait pas. Mais l'article 1^{er} du code de procédure civile de l'époque, en exigeant un objet du litige, l'admettait indirectement. C'est pour cela que Biret a exigé un intérêt à agir pour pouvoir invoquer une nullité. Quant à la version de l'article 187 C. civ de l'époque, elle aussi elle exigeait un « intérêt né et actuel » pour pouvoir invoquer une nullité. Donc au moment où Japiot a écrit ses travaux, l'action en nullité nécessitait effectivement un intérêt né et actuel même si l'article 31 CPC n'était pas encore rédigé (En ce sens, *Cf*: Code civil des français, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806

; Code de procédure civile, édition originale et officielle, Paris : Imprimerie impériale, 1806 ; G. de Linage, *Code de procédure civile, Leçon du feu Boitard*, Paris : Gustav Thorel, tome 1, 1837, p. 136 et s ; M. Biret, *Traité des nullités de tous genres : Substantielles et de procédures*, op. cit., tome I, p. 45).

¹⁰⁷⁴ Mais Japiot a tenu compte de cette critique, en estimant qu'« on a prétendu que cette action était impossible parce que le demandeur n'a pas un droit à faire valoir. S'il a exécuté, dit-on, il peut agir parce qu'il fait valoir son droit de propriété ou de créance [...] s'il n'a pas exécuté, il peut agir dans le cas de l'annulabilité parce que la loi lui donne une action, mais non pas dans le cas de l'inexistence, faute d'un droit à exercer. L'objection ne peut, dans notre théorie, être soulevée : si le demandeur peut agir en cas de nullité relative, c'est parce qu'il exerce son droit de critique ; et, ce droit de critique étant le même pour toutes les inefficacités... Il y a toujours un droit de critique qui appartient au demandeur ; ce droit de critique est entamé par le fait de l'existence apparente de l'acte, qui lui est contraire [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 438).

¹⁰⁷⁵ Cette procédure de la dénonciation de nouvel œuvre est implicitement prévue par les dispositions des articles 2278, 2279 C. civ et 1264 à 1267 CPC.

A la fin du XIX^{ème} siècle, les auteurs classiques avaient appliqué les principes posés dans cet article à l'action en déclaration d'inexistence. Dans cette théorie, l'action en nullité n'était pas nécessaire contre le contrat inexistant, sauf contre ses effets¹⁰⁷⁶. Mais si ce contrat inexistant n'avait produit aucun effet, pouvait-on agir ? Certains auteurs classiques avaient estimé que cette action était possible¹⁰⁷⁷, car « [...] la constatation qu'il obtiendra de son droit le garantira contre les **risques** qu'il court de se voir plus tard opposer un acte n'ayant sans doute que l'apparence, mais pouvant néanmoins lui nuire s'il était plus en état de faire la preuve de l'inexistence »¹⁰⁷⁸. Or chez Japiot aussi, cette action préventive vise à rassembler les preuves, car pour lui, il s'agit d'une « [...] action **préventive** tendant à faire constater le vice [...] »¹⁰⁷⁹.

269. Cependant, si on considère que l'action en nullité est une action qui permet d'éviter le risque de dépérissement des preuves, au sens de l'article 145 C.P.C., cette action serait irrecevable si ce risque n'existait pas¹⁰⁸⁰. – Ainsi un mineur qui vend seul un bien, même si ce contrat est écrit et daté au sens de l'article 1328 C. civ., conclut un contrat annulable. Dans ce cas, le mineur a toutes les preuves de cette incapacité : son âge au moment de la vente, et la date de cette vente. Si l'action en nullité visait à éviter le dépérissement des preuves, l'action préventive du mineur serait irrecevable pour absence d'intérêt, car il ne risque pas de voir ses preuves dépérir, surtout si l'acte est authentique au sens de l'article 1317 C. civ. C'est au demeurant ce que Japiot lui-même a soutenu, en estimant que « Si l'acte que l'on prétend vouloir détruire [...] est tellement informe qu'il ne puisse constituer une **menace**, on ne pourra se porter demandeur à l'action préventive parce que l'on n'aura pas un intérêt sérieux à faire valoir : pas d'intérêt pas d'action »¹⁰⁸¹.

Or, dans un tel cas de figure, l'article 1304 n'interdit pas l'action en nullité de ce mineur. Donc, si on peut attaquer un acte qui n'a pas encore produit d'effet, alors même qu'il n'y a aucun risque de dépérissement des preuves, c'est qu'on agit contre l'acte lui-même, puisqu'il n'a produit aucun effet. Sauf à interdire l'action contre les actes qui n'ont pas encore produit d'effet et dont la preuve du vice est écrite. Or, l'article 1304 C. civ. ne refuse pas une action

¹⁰⁷⁶ Cf. *Supra*, n° 262.

¹⁰⁷⁷ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 225.

¹⁰⁷⁸ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 296.

¹⁰⁷⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 887.

¹⁰⁸⁰ Com. 18 fév. 1986: Bull. Civ. IV, n° 26.

¹⁰⁸¹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 437.

en nullité dans de tels cas de figure¹⁰⁸². C'est sans doute pour cela que même Gaudemet, qui a dirigé la thèse de Japiot, a critiqué cette conception.

b. Le rétablissement de l'action en nullité par Gaudemet

270. Ayant dirigé la thèse de Japiot, E. Gaudemet a voulu corriger certaines erreurs qui se trouvent dans la théorie proposée par son élève. – Et l'erreur qui a le plus attiré son attention, est celle qui a consisté à dire que l'intervention du juge n'est pas nécessaire pour annuler l'acte, car une « action en nullité [...] n'existe pas dans notre droit »¹⁰⁸³. Pour lui, cette conception est « [...] contraire aux textes : l'article 1304 suppose qu'il existe une action [...] »¹⁰⁸⁴. Aussi, G. Couturier a-t-il estimé que « C'est peut-être sur ces points que la pensée de Japiot a le plus rapidement vieilli. Les auteurs qui l'ont suivi, même ceux qui lui sont le plus proches, ont affirmé l'existence d'une action en nullité [...] »¹⁰⁸⁵. G. de la Pradelle aussi est allé dans le même sens, estimant que « sans doute certaines parties de l'œuvre de Japiot ont-elles vieilli [...] »¹⁰⁸⁶. Pour Lutzesco, en rejetant l'action en nullité, Japiot n'a fait que reprendre les classiques¹⁰⁸⁷. Quant à S. Gaudet, il estime qu'en « [...] posant le principe que la nullité opère *ipso jure* dans le monde du droit [...] Japiot demeure, paradoxalement, assez près des classiques sur un point fondamental »¹⁰⁸⁸.

271. D'ailleurs, même Japiot avait conscience de cette distance avec les autres modernes. – Ainsi, dans un article publié en 1914, il finit par admettre que l'action en nullité existait, à côté de l'action en restitution, estimant que « nous serions tenté maintenant de considérer comme inutile l'effort que nous avons fait pour tenter de découvrir un droit à la

¹⁰⁸² Mais pour écarter l'article 1304, Japiot a estimé qu'il « [...] ne s'agit donc pas en fait d'action, que de la déclaration d'option à laquelle on veut contraindre l'ayant droit [...] » Mais l'article 1117 C. civ aussi parle d'action en nullité. (*Idem*, p. 887).

¹⁰⁸³ *Ibid*, pp. 383 et 384. C'est pour cela que S. Gaudet a montré que « Japiot [...] conclut qu'il n'y a pas, du moins en principe, d'action en nullité » (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 318). Durry montre que pour « Japiot [...] il n'est pas de véritable action en nullité [...] L'observation de Japiot contient une part de vérité mais ne doit pas cependant être approuvée » (G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV, p. 616).

¹⁰⁸⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 152.

¹⁰⁸⁵ G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 6.

¹⁰⁸⁶ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 115.

¹⁰⁸⁷ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 299.

¹⁰⁸⁸ S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 320.

base de l'action en nullité [...] »¹⁰⁸⁹, car « la façon dont nous avons présenté [...] les nullités [...] était peu **exacte** »¹⁰⁹⁰. Cette prise de conscience est sans doute due au fait que, l'absorption de l'action en nullité par l'action en restitution, n'a pas un véritable fondement dans le Code civil qui admet l'action en nullité dans tous les cas.

II. L'absence de fondement général à cette absorption de l'action en nullité par l'action en restitution dans le droit positif

Si l'absorption de l'action en nullité par l'action en restitution a un fondement historique (1), aucun principe général dans le Code civil ne reconnaît qu'il existe un obstacle à la naissance de l'action en nullité, au profit de l'action en restitution, en cas d'inexistence (2).

1. Une absorption de l'action en nullité par l'action en restitution justifiée par l'histoire du droit

272. **Il n'y avait pas d'action en nullité, sanctionnant la violation du *ius civile*, à Rome**¹⁰⁹¹. – En cas de nullité, on agissait contre l'effet de l'acte¹⁰⁹². L'action en nullité, distincte de l'action en restitution, est née avec la procédure extraordinaire¹⁰⁹³. Mais avant cette réforme, l'action en nullité se confondait avec l'action en restitution ou en responsabilité¹⁰⁹⁴. Cette action en restitution variait selon le type de contrat. Si le contrat violant le *ius civile* était de droit strict, comme la donation faite entre époux, il était nul de plein droit, selon Ulpien¹⁰⁹⁵. Dans ce cas, le donateur avait deux types d'action en restitution.

¹⁰⁸⁹ Japiot, note Jrrisp. Dans la Rev trim. 1914. p. 680: cité par G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 300; C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 395.

¹⁰⁹⁰ Rev trim. Civ, 1914. p. 680. (Cet article n'a pas de titre)

¹⁰⁹¹ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., pp. 8, 14.

¹⁰⁹² Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 125.

¹⁰⁹³ Ainsi pour Mortet, « à la fin de la procédure formulaire, l'action accordée [...] était devenue, sous la forme de l'in int. restit. une véritable action en nullité » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 60).

¹⁰⁹⁴ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 77.

¹⁰⁹⁵ *Idem*, p. 43.

Si la chose avait été consommée, il avait la *condictio in personam*¹⁰⁹⁶, si la chose n'a pas été consommée, il avait une *condictio ob rem*¹⁰⁹⁷. Si la donation était nulle pour un but illicite, Paul parlait de la *condictio ob turpem vel injustam causam* pour obtenir la restitution, mais pas d'action en nullité¹⁰⁹⁸.

273. Pour les contrats de bonne foi, pour obtenir la restitution, on n'utilisait pas les *condictiones* ou l'action en nullité, mais l'action même du contrat¹⁰⁹⁹. – Ainsi, dans la vente nulle, si c'était l'acheteur qui invoquait la nullité, il pouvait utiliser *l'actio empti* ; si c'était le vendeur, il pouvait utiliser *l'actio venditi*¹¹⁰⁰. Il en fut de même pour le mandat avec *l'actio mandati directa* et *l'actio mandati contraria*¹¹⁰¹. Au Bas-empire, on a admis la *conditio* pour les contrats de bonne foi en même temps que l'action du contrat, mais pas l'action en nullité avant la procédure extraordinaire¹¹⁰². Ce qui prouve que le fait de dire que l'action ne vise pas l'acte, mais ses effets a un fondement historique, mais peut-on en dire autant du fondement positif de cette affirmation ?

2. Une absorption de l'action en nullité par l'action en restitution contredite par le droit positif

Si on peut critiquer le rejet de l'action en nullité au profit de l'action en restitution par certains auteurs (a), cette critique mérite d'être relativisée dans certains cas (b).

a. La réfutation du rejet de l'action en nullité en cas d'inexistence par des dispositions du Code civil

274. Cette position des classiques, permettant aux parties de se faire juge de la validité du contrat en cas d'inexistence, porte atteinte à l'article 1134 C. civ. qui dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que par leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi

¹⁰⁹⁶ *Ibid*, p. 78.

¹⁰⁹⁷ *Ibid*.

¹⁰⁹⁸ *Ibid*.

¹⁰⁹⁹ Ulpien, D. 19, 1, 11, 5.

¹¹⁰⁰ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 80.

¹¹⁰¹ *Idem*.

¹¹⁰² *Ibid*, p. 87.

autorise [...] ». Or, refuser unilatéralement d'exécuter un contrat au motif qu'il est inexistant, c'est se faire juge de la légalité de ce contrat. Ce qui est incompatible au bon fonctionnement d'un Etat de droit, puisque cela revient à reconnaître à chaque individu le droit de se faire justice. Aussi, Kelsen enseigne-t-il que « dans l'Etat moderne, la nullité [inexistence] comme degré le plus élevé de l'annulabilité est exclue dans la pratique. Un état de choses où tout individu est autorisé à déclarer nulle une norme, rejoint l'état d'anarchie »¹¹⁰³.

Il est vrai que dans un Etat de droit, une personne qui a un litige avec une autre doit saisir le juge ; elle ne peut pas le régler par elle-même. Aubry et Rau n'admettaient une exception à ce principe que « [...] dans le cas de la légitime défense, et dans ceux où le droit de rétention est admis »¹¹⁰⁴. Donc, reconnaître à une partie la possibilité de refuser d'exécuter le contrat, avant de saisir le juge sous prétexte que ce contrat est inexistant, c'est porter atteinte à ce principe. Ce qui a poussé Planiol et Ripert à dire que dans le cadre d'une nullité, « la nécessité d'un jugement découle de la règle : **nul ne peut se faire justice à soi-même** »¹¹⁰⁵.

Donc quel que soit le degré d'invalidité d'un acte, il est nécessaire, dans un Etat de droit, de saisir le juge pour qu'il se prononce sur cette validité. Ce principe est au demeurant affirmé dans l'article 1117 C. civ., qui dispose que « la convention contractée par erreur, violence, dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité [...] »⁴⁵⁶. Cependant, pour certains, l'article 1117 ne vise que l'action en nullité contre les annulabilités et pas contre la nullité de plein droit qu'est l'inexistence. Toutefois, nullité de droit ne veut pas dire nullité sans action, car l'article 502 C. civ. anc. admet cette l'action pour les nullités de droit¹¹⁰⁶. De sorte que dans tous les cas, une action en nullité est nécessaire, même si le contrat est inexistant, parce que l'article 1117 C. civ. pose une véritable obligation de saisir le juge pour prononcer la nullité. Le fait que cet article, ne prévoit que les cas de

¹¹⁰³ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p.212.

¹¹⁰⁴ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, Paris : Librairie technique de la cour de cassation, tome XII., 1958, p. 7.

¹¹⁰⁵ Planiol et Ripert reprendront la même idée, en estimant que « nulle part le Code n'a déclaré que certaines nullités permettent, en toute hypothèse, sans recourir à la justice, d'agir comme si l'acte n'existait pas » (M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, pp. 380, 361). Lutzesco lui, il a fait appel à l'histoire, pour justifier le principe : « nul ne peut se faire justice à soi-même », en estimant que « les voies de fait sont interdites en France » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 295). Pour Drogoul aussi, « Dans tous les cas en effet, lorsqu'une contestation s'élève, on est obligé de recourir à un juge [...] » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 212); Quant à Colin et Capitant, pour eux « L'exercice d'une action en justice est toujours nécessaire pour qu'une personne, intéressée à la faire valoir, puisse invoquer la nullité même radicale et absolue d'un acte juridique. Cela résulte de deux règles essentielles [...] D'abord [...] les voies de fait sont interdites et que nul ne peut se faire justice à soi-même. Ensuite...provision est due au titre [...] » (A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11è éd par J. de la Morandiere, op. cit., p. 80).

¹¹⁰⁶ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 572.

nullité relative, ne limite pas son champ à ces nullités. Cette extension est justifiée par le fait, selon O. Gout, que cet article reprend un principe général de l'ancien droit français : « *nullités de plein droit n'ont lieu en France* »¹¹⁰⁷.

275. Les tenants de l'absence de saisine du juge, en cas d'inexistence, se sont fondés sur l'article 1131 C. civ., comme le faisait Domat dans l'ancien droit¹¹⁰⁸. – Ainsi, pour Beudant, « la convention nulle, autrement dit celle qui ne se forme pas, faute d'une convention nécessaire, ne donne lieu à **aucune action**. L'article 1117 le donne à entendre ; l'article 1131 l'indique, en disant d'une convention de cette espèce qu'elle ne produit aucun effet »¹¹⁰⁹. Mais le fait que législateur ait dit dans l'article 1131 C. civ., que « l'obligation sans cause [...] ne peut avoir **aucun effet** » signifie-t-il que ce genre d'acte est inefficace avant même la saisine du juge ? Les classiques, comme Beudant, répondent par l'affirmative à cette question. Cependant, cette position peut être critiquée : allant au bout de ce raisonnement, on peut dire que tous les actes qui ne produisent aucun effet sont nuls sans l'intervention du juge. Or tout acte nul ne produit aucun effet¹¹¹⁰, puisque la décision l'annulant est rétroactive¹¹¹¹.

D'ailleurs, ce raisonnement, selon lequel, l'article 1131 C. civ., implique que l'acte est nul sans l'intervention du juge, est démenti par l'article 1132 C. civ. qui dispose que « la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée ». Ce qui revient à dire que même si la cause est absente d'un contrat, c'est à celui qui veut obtenir la nullité de ce contrat de prouver cette absence. Pour cela, il doit saisir le juge (article 30 CPC) en utilisant, non l'action contre les effets de l'acte ou l'action en déclaration d'inexistence, mais l'action en nullité. Aussi, Lutzesco a-t-il estimé que « l'affirmation que l'obligation sans cause ne doit produire aucun effet, est mis en échec par la loi elle-même, l'article 1132 déclarant [...] »¹¹¹² le contraire.

¹¹⁰⁷ O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., p. 72. **Contra** : Le projet Catala a prévu une nullité sans l'intervention du juge (P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 97).

¹¹⁰⁸ Ainsi pour Domat, « L'engagement...nul, ayant une cause illicite, de sorte qu'il n'en peut naître aucune action » (J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, p. 34).

¹¹⁰⁹ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op.cit., t8, p. 197.

¹¹¹⁰ Ainsi selon l'article 1974 C. civ, « tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, **ne produit aucun effet** ».

¹¹¹¹ Mais les classiques peuvent invoquer l'article 1352 C. civ, qui dispose que « [...] Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, **elle annule certains actes** ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire et sauf ce qui sera dit sur serment et l'aveu judiciaire » Or dans l'article 1131, le législateur déclare lui-même la nullité.

¹¹¹² G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 265.

Cependant, cette critique de l'exclusion de l'action en nullité en cas d'inexistence doit être relativisée. En effet, dans certains cas, l'acte peut être nul sans l'intervention du juge.

b. La relativisation des réfutations du rejet de l'action en nullité en cas d'inexistence par certains articles du C. civ.

Aussi bien l'article 1965 que l'article 2276 C. civ. (i) ou l'article 1599 C. civ. (ii), montrent que dans certains cas, il existe des obstacles à la naissance de l'action en nullité. Ce qui permet de relativiser les critiques adressées à ceux qui rejettent systématiquement l'action en nullité en cas d'inexistence. En effet, comme la première hypothèse de ce travail l'a soutenu, il n'y a pas de théorie générale qui soutient que l'action est systématiquement nécessaire ou systématiquement à bannir ; tout dépend des situations particulières.

i. Le rejet certain de l'action en nullité par les articles 1965 et 2276 C. civ.

276. L'article 1965 C. civ. prévoit qu'un contrat puisse être annulé sans qu'il soit nécessaire d'engager une action en nullité. – Ainsi si une personne se rend dans une salle de jeu emprunter une somme d'argent auprès du tenant de cette salle pour jouer, cet emprunt est nul, car il s'agit d'une dette de jeu, contraire aux bonnes mœurs (articles 6 et 1133 C. civ.). Mais cette nullité a lieu de plein droit, sans aucune action en nullité. Ce principe est posé dans l'article 1965 C. civ. qui dispose que « la loi n'accorde **aucune action** pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. ». Normalement, l'article 1134 C. civ. exclut une telle possibilité, avant la nullité du contrat, mais c'est la loi elle-même qui dénie toute action ici, tout en annulant le contrat, et en appliquant à ce dernier le principe *nemo auditur*. Ce qui empêche le créancier d'obtenir le remboursement de sa dette.

277. Dans d'autres cas, le législateur ne se contente pas de refuser l'action en nullité ; il la remplace par une action en revendication, comme le prévoyaient les classiques et Japiot. – Ainsi, si A vole la voiture de B, s'il la donne à C, garagiste pour que ce dernier la revende, C pourrait la revendre à D. Le jour où B découvrira cette vente, il n'aura pas besoin de demander la nullité de cette dernière, en se fondant sur l'article 1599 C. civ., afin de récupérer sa voiture. En effet, selon l'article 2276 C. civ. nouv., il « peut la **revendiquer** »

directement sans faire annuler le contrat, entre C et D, au préalable. L'action en nullité a été donc absorbée par l'action en revendication.

278. Cependant, on peut se demander si cette action est réellement une action en revendication ou si elle ne renferme pas certains éléments d'une action en nullité, comme la prescription¹¹¹³? – Une action en revendication est une action visant à faire reconnaître le droit de propriété. Cette action, à la différence de l'action en nullité, est imprescriptible¹¹¹⁴. Ce qui n'exclut pas la prescription acquisitive de la propriété. Or, l'action prévue dans l'article 2276 C. civ. nouv. prévoit une prescription extinctive avant même la prescription acquisitive¹¹¹⁵. Ainsi pour qu'une prescription acquisitive commence à courir, il faut une possession (2261 C. civ. nouv.), or la prescription de trois ans de l'article 2276 C. civ. nouv. peut commencer à courir avant même l'existence d'une possession. Ainsi, en cas de perte d'une chose, selon l'article 2276 C. civ. nouv., dans les trois ans, « on peut la revendiquer, à compter du jour de la perte [...] ». Ce qui fait de la propriété ici un droit prescriptible, car la chose perdue devient sans maître après trois ans¹¹¹⁶ (Cf art 716 C. civ.). D'où une atteinte au principe de l'imprescriptibilité de la propriété, prévu dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, selon lequel il y a « des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la **propriété** [...] »¹¹¹⁷. Or, pour Portalis, « le Code civil est sous la tutelle des lois politiques ; il doit leur être assorti »¹¹¹⁸. C'est sans doute pour cette raison que F. Zenati-Castaing et T. Revet ont estimé que « les textes enfermant la revendication dans un délai pour agir sont [...] d'une constitutionnalité douteuse »¹¹¹⁹.

279. Donc, considérer l'action de l'article 2276 C. civ. nouv. comme une action en revendication, c'est la soumettre au risque de censure du Conseil constitutionnel. – Mais si le législateur avait assimilé cette action à une action en nullité, ce risque n'existerait plus,

¹¹¹³ F. Zenati-Castaing et T. Revet ont montré que cette revendication n'est pas pure ici, car « La revendication dégénère alors dans une forme de rachat dissuasive pour le propriétaire [...] » du fait de son obligation à restituer le prix de la chose, comme dans le cadre d'une nullité. (F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 325).

¹¹¹⁴ *Idem*, p. 325.

¹¹¹⁵ Même si, pour échapper à cette critique, certains ont estimé que ce délai n'est pas une prescription, mais un délai préfix, cet argument ne tient pas, car cet article se trouve dans une section nommée « prescription acquisitive [...] » (Crim. 30 oct. 1969 : *JCP* 1970. II. 16333, note Goubeaux.)

¹¹¹⁶ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 51.

¹¹¹⁷ Mais comme il a assimilé cette action à une action en revendication, il a été plus logique dans cet article, car il a estimé que cette action étant une action en revendication, contrairement à ce qui est dit dans l'article 2276 C. civ. nouv., cette action est imprescriptible.

¹¹¹⁸ J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 16.

¹¹¹⁹ Pour des raisons d'intérêt général, on peut limiter cette imprescriptibilité, ce qui est le cas dans l'article L. 624-9 C. com. (F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., pp. 321, 325).

car la prescriptibilité de cette action n'est pas inconstitutionnelle. C'est au demeurant ce qu'il a semblé esquisser dans des dispositions spéciales. Ainsi, selon l'article L. 622-17 du Code du patrimoine, l'Etat peut agir contre l'acquéreur de certains de ses « objets perdus ou volés. », comme le prévoit l'article 2276 C. civ. nouv. Mais, cette action est une action en nullité, car selon cet article, l'« acquisition... [de ces objets]... est nulle ». Toutefois, à la fin de cet article, le législateur s'est montré un peu ambigu, en parlant des « actions en nullité ou en revendication », ce qui crée une certaine confusion entre l'action en nullité et l'action en revendication. C'est sans doute cette confusion qui peut expliquer les difficultés d'interprétation de l'article 1599 C. civ.

ii. Le rejet incertain de l'action en nullité du véritable propriétaire au profit de l'action en revendication par l'article 1599 C. civ.

280. Dans le droit actuel, en cas de vente de la chose d'autrui, le propriétaire peut agir directement en revendication, comme l'ont souligné les classiques et Japiot, sans avoir à annuler la vente au préalable. – A Rome, la vente de la chose d'autrui n'était pas impossible¹¹²⁰. En effet, à l'époque, la vente et le transfert de propriété étaient deux actes distincts¹¹²¹. Cependant, depuis le Code civil, le transfert de propriété est attaché au contrat lui-même, selon les articles 1138 et 1583 C. civ.

Donc, si le vendeur n'a pas la chose dans son patrimoine, le transfert propriété est impossible. C'est pour cette raison que l'article 1599 C. civ. dispose que la vente de la chose d'autrui est nulle. Selon la jurisprudence, cette nullité est relative, car elle ne peut être invoquée que par l'acheteur¹¹²². Dans ce cas, que peut faire le véritable propriétaire, comme il ne peut pas invoquer la nullité ? Normalement, cette vente est opposable à ce propriétaire. En effet, si le contrat de vente a un effet relatif (1165 C. civ.), la propriété, droit réel, est absolue et donc opposable à tous (article 544 C. civ.)¹¹²³. Ce qui revient à dire que le propriétaire ne peut rien

¹¹²⁰ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit, p. 224.

¹¹²¹ D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 3^{ème} éd., op. cit, p. 106.

¹¹²² *Idem*.

¹¹²³ Pour eux si le contrat est relatif, la situation objective qu'il crée est absolue et donc opposable aux tiers. Pour résumer leur pensée, Ghestin a estimé «[...] que dans une vente, seul le vendeur est tenu de délivrer la chose vendue et l'acheteur de payer le prix convenu, c'est l'effet obligatoire du contrat ; mais que tous devront respecter la situation juridique née de la vente, à savoir le transfert de propriété au profit de l'acheteur [...]» (J. Ghestin et B. Desché, *Traité des contrats : la vente*, op. cit., pp. 593, 594 ; Voir aussi: Cass. Civ^{ème}, 23 avril 1981, *Bull. civ.*, I, n° 342, p. 257).

faire, car il ne pourrait pas invoquer la nullité, et le transfert de propriété, entre le vendeur et l'acheteur, lui est opposable, ce qui l'empêcherait d'agir en revendication.

Devant ce risque d'injustice pour le véritable propriétaire, la Cour de cassation a estimé qu'il pourrait agir directement en revendication, contre l'acheteur, sans annuler au préalable la vente¹¹²⁴. Ce qui revient à permettre une action contre les effets de l'acte, sans l'annuler au préalable. Or, affirmer que l'on peut agir directement contre l'effet de la vente, avant même d'agir en nullité, c'est pointer dans le régime de la nullité une anomalie. Etant réservée exclusivement à l'acheteur, la nullité ici ne protège pas le véritable propriétaire. Conditionner la revendication du propriétaire à l'action en nullité de l'acheteur, reviendrait à ce que « [...] l'innovation des rédacteurs du code civil tournerait à l'action d'un **apprenti-sorcier**. Par la nullité de la vente de la chose d'autrui, les codificateurs auraient réduit les droits du propriétaire en faisant dépendre son action de l'initiative de l'acheteur de faire annuler la vente. Et comme l'action en nullité relative est enfermée dans un court délai de prescription [...] le droit du propriétaire s'en trouverait indirectement soumis à une prescription extinctive le dépossédant avant même que l'on ait usucapé contre lui ! »¹¹²⁵. C'est donc parce que cette nullité est considérée comme relative pour l'acheteur que le vendeur peut agir directement en revendication, car « le propriétaire ne peut trouver dans l'action en nullité le moyen de reprendre possession de sa chose [...] »¹¹²⁶.

281.Cependant, la jurisprudence pourrait, pour partie renforcer la protection du propriétaire, en comblant la lacune du régime de la nullité de la vente de la chose d'autrui, dénoncée, ici, par F. Zenati. – Ce qui va permettre au véritable propriétaire d'invoquer cette nullité. Le fait de dire que le propriétaire peut agir directement contre les effets de la vente, ne le protège pas dans tous les cas. Dans certains cas, le fait pour le propriétaire d'agir directement contre les effets de la vente pourrait même limiter son droit de propriété.

Pour soutenir que l'action contre les effets de la vente protège mieux le propriétaire que l'action en nullité, on suppose que la Cour de cassation a postulé que la vente de la chose d'autrui ne pourrait jamais transférer la propriété d'autrui. Ce qui fait que l'acheteur de la chose d'autrui est toujours possesseur. Ce qui peut expliquer la possibilité pour le véritable

¹¹²⁴ **Civ. 1^{ère}**, 4 dec. 1967 : D. 1968. 283 ; Cass. Ass. Plen., 28 mai 1982 : Bull. civ. N°3 ; R., p. 38. *Comp : Voir aussi l'article 2277 C. civ nouv.*

¹¹²⁵ F. Zenati, « Propriété et droits réels », *RTD*, 1999, p. 654.

¹¹²⁶ *Idem.*

propriétaire de revendiquer le bien entre ses mains dans tous les cas. Ce principe est illustré dans l'article 2269 C. civ. qui dispose que « Ceux à qui les locataires, dépositaires, usufruitiers et autres détenteurs précaires ont transmis le bien ou le droit par un titre translatif de propriété peuvent la prescrire »¹¹²⁷.

Mais le fait de dire que celui qui achète la chose d'autrui est systématiquement un possesseur, contre qui on peut agir directement en revendication avant même l'action en nullité, n'est pas logique. Certes, l'article 2269 C. civ. fait de cet acheteur un possesseur, mais dans tous les cas où la vente est nulle l'acheteur devient possesseur, que cette nullité soit due à un « défaut de forme [...] » (article 2272 C. civ.), à l'absence de propriété du vendeur ou à un vice du consentement dans la vente¹¹²⁸. Ce principe est posé dans l'article 550 C. civ. qui dispose que « le **possesseur** est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un **titre translatif de propriété** dont il ignore les vices [...] ». Or, en cas d'erreur, l'article 1117 C. civ. exige une action en nullité avant l'action en revendication, alors même que la vente de la chose d'autrui ne fait pas plus de l'acheteur un possesseur que la vente viciée par l'erreur.

Dans ce cas, pourquoi dire que la revendication est possible sans l'action en nullité dans la vente de la chose d'autrui parce que l'acheteur est possesseur, alors même que l'article 1599 C. civ. prévoit une action en nullité dans ce cas ? C'est le principe, ***nomo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet***, selon lequel nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il en a lui-même qui explique une telle affirmation. Cependant, ce principe tiré de l'article 2414 C. civ. nouv., ne concerne pas la vente, mais l'hypothèque.

282. En effet, la vente de la chose d'autrui peut transférer la propriété en attendant la nullité. — Ainsi l'article 222 C. civ. permet à un époux A de vendre certains meubles de l'autre époux B à C, sans le consentement B. Ce qui constitue un transfert de propriété de la chose d'autrui. Il en est de même en cas de double vente d'un meuble. Si A vend un livre à B le 1^{er} mars 2013, la propriété de ce livre est transférée ce jour même dans le patrimoine de B, selon les articles 1583 et 1138 C. civ.¹¹²⁹. Par conséquent, on peut estimer que « [...] dès que le transfert de propriété s'est produit, l'aliénateur devient **détenteur précaire** de la chose

¹¹²⁷ Mais on peut même se demander si cette prescription ne court pas qu'après l'annulation de la vente, au sens de l'article 1599 C. civ. car l'article 550 C. civ. aussi fait de l'acheteur après la nullité de la vente, un possesseur. Ce qui peut laisser entendre que dans l'article 2269 C. civ. aussi, l'acheteur ne devient possesseur qu'après l'annulation.

¹¹²⁸ Civ. 11 janv. 1887 : S. 1887. 1. 225 ; Civ. 3^{ème}, 23 mars 1968 : Bull. civ. III, n° 138

¹¹²⁹ Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996 : Bull. civ. III, n° 66.

vendue [...]»¹¹³⁰. Ce qui n'empêche pas A, détenteur précaire, de transférer la propriété de ce livre à C le 2 mars 2013, en le revendant une deuxième fois. Donc, alors même que A a vendu un livre appartenant à B à C, s'il livre ce livre à C, l'article 1141 C. civ. fait de C le propriétaire du livre, s'il est de bonne foi. Ce qui est une vente de la chose d'autrui avec transfert de propriété, car ce n'est pas la tradition qui a transféré la propriété ici, mais la vente résultant du consentement selon l'article 1138 C. civ.¹¹³¹.

283. Toutefois, on peut relativiser cette idée en soulignant que dans ces deux cas, ce n'est pas la vente qui transfère la propriété du livre dans le patrimoine de C. C acquiert cette propriété par la possession sur le fondement de l'article 2276 C. civ. – Pour illustrer cette idée, aussi bien l'article 222 que l'article 1141 exigent, comme l'article 2276, que C soit de bonne foi pour acquérir la propriété. Ce qui prouverait que dans la vente de la chose d'autrui ici, l'acheteur est toujours possesseur, car le vendeur ne peut pas transférer plus de droit qu'il en a. Ce qui justifie l'action en revendication avant même l'action en nullité contre l'acheteur, s'il n'a pas encore prescrit, ce qui est le cas ici, car la prescription est immédiate.

Cela dit, ceux qui ont acquis sur le fondement des articles 222 et 1141 C. civ. ne sont pas traités comme ceux qui ont acquis la chose par la possession. En effet, ils pourraient invoquer la garantie de l'article 1625 C. civ. résultant de la vente, contre le vendeur¹¹³². Ce qui laisserait entendre que c'est la vente qui a transféré la propriété de la chose d'autrui ici et non la simple possession, parce que l'acquisition de la propriété par la possession ne crée pas de garantie, car il s'agit d'une acquisition originaire et non dérivée¹¹³³.

284. Mais s'il s'agit d'un immeuble, il n'y a pas de doute sur la possibilité de la vente de transférer la propriété de la chose d'autrui. – Ainsi si A vend un immeuble à B le 1^{er} mars 2013, la propriété de cet immeuble est transférée ce jour même dans le patrimoine de B, selon les articles 1583 et 1138 C. civ. Ce qui n'empêche pas A de transférer la propriété de ce même immeuble à C, le 10 mars 2013. Alors même que A a vendu un immeuble appartenant à B à C, si C publie cette vente le 15 mars 2013 et B le 20 mars 2013, c'est C qui deviendra propriétaire. En effet, selon l'article 30 du décret de 1955, les actes « sont s'ils n'ont pas été

¹¹³⁰ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 288.

¹¹³¹ Ce qui n'est pas la solution du droit allemand, qui exige une tradition, car le *BGB* prévoit dans ses § 875, 825, 929 que le transfert de propriété n'est pas *solo consensu*. (D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., op. cit., p. 117.)

¹¹³² Alors que le possesseur ne peut invoquer que les articles 2278 C. civ si sa possession immobilière est troublée avant la prescription et non la garantie.

¹¹³³ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 279 et s.

publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis des droits concurrents en vertu d'actes soumis à la même obligation de publicité ».

Ici, alors même que A a vendu une maison de B à C, C a pu acquérir la propriété de cette maison. Contrairement à ce qui se passe dans l'article 1141 C. civ., on ne peut pas dire ici que C a acquis la propriété de la maison par la possession. En effet, la possession immobilière nécessite au minimum dix ans pour que le possesseur devienne propriétaire (article 2272 C. civ.). C'est donc la vente du 10 mars 2013, conclue avec A, qui a transféré la propriété de la maison dans le patrimoine de C, alors même que A n'avait plus cette maison dans son patrimoine, car il avait déjà transféré cette propriété à B le 1^{er} mars 2013. Même si cette solution, un peu spéciale, pourrait s'expliquer, selon D. Deroussin, par le fait que l'article 30 du décret de 1955 fait du droit du premier propriétaire ici, un droit *inter partes* qui n'est pas opposable à tous¹¹³⁴.

285. Ce qui prouve que dans certains cas, certes spéciaux, la vente de la chose d'autrui pourrait transférer la propriété. – Dans ce cas, pourquoi dire qu'en cas de vente de la chose d'autrui, le propriétaire pouvant agir directement en revendication contre l'acheteur, il ne peut pas agir en nullité ? Dans le cas de la vente immobilière B, le propriétaire de l'immeuble, ne peut pas revendiquer cet immeuble parce que la propriété de C lui est opposable¹¹³⁵. Mais la nullité de la seconde vente entre A et C est possible, sur le fondement de l'article 1599 C. civ., car la publicité foncière n'est pas une fin de non-recevoir à l'action en nullité de la vente de la chose d'autrui, dans la mesure où cette publicité ne régularise pas

¹¹³⁴ Pour J. Ph. Lévy et A. Castaldo, si la propriété du premier acheteur, droit réel, n'est pas opposable à tous, c'est parce que tout simplement le premier acheteur n'a pas la propriété de la chose. C'est pour cette raison que, s'inspirant sans doute du droit allemand, notamment des § 875, 825, 929 du BGB, ils ont dit qu'avant la publicité, il n'y a pas eu de transfert de propriété, car si la vente immobilière n'est pas opposable avant la publicité, c'est parce que c'est la publicité qui transfère la propriété. En effet, pour eux, comme la propriété n'est pas opposable avant la publicité, il n'y a pas de propriété, car « qu'est-ce qu'un droit réel qui n'existe pas à l'égard de tous ? » Donc pour eux, « ce n'est pas du tout le contrat qui compte, mais bien la publicité » (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op cit*, pp. 547, 548). Mais à la différence du droit allemand, ce n'est pas la publicité qui transfère la propriété immobilière en droit français (D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., op. cit., p. 117). La jurisprudence admet le transfert de propriété, même en l'absence de toute publicité foncière. Ainsi la Cour de cassation estime que même si une vente immobilière n'a pas été publiée, on peut s'en servir, contre les tiers, comme un titre de propriété. Ainsi un acte de vente non publié peut être utilisé, comme titre de propriété, contre un voisin qui empiète sur une propriété, car « [...] la preuve de la propriété est étrangère à la question de l'opposabilité des actes aux tiers [...] » (Cass. Civ^{ème}, 5 mai 1983, *Bull. civ.*, III, n° 253, p. 195 ; *Adde* : Cass. Civ^{ème}, 23 avril 1981, *Bull. civ.*, I, n° 342, p. 257). Dans plusieurs autres cas, la Cour de cassation a admis qu'une vente non publiée puisse transférer la propriété (Civ. 3^{ème}, 26 nov. 2003, AJDI, 2004. 231, note Prigent).

¹¹³⁵ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 326.

cette vente¹¹³⁶, mais rend la propriété de l'immeuble simplement opposable au véritable propriétaire¹¹³⁷.

La publicité foncière n'est pas une condition de validité de la vente ni même du transfert de propriété¹¹³⁸, mais une condition d'opposabilité de la propriété¹¹³⁹. Par conséquent, on peut soutenir que la publicité foncière « intervient pour l'efficacité de la vente à l'égard des tiers mais point pour valider sa formation. »¹¹⁴⁰. Or, pour Dupeyron, si « [...] la publicité n'est pas érigée par la loi en condition de validité [...] la régularisation [par la publicité]...n'a pas pour effet de détruire la nullité de l'acte»¹¹⁴¹. Ce qui montre que dans un tel cas de figure, l'action en nullité de la vente est plus protectrice pour le véritable propriétaire que l'action en revendication, qu'il ne peut plus invoquer après la réalisation de la publicité foncière. En effet, si cette publicité foncière rend irrecevable l'action en revendication, elle ne rend pas irrecevable l'action en nullité sur le fondement de l'article 1599 C. civ¹¹⁴².

286. D'où la nécessité d'ouvrir l'action en nullité, de la vente de la chose d'autrui, au véritable propriétaire. – Cette ouverture est justifiée par le fait que celui, dont le bien a été cédé sans son consentement, est aussi digne de protection que le tiers acquéreur de cette chose, qui peut bénéficier d'une garantie d'éviction en cas de nullité (1626 C. civ.)¹¹⁴³. D'ailleurs, sur le fait de savoir si cette nullité est absolue ou relative, la doctrine s'est longtemps divisée¹¹⁴⁴. Donc, la position de la Cour de cassation, qui a fermé l'action en nullité au propriétaire, n'est qu'une prise de position pour ceux qui soutiennent le caractère relatif de cette nullité. D'où la nécessité de revenir sur cette position.

¹¹³⁶ Dupeyron a montré que la vente de la chose d'autrui se régularise par l'acquisition de la chose par le vendeur, ou par la ratification du véritable propriétaire. Mais il ne cite pas la publicité foncière. (Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., pp. 57, 59).

¹¹³⁷ Cass. Civ^{ème}, 5 mai 1983, *Bull. civ.*, III, n° 253, p. 195 ; *Adde* : Cass. Civ^{ème}, 23 avril 1981, *Bull. civ.*, I, n° 342, p. 257 ; Civ. 3^{ème}, 26 nov. 2003, AJDI, 2004. 231, note Prigent).

¹¹³⁸ Civ. 3^{ème}, 27 nov. 1990 : *Bull. civil.* III, n° 225. : Selon cet arrêt, la propriété est transférée avant même la signature de l'acte faisant l'objet d'une publicité foncière.

¹¹³⁹ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 289 ; S. Schiller, *Droit des biens*, Paris : Dalloz, 2010, p. 98. ; (Civ. 3^{ème}, 28 mai 1979, *Bull. civ.*, III, n° 116 ; Civ. 3^{ème}, 26 nov. 2003, AJDI, 2004. 231, note Prigent) Toutes ces décisions admettent implicitement, dans le cadre d'une double ventes, la validité de la première vente non publiée si le second acquéreur, ayant publié son contrat, était au courant de l'absence de propriété du vendeur. Ce qui prouve que la publicité n'est pas une condition de validité, mais d'opposabilité.

¹¹⁴⁰ D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., op. cit., p. 42.

¹¹⁴¹ Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. 167.

¹¹⁴² Ainsi F. Zenati-Castaing et T. Revet ont montré ici que l'extinction de l'action en revendication n'entraîne pas forcément celle de l'action en nullité. (F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 673).

¹¹⁴³ Mais si la nullité est rétroactive, cette garantie risque de disparaître. Toutefois, l'article 1599 a prévu une action en responsabilité contre le vendeur si la garantie disparaît.

¹¹⁴⁴ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit, p. 246.

287. **D'ailleurs, dans les régimes matrimoniaux, en cas de vente de la chose d'autrui, ce n'est pas la position de la Cour de cassation qui a été suivie.** – Si un bien, appartenant à plusieurs personnes, est cédé par une seule sans l'accord des autres, il y a une vente de la chose d'autrui pour la portion qui dépasse la part de celui qui a vendu la chose¹¹⁴⁵. Dans le régime de droit commun, certains biens communs ne peuvent pas être cédés par un seul époux, parce que ces biens appartiennent aux deux. Si un des époux cède seul ces biens, la vente serait nulle, et l'autre époux pourrait invoquer cette nullité. En effet, selon l'article 1427 C. civ. « si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'**autre** à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation ». Pour la vente de la chose d'autrui aussi, la Cour de cassation aurait pu utiliser le même raisonnement en ouvrant l'action en nullité au véritable propriétaire, comme l'a réitéré le législateur lui-même dans l'article L. 622-17 du Code du patrimoine qui dispose que si un tiers vend certains bien de l'Etat, « les actions en nullité ou en revendication peuvent être exercées [...] par le **propriétaire originaire** ». Ce qui prouve que le législateur, contrairement à la Cour de cassation, admet que le véritable propriétaire puisse invoquer la nullité de la vente de la chose d'autrui.

288. **Néanmoins, avant cette ouverture de l'action en nullité au propriétaire, il peut agir directement contre les effets de l'acte, comme l'ont soutenu les classiques et Japiot pour les contrats inexistants.** – En conséquence, dégager ici une théorie générale n'est pas possible : on ne peut pas dire que dans tous les cas on agit contre les effets de l'acte, et on ne peut pas soutenir, non plus, qu'on agit systématiquement contre l'acte avant d'agir contre ses effets. La vente de la chose d'autrui montre que dans certains cas, on agit contre l'effet de l'acte, tant « l'annulation de la vente de la chose d'autrui n'est pas une condition de l'action en revendication »¹¹⁴⁶. Cela s'explique par les modalités d'exercice de l'action en nullité contre la vente de la chose d'autrui, action qui ne peut pas être invoquée par le propriétaire. D'où la nécessité d'étudier ces modalités.

¹¹⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 15 juin 1994 : *Bull. civ.* I, n° 212

¹¹⁴⁶ F. Zenati, « Propriété et droits réels », op. cit., p. 653.

Sous-section 2. Les difficultés rencontrées par la doctrine dans la détermination des titulaires de l'action en nullité au cours de son existence

288 bis. Même si l'action en nullité existe, il faut, pour l'exercer, remplir certaines conditions. – Mais si pendant longtemps la doctrine s'est exclusivement intéressée aux titulaires actifs de cette action (§ 1), la théorie moderne des nullités a introduit l'interrogation sur les titulaires passifs de l'action en nullité, c'est-à-dire, ceux à qui on peut opposer cette action (§ 2).

§ 1. Les divergences doctrinales sur les titulaires actifs de l'action en nullité

Si les auteurs classiques ont utilisé l'état de l'acte pour désigner les titulaires de l'action en nullité (A), les auteurs modernes, eux, ont préféré utiliser le but de la règle violée (B).

A. La désignation des titulaires de l'action en nullité selon l'état de l'acte

L'utilisation, par les classiques, de l'état de l'acte pour désigner les titulaires de l'action en nullité (I) n'est pas au-dessus de toute critique (II).

I. La désignation des titulaires de l'action en nullité selon la gravité du vice

L'utilisation de l'état de l'acte dans la désignation des titulaires de l'action en nullité a poussé les auteurs classiques à soutenir que, si l'inexistence peut être invoquée par tout intéressé (1), l'annulabilité ne peut être invoquée que par la personne protégée (2).

1. De l'inexistence large...

289. **Selon l'article 1165 C. civ., un contrat n'est opposable qu'aux parties.** – Mais cela n'exclut pas qu'un contrat puisse avoir des effets sur un tiers. Ce qui s'illustre parfaitement dans l'opposabilité de la clause d'inaliénabilité aux tiers (Article 900-1 C. civ.). Or si le contrat est opposable à un tiers, cela voudrait dire, que dans certains cas, il peut avoir intérêt à faire annuler ce contrat. Néanmoins, pour ne pas permettre aux tiers de se mêler des affaires des autres, il peut être nécessaire de limiter cette possibilité. Cependant, en cas d'inexistence, pour les classiques, cette nécessité n'existe pas, car il n'y a rien à faire annuler.

290. **Dans ces conditions, refuser l'action en nullité à tout le monde reviendrait à dire qu'un contrat inexistant peut être opposable à une personne.** – Or, pour Bourgeon, en ce qui concerne l'inexistence, « [...] toute personne intéressée aura qualité [...] car ce qui n'a pas d'existence juridique n'en a vis à vis de personne »¹¹⁴⁷. Par conséquent, les classiques ont estimé que tout le monde doit pouvoir invoquer l'inexistence, car il serait illogique de dire que le contrat est inexistant et de l'opposer à une personne, sous prétexte, qu'elle ne peut pas invoquer sa nullité. A Rome déjà, tout le monde pouvait invoquer l'inexistence d'un contrat¹¹⁴⁸. Aussi, plusieurs auteurs classiques ont-ils, comme Bourgeon, repris cette tradition en estimant que l'inexistence peut être invoquée par tous, parce que, selon Pize, « un contrat sans existence juridique ne peut lier personne ; on ne comprendrait pas qu'un tel contrat réponde à la conception du législateur à l'égard de certaines personnes et non à l'égard des autres »¹¹⁴⁹. Mortet aussi a repris la même justification en estimant que l'inexistence est absolue, car un « [...] contrat n'ayant aucune existence juridique ne peut lier personne ; tous ceux dont les droits auraient été limités [...] ont par conséquent intérêt à en invoquer la nullité »¹¹⁵⁰. La même raison a poussé Demante aussi à estimer que tout intéressé peut invoquer l'inexistence¹¹⁵¹. Il en est de même pour Bufnoir¹¹⁵².

¹¹⁴⁷ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.280.

¹¹⁴⁸ *Idem*, p. 125.

¹¹⁴⁹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 243.

¹¹⁵⁰ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p.158.

¹¹⁵¹ A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2è éd, op. cit., tome V, p. 494.

¹¹⁵² Pour **Bufnoir** aussi, « lorsque le contrat est inexistant [...] tout intéressé peut se prévaloir de la nullité » (C. **Bufnoir**, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 649).

Si cette idée n'a fait l'objet d'aucune controverse chez les auteurs dits classiques, puisqu'on la rencontre chez plusieurs d'entre eux, en ce qui concerne l'annulabilité, l'unité n'est pas aussi parfaite¹¹⁵³.

2. ... à l'annulabilité restreinte

291. Le contrat annulable produit des effets, conformément à l'article 1134 C. civ. – Pour se dégager de ce contrat, il faut donc une action, mais cette action n'est réservée qu'à **certaines personnes**. Pour connaître ces personnes, il faut, comme chez les modernes, chercher le but de la règle violée. Si cette loi a pour but de ne protéger qu'une seule personne, c'est elle seule qui peut invoquer sa violation, parce que, pour Hartemann, « l'inefficacité de l'acte annulable ne peut être obtenue que par ceux à qui la loi accorde l'action en nullité »¹¹⁵⁴. Position que l'on retrouve chez plusieurs auteurs classiques¹¹⁵⁵.

Mais cela veut-il dire que la nullité ne peut être invoquée que par l'une des parties ou par les deux en cas de protection des deux par la loi violée? La doctrine ne donne pas une réponse précise à cette question ; elle s'est contentée de dire, comme Mortet, que l'annulabilité dépend de « [...] la volonté de la personne dans l'intérêt de qui la loi a rendu le contrat annulable »¹¹⁵⁶. Position que l'on rencontre chez Demante¹¹⁵⁷ et chez Huc aussi, pour qui l'annulabilité ne peut être invoquée que « [...] par celle en faveur de qui elle est édictée [...] »¹¹⁵⁸. Mais toutes

¹¹⁵³ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 207 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 322 ; G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, op. cit., tome II, p. 252.

¹¹⁵⁴ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 322.

¹¹⁵⁵ C'est ce qu'a répété Bufnoir aussi, en estimant que « si le contrat n'est qu'annulable, la nullité n'en peut être demandée que par la partie dans l'intérêt de qui elle a été établie » (C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 649). Pour Beudant aussi, « quand une convention est simplement annulable, la nullité ne peut être opposée que par celle des parties dans l'intérêt de laquelle la loi prononce la nullité » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 207). Quant à Bourgeon, il a précisé que « moi seul et ayants-cause pourrions nous prévaloir de la violence, du dol ou de la lésion. » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 280). Pize lui, il a clairement affirmé que « La loi place le sort du contrat annulable, contrat en quelque sorte boiteux, entre les mains des personnes limitativement déterminées dans l'intérêt desquelles l'annulabilité a été édictée [...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 244s).

¹¹⁵⁶ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 185.

¹¹⁵⁷ A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome V, p. 494.

¹¹⁵⁸ Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome I, p. 189.

ces affirmations ne permettent pas de savoir, avec précision, si ce sont les deux parties qui sont protégées, peuvent-elles toutes les deux invoquer la nullité.

292. Certains indices laissent entendre que chez Simon, par exemple, une seule des parties peut invoquer cette nullité. – En effet, pour lui, « lorsqu’une convention est annulable, l’action en nullité n’appartient qu’à l’une des parties. »¹¹⁵⁹ Pour justifier cette idée, il recourt à l’article 1125 C. civ. Par conséquent, plusieurs auteurs classiques ont estimé que, comme la nullité sanctionnant la violation d’une règle d’ordre public peut être invoquée par les deux parties, elle n’est pas une annulabilité mais une inexistence, alors même qu’un élément essentiel, en fait, ne fait pas défaut au contrat sanctionné par cette nullité¹¹⁶⁰. Ces auteurs ne peuvent pas concevoir une annulabilité pouvant être invoquée par plusieurs personnes.

Tel ne fut cependant pas le cas d’Aubry et Rau. Pour eux, une nullité sanctionnant une règle d’ordre public reste une annulabilité, alors même que tout le monde peut l’invoquer. C’est pour cette raison qu’ils précisent que c’est une annulabilité absolue¹¹⁶¹. Ce qui, là encore, montre les divergences au sein de la doctrine classique, même si Aubry et Rau finissent par rejoindre les autres classiques pour soutenir que plusieurs annulabilités absolues sont des inexistences, car elles peuvent être invoquées par tous¹¹⁶². Ce qui a rendu la théorie classique très rigide, et a justifié les critiques qui lui sont adressées.

II. Les limites de la désignation des titulaires de l’action en nullité en fonction de l’état de l’acte

293. L’état de l’acte ne peut pas désigner les titulaires de l’action en nullité, car ce n’est pas parce que l’acte manque d’un élément essentiel que tout le monde peut invoquer sa nullité. – En effet, dans le droit positif, on rencontre des actes manquant d’un élément essentiel, comme le consentement ou l’objet et donc inexistants, mais dont la nullité ne peut être invoquée que par l’une des parties. Ainsi dans la vente de la chose d’autrui, le contrat manque d’objet, élément essentiel selon les classiques. Cependant, la Cour de

¹¹⁵⁹ H. Simon, *Du Compromis. Droit français de la Prescription des actions en nullité ou en rescision*, op. cit., p. 115.

¹¹⁶⁰ Cf. *Supra*, n° 145.

¹¹⁶¹ Cf. *Supra*, n° 145.

¹¹⁶² Cf. *Supra*, n° 151.

cassation estime que seul l'acheteur peut s'en prévaloir¹¹⁶³. En cas de troubles mentaux aussi, si le contrat est conclu pendant ces troubles, les classiques estiment que ce contrat est inexistant pour absence de consentement¹¹⁶⁴. Or malgré cette absence de consentement, l'article 414-2 C. civ. dispose que dans ce cas « de son vivant, l'action n'appartient qu'à l'intéressé [...] »¹¹⁶⁵.

294. Il apparaît clairement ici que ce n'est pas parce que le contrat manque d'un élément essentiel, comme l'objet ou le consentement, que sa nullité peut être invoquée par tous. – Ce qui illustre la première hypothèse de ce travail, qui soutient qu'une théorie générale ne peut pas expliquer toutes les nullités, mais qu'il faut prendre en compte des cas spécifiques, comme le mariage. En effet, dans ce domaine, le principe des classiques peut tout à fait s'expliquer. Ainsi, selon l'article 146 C. civ., « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». En l'absence de consentement, le contrat est nul, pour absence de consentement, élément essentiel. Cette nullité peut être invoquée par plusieurs personnes, car selon l'article 184 C. civ. « tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146... peut être attaqué... soit par les époux eux-mêmes, **soit par tous ceux qui y ont intérêt...** ». Mais si cet article prouve, *a posteriori*, que l'état de l'acte peut désigner les titulaires de l'action en nullité, dans plusieurs cas, c'est le but de la règle violée qui désigne ces titulaires. D'où la nécessité d'étudier ce but aussi pour vérifier sa pertinence.

B. La désignation des titulaires de l'action en nullité selon le but de la règle violée

Si les auteurs modernes utilisent le but de la règle violée pour désigner les titulaires de l'action en nullité (I), ce but n'est pas pour autant capable de désigner ces titulaires dans tous les cas (II).

¹¹⁶³ Cf. *Supra*, n° 280.

¹¹⁶⁴ Cf. *Supra*, n° 91.

¹¹⁶⁵ Tout en sachant que l'équivalent de cet article existait dans le Code civil à l'époque des classiques, même si cet article ne précisait pas les titulaires de l'action, son association avec l'article 1125 permettait de préciser les titulaires de l'action en nullité. (Articles 502 et 1125 du Code civil des français, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806).

I. Le but de la règle violée : Un critère de désignation des titulaires de l'action en nullité

Le principe selon lequel, la nullité relative ne peut être invoquée que par celui qui est protégé et la nullité absolue par tout intéressé, existe de façon incertaine dans le droit positif (1) ce qui a permis à la doctrine de chercher à le systématiser (2).

1. L'incertitude du droit positif

Il y a non seulement de l'incertitude dans la désignation des titulaires de l'action en nullité dans la nullité absolue où le rôle des tiers n'est pas bien précisé (a), mais cette incertitude est encore plus importante en ce qui concerne la nullité relative (b).

a. L'incertitude sur les titulaires de l'action en nullité absolue

295. **La nullité étant un droit de critique, il est nécessaire de réserver ce droit aux personnes que la règle violée protège, comme dans l'annulabilité chez les classiques.** – Néanmoins, si cette règle protège un intérêt général, depuis l'ancien droit, ce droit de critique devrait être laissé à tous les membres de la société, puisque l'intérêt général concerne tout le monde¹¹⁶⁶. Ce seul intérêt suffit à rendre l'action en nullité, contre un acte violant une règle d'intérêt général, recevable aux yeux de l'article 31 CPC qui dispose que « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention [...] ». Déjà, dans l'ancien droit, Denis art soutenait que la nullité absolue était une « nullité populaire »¹¹⁶⁷ pour dire qu'il s'agit d'une nullité qui concerne tout le monde¹¹⁶⁸. C'est pour cette raison que cette nullité était absolue.

Même dans le droit actuel, en cas de nullité absolue sanctionnant une règle d'intérêt général, tout le monde peut agir, même un tiers. En effet, pour Japiot, ce type de nullité est en quelque sorte solidariste : « l'individu dans cette conception, ne doit plus agir pour la satisfaction de

¹¹⁶⁶ M. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile*, tome 42, p. 427.

¹¹⁶⁷ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 161.

¹¹⁶⁸ Ainsi Toullier a montré que la nullité absolue est inspirée de l'article 184 et 191 (M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 661).

ses **intérêts personnels**, il doit agir dans un but **désintéressé**, comme en vertu d'une **charge publique**, d'un devoir social : **chacun pour tous** »¹¹⁶⁹. Ce qu'ont contesté, toutefois, certains auteurs¹¹⁷⁰. D'où l'incertitude sur les véritables titulaires de l'action en nullité si cette nullité est absolue. En effet, la question de savoir, si certains tiers peuvent tous invoquer la nullité absolue, fait débat même chez les plus hauts magistrats de la Cour de cassation¹¹⁷¹. On rencontre la même incertitude dans l'étude des nullités relatives.

b. L'incertitude sur les titulaires de l'action en nullité relative

Dans la désignation des titulaires de l'action en nullité des nullités relatives, il est impossible de dire que cette nullité ne concerne que la personne protégée (i), car d'autres personnes aussi peuvent l'invoquer (ii). Ce qui peut expliquer l'incertitude dans la désignation des titulaires du droit de critique dans la nullité relative.

i. De la limitation...

296. **Le contrat est sanctionné par la nullité relative quand la règle violée a pour but la protection d'une des parties.** – D'où la nécessité d'éviter que cette règle ne se retourne contre cette partie qu'elle est censée protéger. Pour atteindre un tel objectif, il est nécessaire de réserver la possibilité d'invoquer cette nullité, exclusivement, à cette personne protégée. Si le Code civil ne pose pas un principe général sur ce point, on rencontre des articles dans ce code contenant ce principe. Ainsi, selon l'article 1125 C. civ., « les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté. » On rencontre le même principe dans l'article 921 C. civ. qui dispose que « la réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi a fait la réserve [...] » ou dans l'article 1398 C. civ., selon lequel, la nullité de la convention matrimoniale, contractée par le mineur sans le consentement des parents, « pourra être demandée par le mineur ou par les personnes dont le consentement était requis [...] ». Quant à l'article 1399 C. civ., il parle clairement de la personne protégée, en disposant que « [...] l'annulation des conventions peut être poursuivie [...] par la **personne protégée** [...] ».

¹¹⁶⁹R. Japiot, *Des nullités en matière juridique essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 312.

¹¹⁷⁰: Même Portalis a exigé un intérêt à agir pour pouvoir invoquer une nullité absolue. Ainsi il a estimé lors de la séance du 4 frimaire an X au Conseil d'Etat, que « les nullités absolues peuvent être réclamées par tous ceux qui ont intérêt de les faire valoir [...] » (Cf. annexe, Doc N°II).

¹¹⁷¹ Cf. *Infra*, n° 306.

297. **Dans tous ces cas, c'est la personne protégée par la loi qui a l'exclusivité de l'action en nullité.** – Mais ce pouvoir, ainsi laissé à cette personne, peut pénaliser l'autre partie, qui ne peut pas agir, et qui est laissée dans l'incertitude sur la validité du contrat jusqu'à la prescription de l'action en nullité¹¹⁷². Pour remédier à cet état de fait, le législateur est intervenu dans des domaines spécifiques, comme dans le droit des sociétés. Ainsi, l'article 1844-12 C. civ., par dérogation à l'article 32-1 CPC. qui pose le principe de la liberté de l'action sauf abus, permet à l'autre partie, qui n'a pas le droit de critique, de mettre en demeure le titulaire de ce droit, dès que la régularisation est devenue possible, soit de régulariser soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La généralisation de cette technique a été prévue dans le projet Catala¹¹⁷³. Cependant, avant cette généralisation, le risque créé par ce monopole de l'action en nullité existe toujours. Aussi, dans certains cas, le droit positif permet-il à d'autres personnes d'invoquer une nullité relative.

ii. ...A l'extension

L'action en nullité relative n'est pas réservée qu'à la personne protégée ; elle peut être aussi bien invoquée par un magistrat (α) que par un représentant de la personne protégée (β).

α. L'extension aux magistrats

298. **La nullité relative a pour but de protéger une des parties au contrat.** – Dans ce cas, il serait illogique de laisser à l'autre partie, ou à qui que ce soit, le droit de se prévaloir de cette nullité, sinon on risque de retourner la règle contre celle qu'elle est censée protéger. Ce qui peut expliquer la nécessité de limiter ce droit de critique à la seule personne protégée, comme l'a soutenu Japiot, en estimant que « si le motif est d'ordre particulier, on sera conduit à restreindre le cercle des ayants droit [...] »¹¹⁷⁴. Ainsi en laissant la personne protégée, libre d'user ou pas de son droit de critique, on rend cette protection plus effective. Si

¹¹⁷² J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 900. C'est pour cette raison que Chevallier a proposé que le droit de critique soit étendu au deux parties, mais le législateur n'est pas allé aussi loin dans l'article 1844-12 C. civ. (M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 520).

¹¹⁷³ Ainsi, dans le projet Catala, l'article 1129-5 dispose que « celui dont dépend la confirmation ou la ratification peut être mis en demeure par l'autre partie soit de confirmer ou ratifier, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois, à peine de forclusion » (P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 96).

¹¹⁷⁴ R. Japiot, *Des nullités en matière juridique essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 534.

par exemple une banque accorde un crédit à un consommateur, en ne respectant pas les règles protectrices des consommateurs, il sera injuste que cette banque puisse se prévaloir de cette violation pour imposer au consommateur de restituer le capital avant l'échéance en demandant la nullité du contrat de prêt ; seul le consommateur devrait pouvoir se prévaloir de cette violation¹¹⁷⁵. S'il peut rembourser le capital sans préjudice pour lui, il pourrait demander la nullité, dans le cas contraire, il pourrait souhaiter la continuation du contrat¹¹⁷⁶.

299. Toutefois, dans certains cas, il peut arriver qu'un magistrat exerce cette action, concurremment avec la personne protégée. – S'il s'agit d'une nullité absolue, cette intervention serait tout à fait conforme à l'article 423 C.P.C., parce que l'intérêt général est en jeu dans cette nullité¹¹⁷⁷. Ce qui permet au procureur d'invoquer cette dernière. Cependant, s'il s'agit d'une nullité relative, cet intérêt général n'existe pas.

Mais malgré tout, il est prévu dans certaines dispositions qu'un magistrat puisse invoquer une nullité relative. Ainsi l'article 180 C. civ. permet au procureur de la république d'invoquer une nullité relative, en disposant que « le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre [...] ou par le **ministère public** [...] »¹¹⁷⁸. En ce qui concerne les personnes protégées, on rencontre la même logique. Selon l'article 416 C. civ. nouv. « Le juge des tutelles et le procureur de la république exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort [...] ». Quant à l'article 475 C. civ., il dispose que « La personne en tutelle est représentée en justice par le tuteur [...] ». Ce qui permet, implicitement, au procureur d'invoquer une nullité relative bénéficiant au protégé, si le tuteur est défaillant¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁵ Mais le principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude aurait de toute façon protégé le consommateur ici, même s'il n'a pas le monopole du droit de critique.

¹¹⁷⁶ C'est pour cela que Lutzesco a estimé que « [...] la nullité relative est intimement liée à la décision que va prendre la personne protégée, c'est à elle seule qu'appartient [...] l'initiative de détruire le lien obligatoire [...] » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 361).

¹¹⁷⁷ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, op. cit., p. 538; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd, op. cit., p. 361.

¹¹⁷⁸ Ainsi pour Larroumet, si « [...] le vice du consentement est commun [...] Dans cette hypothèse, chacune des parties au contrat est en droit d'invoquer la nullité relative [...] » (C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, op. cit., p. 531).

¹¹⁷⁹ C'est pour cela que Chevallier a estimé que certaines nullités relatives peuvent être invoquées par le procureur, car les « [...] nullités pour incapacité [...] concernant les incapables sont communicables au Ministre public » (M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 516).

300. **Cette possibilité pour les magistrats d'invoquer une nullité relative ne se limite pas qu'au procureur, elle s'étend aussi au juge.** – Ce qui est contradictoire avec le principe selon lequel le juge n'est pas partie au procès, ce qui n'est pas le cas du procureur. Les conséquences de ce principe sont tirées dans l'article 5 C.P.C., qui prohibe les jugements *ultra* ou *infra petita*. Au regard de ce principe, on s'est demandé si le juge peut soulever d'office une nullité absolue, si cette requête ne figure pas dans la demande. Pour le doyen Carbonnier, les juges peuvent soulever d'office la nullité absolue, en tant que moyen d'ordre public, pour protéger les intérêts de la société¹¹⁸⁰. Dans un arrêt du 27 novembre 1984, la Cour de cassation a admis ce principe¹¹⁸¹.

Cette décision est-elle transposable à la nullité relative ? Cela ne devrait pas être possible, puisque le but même de cette nullité est de laisser à la personne protégée la libre disposition de son droit de critique. Reconnaître au juge la possibilité de soulever d'office, le moyen tiré de la nullité relative, ce serait porter atteinte à cette idée de protection. Mais cette position peut être tempérée, car l'article 12 C.P.C. oblige le juge à juger conformément au droit. Ce qui lui permet de soulever d'office les moyens de pur droit. Donc, si le prononcé de la nullité relative ne requiert aucune appréciation des faits¹¹⁸², la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt de 1986, que le juge peut soulever d'office la nullité relative, même si les parties ne l'ont pas demandée. C'est ce qui a poussé Ph. Remy, dans son commentaire de cet arrêt, à dire que l'opposition entre la nullité absolue et la nullité relative n'est plus pertinente pour désigner les titulaires de l'action en nullité, car, même, des tiers peuvent invoquer la nullité relative¹¹⁸³.

Même la *CJCE*, devenue *CJUE*, a admis ce principe pour le réputé non écrit¹¹⁸⁴. En effet, le juge doit « assurer au consommateur une protection effective [...] La protection que la directive confère aux consommateurs s'étend ainsi aux hypothèses dans lesquelles le consommateur s'abstient d'invoquer le caractère abusif de cette clause soit parce qu'il ignore ses droits soit parce qu'il est dissuadé de les faire valoir en justice en raison des frais qu'une

¹¹⁸⁰ Cité par J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 891.

¹¹⁸¹ *Idem*, p. 893.

¹¹⁸² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., p. 407.

¹¹⁸³ Cet arrêt qui a admis cette possibilité a bouleversé la distinction entre nullité absolue et relative en retirant à la partie protégée le monopole de la nullité relative. Ce qui a poussé M. Remy, en commentant cet arrêt à dire qu'« il faut décidément que les civilistes amendent, sur ce point aussi, la théorie classique des nullités absolues et relatives : cette distinction ne commande plus tout le régime procédural de l'action en nullité [...] » (Bull. civ., I, n° 159 ; Ph. Remy, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1986, p. 149, obs).

¹¹⁸⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 331 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., p. 407.

action en justice entraînerait [...] »¹¹⁸⁵. Et le législateur national a reconnu cette possibilité au juge en disposant dans l'article L. 141-4 C. consomm. que « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent Code dans les litiges nés de son application. », alors même que le Code de la consommation ne contient, quasiment, que des nullités relatives. Cela est dû au fait que le juge agit au nom de la société. Mais dans certains cas, c'est un tiers, qui agit au nom d'une des parties, qui peut invoquer cette nullité.

β. L'extension au représentant

301. Si les magistrats peuvent invoquer une nullité relative, c'est au nom de la société. – Néanmoins, dans certains cas, il peut arriver qu'un tiers invoque une nullité relative au nom d'une des parties au contrat. Ainsi un tiers au contrat peut invoquer sa nullité relative sur le fondement de l'article 1166 C. civ. au nom de la personne protégée par la règle violée, si elle est négligente, mais aussi son débiteur¹¹⁸⁶. Les héritiers aussi peuvent agir en nullité relative au nom de leur auteur, selon l'article 724 C. civ.¹¹⁸⁷. On rencontre le même principe chez les personnes protégées aussi¹¹⁸⁸. Ainsi, selon l'article 465 4° C. civ., « [...] le curateur ou le tuteur peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille [...] engager seul l'action en nullité [...] » au nom du protégé.

Dans tous les cas qui viennent d'être évoqués, un tiers peut invoquer une nullité relative, pas en son nom mais au nom de la personne protégée ou de la société. Cette diversité des personnes pouvant invoquer une nullité relative a suscité, en doctrine, le désir d'une systématisation de toutes ces solutions.

2. Les tentatives de systématisation

Il apparaît clairement que le droit positif admet, dans certains cas, qu'une nullité puisse être invoquée par plusieurs personnes et dans d'autres par une seule. Pour systématiser ce droit

¹¹⁸⁵ P. Wery, « Nullité, inexistance et réputé non écrit », in *La nullité des contrats*, Bruxelles: Larchier Université de Liège, 2006, p. 64.

¹¹⁸⁶ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3è éd, op. cit., p. 532; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10è éd, op. cit., p. 410.

¹¹⁸⁷ Car selon l'article 921 C. civ., « La réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par [...] leur héritiers ou ayants cause [...] ».

¹¹⁸⁸ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3è éd, op. cit., p. 519.

positif, la doctrine a proposé de grouper les diverses nullités selon le nombre de personnes pouvant les invoquer. Sur cette question, si la position de Japiot est très nuancée (a), celle des autres auteurs modernes est plus tranchée (b).

a. La prise en compte des nuances du droit positif par Japiot et Gaudemet

302. Pour tenir compte de la diversité des textes, dans la désignation des titulaires de l'action en nullité, Japiot propose plusieurs types de nullités, selon le nombre de personnes pouvant les invoquer. – Ainsi, il évoque des « Nullités purement personnelles »¹¹⁸⁹. Ce sont des nullités qui ne peuvent être invoquées que par la personne protégée, à l'exclusion de ses créanciers, comme le permet l'article 1166 C. civ. Il évoque ensuite des « Nullités ouvertes à une seule personne mais dépourvues de caractère exclusivement personnel »¹¹⁹⁰ : ce sont celles que les créanciers peuvent l'invoquer selon l'article 1166 C. civ.

A côté de ces nullités limitées, il envisage des nullités ouvertes à plusieurs personnes. Parmi elles, il a cité les « Nullités relatives ouvrant l'exercice du droit de critique à plusieurs personnes à des titres différents [...] »¹¹⁹¹, ce qui est le cas des nullités sanctionnant une incapacité¹¹⁹². On peut aussi parler des « Nullités relatives ouvrant l'exercice du droit de critique à plusieurs personnes au même titre [...] »¹¹⁹³, que Gaudemet appelle les « nullités relatives généralisées »¹¹⁹⁴. On les rencontre en droit des sociétés¹¹⁹⁵ et en droit de la famille¹¹⁹⁶. Il dégage ensuite des « Nullités d'intérêt privé général [...] »¹¹⁹⁷, que tout le monde peut invoquer, sauf le juge¹¹⁹⁸.

Il ajoute à cette liste les « Nullités d'intérêt social [...] »¹¹⁹⁹ que Gaudemet appelle « nullités d'ordre social »¹²⁰⁰. Ces nullités peuvent être invoquées par tout le monde, sans avoir à

¹¹⁸⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 537.

¹¹⁹⁰ *Idem*, p. 542; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 167.

¹¹⁹¹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 551.

¹¹⁹² E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 167.

¹¹⁹³ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 557.

¹¹⁹⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 167.

¹¹⁹⁵ *Idem*, pp. 167, 168

¹¹⁹⁶ *Ibid*, p.167.

¹¹⁹⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 611.

¹¹⁹⁸ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 168.

¹¹⁹⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 590.

¹²⁰⁰ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 168.

prouver un intérêt à agir. Ce qui n'est pas le cas des « Nullités absolues de caractère pénal [...] »¹²⁰¹, que tout le monde peut invoquer, sauf celui que la sanction pénale vise¹²⁰². Enfin, il existerait des « Nullités naturelles [...] »¹²⁰³, que tout le monde peut invoquer sauf le ministère public.

Si cette classification de Japiot, selon les titulaires du droit de critique, a été reprise par Gaudemet¹²⁰⁴ et pour partie par J.Ghestin¹²⁰⁵, la majorité des auteurs contemporains ne l'a pas reprise.

b. L'ignorance des nuances du droit positif par certains grands auteurs

303. Si Japiot, Gaudemet et J. Ghestin ont tenu à nuancer leur classification, dans la détermination des titulaires de l'action en nullité, on ne peut pas en dire autant de tous les autres auteurs qui se sont limités aux nullités absolues et relatives¹²⁰⁶. – Ainsi, pour Colin et Capitant, l'action en « [...] nullité relative n'appartient qu'aux personnes que la loi a voulu protéger en établissant la nullité »¹²⁰⁷. Quant à la nullité absolue, ils ont estimé que « toute personne ayant intérêt à se prévaloir d'une nullité de ce genre est admise à l'invoquer en justice [...] »¹²⁰⁸. Planiol et Ripert aussi sont allés dans le même sens, en estimant que « la nullité est relative quand elle ne peut être invoquée que par certaines personnes, parce que c'est pour la protection d'elles seules que la sanction a été établie. »¹²⁰⁹; ils ont ajouté que « [...] la nullité est absolue quand elle peut être invoquée par toute personne y ayant un intérêt [...] »¹²¹⁰.

Pour ces auteurs, désigner les titulaires du droit de critique, suppose seulement de regrouper les nullités en deux familles : la nullité absolue et la nullité relative, car les nuances de Japiot, qui consistent à faire un catalogue des nullités pour désigner les titulaires de l'action en

¹²⁰¹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 619.

¹²⁰² E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 168.

¹²⁰³ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 602.

¹²⁰⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 169.

¹²⁰⁵ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 899 et s.

¹²⁰⁶ A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, op. cit., p. 118 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 410.

¹²⁰⁷ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^{ème} éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 83.

¹²⁰⁸ *Idem*, p. 81.

¹²⁰⁹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 375.

¹²¹⁰ *Idem*, p. 373.

nullité, seraient inutiles¹²¹¹. C'est cette position que l'on retrouve chez la majorité des auteurs contemporains¹²¹², comme chez le doyen Carbonnier¹²¹³, les frères Mazeaud¹²¹⁴, sans oublier Benabent¹²¹⁵, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette¹²¹⁶. Ce qui ne veut pas dire que cette position reflète le droit positif. D'où les critiques à son encontre.

II. Le but de la règle violée : un critère critiquable dans la désignation des titulaires de l'action en nullité

Si les critiques de M. Cumyn sur l'intérêt protégé, dans la désignation des titulaires de l'action en nullité, peuvent être relativisées ici (1), il existe de sérieuses objections contre l'idée selon laquelle c'est seulement si l'intérêt général est en jeu que le droit d'invoquer la nullité est donné à plusieurs personnes (2).

1. Les critiques de M. Cumyn contre l'intérêt protégé dans la désignation des titulaires de l'action en nullité

Si M. Cumyn critique l'utilisation de l'intérêt protégé, comme critère de désignation des titulaires du droit de critique (a), il est nécessaire de relativiser cette critique (b).

¹²¹¹ Cf. *Supra*, n°302.

¹²¹² Ainsi pour Lutzesco, en ce qui concerne la nullité absolue, « [...] l'action en nullité appartiendra à toute personne pouvant justifier un intérêt juridique » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 304). Pour Laroumet aussi, la nullité absolue « [...] peut être invoquée par toute personne pouvant se prévaloir d'un intérêt légitime et pécuniaire. » (C. Laroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3è éd, op. cit., p. 535.). Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 332.

¹²¹³ J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12è éd, op. cit., tome IV, pp.190, 191.

¹²¹⁴ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 288.

¹²¹⁵ A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5ème éd, op. cit., p. 118.

¹²¹⁶ Ainsi pour F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « L'action en nullité relative ne peut en principe être intentée que par la ou les personnes que la loi a voulu protéger en établissant la nullité [...] » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10è éd, op. cit., p. 410).

a. La présentation des critiques de M. Cumyn contre l'intérêt protégé dans la détermination des titulaires de l'action en nullité

Si la qualité à agir et l'intérêt à agir désignent les titulaires de l'action en nullité, ces deux conditions ne sont pas de même nature (i). C'est ce qui a permis à M. Cumyn de dire que la nullité absolue est à rattacher, plutôt, à l'intérêt à agir (ii).

i. La distinction entre l'intérêt à agir et la qualité à agir

304. L'article 31 CPC distingue clairement l'intérêt à agir de la qualité à agir. – Ainsi, selon cet article, « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention ou pour défendre un intérêt déterminé ». Cet article distingue clairement la qualité à agir de l'intérêt à agir¹²¹⁷. On retrouve d'ailleurs la même idée dans l'article 122 CPC qui permettent de rejeter une action pour défaut d'intérêt ou de qualité.

Si cette distinction n'a pas un grand intérêt dans les actions banales où le seul intérêt à agir suffit à rendre l'action recevable¹²¹⁸, elle retrouve tout son intérêt dans les actions attirées¹²¹⁹. Dans ces actions attirées, même si un intérêt à agir existe, l'action est impossible si la qualité à agir n'existe pas. Les personnes désignées par la loi sont celles qui ont qualité à agir. Ainsi le divorce ne peut être demandé que par les époux, même si un tiers a intérêt au divorce (par exemple les enfants qui ne s'entendent pas avec leur belle-mère)¹²²⁰. Dans plusieurs autres cas, l'intérêt à agir ne suffit pas ; il faut en plus la qualité à agir¹²²¹. La question qui se pose, est de savoir si l'action en nullité fait partie de ces actions attirées. Plusieurs articles du code montrent que l'action en nullité relative est une action attirée. En effet, elle ne peut être invoquée que par les personnes protégées et désignées par la loi ; ce sont ces personnes qui

¹²¹⁷ S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd, Paris : Dalloz, 2008, p. 151.

¹²¹⁸ *Idem*, p. 163.

¹²¹⁹ *Ibid*, p. 165.

¹²²⁰ *Ibid*, p.166.

¹²²¹ *Ibid*, p. 166 et s.

ont qualité pour agir¹²²². Mais qu'en est-il de la nullité absolue ? Cette nullité peut être invoquée par tous, dès lors que l'intérêt à agir existe. Aussi, M. Cumyn a-t-elle, implicitement, estimé que l'action en nullité absolue n'est pas attirée, car elle n'est fondée que sur l'intérêt à agir et non sur l'intérêt protégé.

ii. La nullité absolue n'est fondée que sur l'intérêt à agir

305. Cette qualification de l'action en nullité absolue d'action banale met en cause l'idée selon laquelle l'intérêt protégé par la loi détermine les titulaires de l'action nullité¹²²³. – En effet, pour M. Cumyn, « l'intérêt qui, d'après la théorie moderne, justifie l'action en nullité et permet d'en déterminer les titulaires n'est donc pas de même nature, selon qu'il s'agit d'une nullité relative ou absolue. Dans le premier cas, on peut véritablement parler d'action par la personne protégée par la loi [c'est-à-dire celle désignée par la loi] dont on sanctionne la violation ; dans le second cas, il ne s'agit, comme nous l'avons vu, que de **l'intérêt à agir** en justice. Tout comme la notion de droit de critique, celle de **d'intérêt protégé**, de personne protégée ou de personne intéressée sert donc à établir un faux parallèle entre la nullité relative et la nullité absolue [...] »¹²²⁴. Tous ces constats ont poussé M. Cumyn à soutenir que « la notion d'intérêt protégé ne permet donc pas, en elle-même, d'identifier les titulaires de l'action en nullité. »¹²²⁵, parce que la nullité absolue n'est pas fondée sur l'intérêt protégé, car, dans ce cas, c'est la loi qui aurait fixé la liste des personnes pouvant agir, mais non l'intérêt à agir.

Cette critique pourrait être tout à fait pertinente au regard de l'article 184 C. civ. qui permet, en cas de nullité absolue du mariage, que « [...] tous ceux qui y ont intérêt [...] » puissent agir. Cependant, ce principe n'est pas général. D'où la nécessité de relativiser les critiques

¹²²² Ce qui est le cas de l'article 921 C. civ, qui dispose que « la réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi a fait la réserve, [...] », ou dans L'article 1398 C. civ, selon lequel, la nullité de la convention matrimoniale contractée par le mineur sans le consentement des parents, « pourra être demandée par le mineur ou par les personnes dont le consentement était requis [...] » Quant à l'article 1399 C. civ, il parle clairement de la personne protégée, en disposant que « [...] l'annulation des conventions peut être pour suivie [...] par la personne protégée [...] »

¹²²³ Car pour M. Cumyn, « [...] la nullité absolue n'est pas le droit de critiquer [...] un acte non conforme au droit : cet acte est nul. Le supposé droit de critique n'est que le droit d'agir en justice pour faire valoir la nullité, droit que possède toute personne ayant un intérêt juridique suffisant. Il n'est donc pas de même nature que le droit de critique en matière de nullité relative, véritable droit d'option du titulaire qui se distingue de l'action en justice[...] » (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 2).

¹²²⁴ *Idem*, p. 3.

¹²²⁵ *Ibid*, p. 41.

adressées par M. Cumyn aux les modernes dans la désignation des titulaires de l'action en nullité.

b. La relativisation des critiques de M. Cumyn contre les modernes dans la détermination des titulaires de l'action en nullité

306. **L'idée selon laquelle la nullité absolue est une action banale, dont l'exercice ne nécessite pas la qualité à agir mais seulement l'intérêt à agir, n'est pas générale**¹²²⁶. – Certes, en parlant de la nullité absolue, le législateur utilise l'intérêt à agir, cependant cela ne suffit pas à faire de l'action en nullité absolue une action banale. Certains articles montrent que l'action en nullité absolue est une action attirée qui nécessite parfois la qualité à agir en plus de l'intérêt à agir. Ainsi le doyen Carbonnier a estimé que la nullité absolue ne peut pas être invoquée par tous les tiers, qui ont un intérêt à agir, car si « La nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé [...] Il faut écarter de l'action, au contraire, les tiers *penitus extranei* [...] »¹²²⁷. Cette exclusion est justifiée, par Paul Dumas de la Cour de cassation, par le fait que « l'intervention du tiers n'est pas seulement abusive dans son principe, en ce qu'elle implique l'intrusion de ce tiers et, à sa suite, du juge dans les rapports des contractants et jusque dans leur for intérieur ; elle est, en outre, pleine de hasard et de dangers [...] »¹²²⁸. C'est d'ailleurs pour cela que M. C. Renard et M. E. Vie Jean affirment que « le prétexte de l'intérêt général ne doit pas permettre à quiconque de s'immiscer dans les relations contractuelles pour en proclamer par la justice la nullité. »¹²²⁹, ce qui prouve que, pour la Cour de cassation, il ne suffit pas d'avoir un intérêt à agir pour pouvoir invoquer une nullité absolue, il faut aussi avoir une certaine qualité, c'est-à-dire un certain lien avec le contrat qui donne la qualité à agir.

¹²²⁶ Ainsi certaines nullités sanctionnant la violation de l'intérêt général dans le mariage ne peuvent être invoquées par certains que s'ils ont un intérêt pécuniaire. Le simple intérêt moral ne suffit pas ; il faut avoir en plus un intérêt matériel à l'annulation du mariage. (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2011, pp. 125 et 126).. Conf : P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, Paris : L R S, 1938, p. 132.

¹²²⁷ J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 190.

¹²²⁸ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 307.

¹²²⁹ M. C. Renard et M. E. Vie Jean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 621.

Ainsi, dans plusieurs cas, l'action en nullité absolue ne peut pas être invoquée par tous ceux qui ont un intérêt à agir. Par exemple, alors même que la violation de l'article 931 C. civ. est sectionnée par une nullité absolue, selon la jurisprudence¹²³⁰, cette nullité ne peut être invoquée que par les héritiers ou ayants cause du donateur après son décès, selon l'article 1340 C. civ.¹²³¹ Ce qui revient à établir une liste de ceux qui peuvent invoquer une nullité absolue. Dans l'article 190 C. civ. aussi se rencontre la même situation. Selon ce texte, le procureur ne peut pas invoquer la nullité absolue après la mort d'un des époux, alors que les tiers le peuvent, ce qui prouve que l'on a délimité le nombre de personnes pouvant invoquer cette nullité absolue¹²³². Il en est de même dans l'article 1844-16 C. civ., selon lequel les associés ne peuvent pas invoquer une nullité, même d'intérêt général, contre les tiers de bonne foi. Alors que ceux-ci pourraient invoquer l'illicéité de l'objet¹²³³. Enfin en droit du travail, l'employeur ne peut pas se prévaloir de certaines nullités absolues alors que le salarié le peut¹²³⁴.

Dans tous ces cas, l'intérêt à agir ne suffit pas pour pouvoir invoquer une nullité absolue ; il faut en plus la qualité à agir, ce qui relativise les critiques de M. Cumyn sans pour autant les disqualifier. En effet, dans d'autres domaines, l'intérêt protégé ne permet pas désigner les titulaires de l'action en nullité absolue, ce qui justifie la nécessité d'ajouter à ces critiques, d'autres critiques¹²³⁵.

¹²³⁰ Civ. 1^{ère}, 26 janv. 1983 : *Bull. Civ.* I, n° 39; Civ. 1^{ère}, 28 nov. 1972 : *JCP* 1973. II. 17461, note Dagot.

¹²³¹ Ainsi en disant dans cet article que seuls les héritiers ou ayants cause du donateur peuvent confirmer cette nullité en renonçant à l'action en nullité, on reconnaît dans cet article que ce sont eux seulement qui peuvent invoquer cette nullité après le décès du donateur.

¹²³² Toutefois, on peut estimer que si le procureur ne peut pas agir après la mort des époux incestueux ou polygames, c'est parce que son intérêt à agir a disparu. L'intérêt de la société, c'est la dissolution de ce genre d'union, or la mort a dissous l'union ici. Ce qui prouverait ici aussi, comme l'a soutenu M. Cumyn, que c'est l'intérêt à agir qui détermine les titulaires de la nullité absolue et non la qualité à agir. C'est parce que la mort a fait disparaître cet intérêt en rompant le mariage que le procureur n'a plus d'intérêt à agir. Cependant si le mariage incestueux ou polygamique est dissous par le divorce et non par la mort, le procureur pourrait demander la nullité de ce mariage, alors même que le mariage a été dissous et que son intérêt à agir a disparu. Ce qui prouve que le procureur ne détient pas l'action en nullité absolue sur le fondement de l'intérêt à agir, mais sur le fondement de la qualité à agir (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd., op. cit., p. 127).

¹²³³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 448.; M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, Paris : LGDJ, 2009, p. 65 ; J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 888. ; Cf. *Infra*, n° 724.

¹²³⁴ Cf. *Infra*, n° 755.

¹²³⁵ Cf. *Supra*, n° 305.

2. Les limites de la généralisation du critère lié à l'intérêt protégé dans la désignation des titulaires de l'action en nullité

307. **L'idée selon laquelle, la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé existe certes, dans le Code civil, mais elle est loin d'être générale**¹²³⁶. – Aussi, Ph. Remy a-t-il estimé qu'il « faut décidément, que les civilistes amendent sur ce point aussi [...] la théorie [...] des nullités absolues et relatives : cette distinction ne commande plus tout le régime procédural de l'action en nullité [...] »¹²³⁷. La violation de l'article 931 C. civ. en offre un exemple. Alors même que cette violation est sanctionnée par une nullité absolue, selon la jurisprudence¹²³⁸, les tiers ne peuvent pas invoquer cette nullité. Elle ne peut être invoquée que par les héritiers ou ayants cause du donateur après son décès, selon l'article 1340 C. civ.¹²³⁹ Or ces personnes ne sont pas des tiers au contrat, car elles viennent en représentation du donateur, qui est lui-même partie au contrat nul.

308. **Dans d'autres cas, alors même que la nullité est considérée comme relative, un tiers peut l'invoquer.** – Ainsi si un époux vend seul certains biens communs, sans l'accord de l'autre, ce dernier pourra invoquer la nullité de cette vente en son nom, alors même qu'il n'est pas partie à ce contrat et que la nullité n'est pas absolue, car elle est confirmable selon l'article 1427 C. civ.¹²⁴⁰ On retrouve la même logique en cas d'usufruit. L'usufruitier n'a pas le droit de conclure certains baux sur la chose constituée en usufruit, selon l'article 595 C. civ. Si cet usufruitier conclut, malgré tout, ce type de bail avec un preneur, le nu-propriétaire, qui est pourtant un tiers à ce contrat de bail, pourrait invoquer la nullité de ce bail en son propre nom¹²⁴¹. Cependant, le véritable propriétaire ne pourrait pas invoquer la nullité de la vente de la chose d'autrui¹²⁴². Dans tous ces cas, on permet à un tiers d'invoquer une nullité relative, alors même qu'il ne vient pas en représentation d'une des parties au contrat. Donc un tiers pourrait invoquer une nullité d'intérêt privé, même si la règle qu'il invoque avait seulement pour but de le protéger personnellement.

¹²³⁶ Numero à modifier Cf. *Supra*, n° 305.

¹²³⁷ Rev. Trim. Dr. Civ., 1986, p. 149, obs. Ph. Remy

¹²³⁸ Civ. 1^{ère}, 26 janv. 1983 : *Bull. Civ. I*, n° 39; Civ. 1^{ère}, 28 nov. 1972 : *JCP* 1973. II. 17461, note Dagot.

¹²³⁹ En disant dans cet article que seuls les héritiers ou ayants cause du donateur peuvent confirmer cette nullité en renonçant à l'action en nullité, on reconnaît dans cet article que ce sont eux seulement qui peuvent invoquer cette nullité après le décès du donateur.

¹²⁴⁰ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, op. cit., p. 531.

¹²⁴¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 333.

¹²⁴² Cf. *Supra*, n° 280.

309. Il peut même arriver qu'un tiers invoque une nullité relative, alors même que la règle violée ne vise pas à le protéger. – Ce qui est le cas de la nullité du mariage pour absence de consentement. Cette nullité peut être invoquée par tous, alors même que l'intérêt général n'est pas en jeu selon l'article 184 C. civ.¹²⁴³ Ce qui montre que l'idée, selon laquelle si la règle violée protège un intérêt privé, la nullité ne peut être invoquée que par l'une des parties n'est pas générale¹²⁴⁴. Certes, la position de Japiot, contrairement à celle des autres grands auteurs, était très nuancée, mais pas suffisamment pour prendre en compte tous ces cas, surtout en ce qui concerne le rôle du juge dans la nullité relative¹²⁴⁵. Aussi, une théorie générale ne permet pas de donner un critère qui permette de désigner les titulaires de l'action en nullité. D'où la nécessité de se limiter aux règles spéciales. Ce qui s'illustre aussi dans l'étude des titulaires passifs de l'action en nullité.

§ 2. La prise en compte tardive des titulaires passifs de l'action en nullité

310. Dans la théorie classique, la nullité était considérée comme un état de l'acte, ce qui faisait qu'elle était opposable à tout le monde, car l'acte nul était censé n'avoir jamais existé. – C'est ce qu'a montré Japiot en soulignant que chez les classiques, « la nullité est une manière d'être de l'acte, une modalité objective qui de par sa nature existe en soi et s'impose à tous, comme un fait. »¹²⁴⁶. Dans la théorie moderne, au contraire, la nullité n'est plus considérée comme un état de l'acte, mais comme un droit de critique, attribué à certaines

¹²⁴³ C'est pour cela que pour Durry, il y aurait une nullité « [...] de protection [...] invoquée par tout intéressé : c'est l'hypothèse du contrat de mariage conclu par un incapable. » (G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 620).

¹²⁴⁴ On rencontre la même logique chez S Gaudemet qui n'exclut pas la possibilité qu'une clause abusive puisse être invoquée par les deux parties, car pour elle « L'action en constatation du réputé non écrit devrait être ouverte à toute personne, sous la seule réserve de la démonstration d'un intérêt direct et personnel. Ce devrait être notamment le cas en matière de clauses abusives. Si la loi n'envisage pas la possibilité pour le professionnel de se prévaloir du caractère non écrit d'une clause, elle ne l'exclut pas non plus formellement. » (S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 111).

¹²⁴⁵ Cf. *Suora*, n° 300.

¹²⁴⁶ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, loc. cit., p. 636; Pour Chevallier aussi, « la Doctrine classique ne s'interrogeait pas sur les personnes à qui la nullité peut être opposée. L'acte était nul [...] à l'égard de tous » (M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 517). Mais l'idée selon laquelle la limitation des titulaires passifs de l'action en nullité n'est pas présente chez les auteurs du XIX^{ème} siècle, mais seulement chez les auteurs du XX^{ème} siècle, doit être relativisée, car dès 1816, Perrin limitait les titulaires passifs de l'action en nullité en se fondant sur l'apparence. (J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., p. 302).

personnes¹²⁴⁷. De sorte que si la question relative aux personnes auxquelles la nullité peut être opposée ne se posait pas dans la théorie classique, cette question devient possible dans la théorie moderne¹²⁴⁸. En effet, pour Japiot, si l'on n'admet plus la « [...] conception de l'inefficacité-état de l'acte, la question de l'étendue quant aux personnes ne se présente pas comme résolue a priori [...] il ne suffit donc pas de dire qui peut invoquer l'inefficacité, de déterminer les sujets actifs du droit de critique ; il faut encore indiquer contre qui l'inefficacité peut être invoquée, déterminer les **sujets passifs** du droit de critique»¹²⁴⁹.

D'ailleurs, cette conception est loin d'être récente ; elle est directement inspirée du Code de Justinien qui réservait un titre aux personnes contre qui on pouvait opposer la *restitutio* en se référant au comportement de la victime du vice¹²⁵⁰. Pour déterminer ces sujets passifs, dans le droit actuel, Gaudemet recourt à l'apparence, mais aussi, comme cela se passait dans le droit romain, au comportement du titulaire actif de ce droit de critique¹²⁵¹(A). Cela invite à critiquer la généralisation de ces critères (B).

A . Les critères de limitation des titulaires passifs de l'action en nullité

Dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas opposer la nullité à une personne qui est digne de protection. Cette limitation des titulaires passifs de la nullité peut se justifier par l'apparence (I) ou par le comportement du titulaire du droit de critique (II).

I. La limitation des titulaires passifs de l'action en nullité par l'apparence

L'apparence, qui justifie la limitation des titulaires passifs de l'action en nullité, peut aussi bien porter sur les personnes (1) que sur les actes (2).

¹²⁴⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière juridique essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 293.

¹²⁴⁸ Ainsi pour Japiot « [...] si la nullité réside dans les personnes, on conçoit d'abord très bien que l'acte étant valable pour les uns et non valable pour les autres [...] » (*Idem*). J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 888; Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 517.

¹²⁴⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 531.

¹²⁵⁰ C. J. 2, 42, 1.

¹²⁵¹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p.169.

1. La limitation résultant de l'apparence des personnes

311. Le principe étant l'aptitude, selon les articles 8 et 1123 C. civ., toute personne est présumée apte à accomplir tous les actes juridiques, sauf si une règle particulière limite cette aptitude. – Ce qui est le cas des mineurs, des personnes protégées, mais aussi des personnes qui font des actes au nom d'autres, même si ce n'est pas d'aptitude qu'il s'agit ici mais de pouvoir. La capacité étant le principe, on peut tout à fait contracter, légitimement, avec une personne qu'on croit apte, alors que sa capacité ou ses pouvoirs sont limités. Dans un tel cas de figure, selon la théorie moderne, le mandant par exemple ne peut pas opposer à cette personne, qui a contracté avec le mandataire, l'absence de pouvoir de ce mandataire apparent, car l'apparence limite sa possibilité d'invoquer la nullité.

312. Ce principe, qui consiste à limiter la possibilité d'invoquer une nullité en se fondant sur l'apparence, est hérité de l'histoire. – En effet, il existait non seulement dans le droit romain¹²⁵², mais aussi dans l'ancien droit dans lequel « la sécurité des transactions justifie le maintien contre le mandant d'un acte passé par le mandataire outre les bornes de sa commission mais en vertu d'un pouvoir apparent »¹²⁵³. Ce principe a été repris par la jurisprudence contemporaine¹²⁵⁴. Les articles 1238 et 1240 C. civ. aussi admettent ce principe. Selon ces textes, celui qui paye à celui qui n'était pas capable de recevoir, mais qui était apparemment capable, ne peut pas se voir opposer la nullité de ce paiement, en raison de l'apparence et de la bonne foi, même si les deux notions ne doivent pas être identifiées¹²⁵⁵.

La même logique se rencontre dans l'article 1849 C. civ. qui dispose que « dans ses rapports avec les tiers, le gérant engage la société par ses actes entrant dans l'objet social [...] Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers. ». Ce qui revient à dire que la société ne peut pas opposer au tiers la nullité d'un acte passé par son mandataire, au-delà de ses pouvoirs si ces actes entrent dans l'objet de la société, parce qu'il y aurait, dans ce cas, une apparence de pouvoir. On peut rapprocher de ces solutions, le

¹²⁵² Ulpien, D. 14, 6, 1 ; D. 1, 15, 3.

¹²⁵³ D. Deroussin, *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence*, op. cit., Vol1, p. 267.

¹²⁵⁴ Civ. 3è, 24 janv. 2001 : Bull. Civ. III, n° 10.

¹²⁵⁵ Ainsi l'apparence a pour effet « [...] de maintenir l'acte conclu au détriment des règles de la nullité, dans des cas où la simple bonne foi ne suffit pas et où l'équité [...] ne permet pas de charger malgré lui un individu d'une obligation. La bonne foi est en effet nécessaire, mais jamais suffisante à couvrir en principe l'inexistence juridique ou la nullité d'une situation ou d'un acte. Pour comprendre le rôle créateur de droit de certaines représentations erronées, il faut recourir à une notion : celle que le droit contemporain appelle **apparence** » (D. Deroussin, *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français*, Préf. N. Dockès, op. cit., p. 17).

maintien des actes d'administration, en cas de restitution après la nullité¹²⁵⁶. Ainsi, en cas d'annulation de la vente d'une maison, si l'acheteur a mis en location cette maison, ce bail serait nul pour bail de la chose d'autrui, mais cette nullité ne serait pas opposable au preneur, qui a cru de bonne foi contracter avec le véritable propriétaire¹²⁵⁷.

Dans tous ces cas, ce qui fait qu'on ne peut pas opposer la nullité à ces personnes, c'est l'apparence de capacité ou de pouvoir des personnes avec qui elles ont contracté. Cela démontre la pertinence de la théorie moderne. On retrouve la même logique dans l'étude de l'apparence des actes aussi.

2. La limitation résultant de l'apparence des actes

313. Il peut arriver qu'un contrat vicié, signé entre A, dont le consentement a été vicié par une erreur, et B, circule. – Tel est le cas si B cède ce contrat à C qui ignore le vice de ce contrat. Ce qui fait que ce contrat liera A à C. D'où la question de savoir si A peut opposer à C ce vice du consentement, que C ignorait pourtant ? L'apparence s'opposera à cette possibilité, car « [...] respecter l'acte nul s'il a l'apparence régulière, et rassurer ceux qui font foi à cette apparence en les préservant contre les atteintes du droit de critique »¹²⁵⁸ c'est protéger la sécurité juridique. Donc, c'est l'apparence de validité qui fait que A ne peut pas opposer à C la nullité, résultant de l'erreur qui est née de son échange de consentement avec B et que C ignorait¹²⁵⁹.

314. Cela s'illustre dans le droit cambiaire aussi¹²⁶⁰. – En cas d'endossement translatif d'une lettre de change, l'article L 511-12 C. com. dispose que l'endossataire ne peut se voir opposer les exceptions qui existent entre le tiré et le tireur. Il est clair ici que le but de cette inopposabilité est la protection de l'apparence qui est nécessaire pour assurer une circulation

¹²⁵⁶ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1081.

¹²⁵⁷ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 330.

¹²⁵⁸ Pour Japiot, passivement, la nullité connaît des restrictions mais ces « restrictions qui existent cependant dans certaines hypothèses peuvent s'expliquer d'abord par l'idée du respect du aux apparences ; elles peuvent s'expliquer aussi par cette idée que l'ayant droit ne doit pas pouvoir faire subir un dommage aux tiers en invoquant contre eux une nullité dont il doit être tenu pour responsable » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 639 et 937).

¹²⁵⁹ Ainsi, selon Gaudemet, pour qui si l'acte a une « [...] régularité apparente [...] il est nécessaire, dans l'intérêt du crédit, d'empêcher une action en nullité contre un tiers de bonne foi » (E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 169; voir aussi C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, op. cit., p. 577).

¹²⁶⁰ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 888.

des traites en toute sécurité juridique. En effet, si on permet au tireur d'opposer au porteur, la nullité du contrat qui le lie au tiré, cela mettrait en danger la sécurité juridique, parce que l'endossataire n'est pas censé savoir que la traite est inefficace. C'est cette apparence d'efficacité qui justifie la limitation du droit de critique à l'égard de la personne victime de cette apparence. La chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 22 avril 1997, étendu cette solution à la délégation en estimant que le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions nées de ses rapports avec le délégant¹²⁶¹. Cette même apparence d'efficacité peut limiter l'action en nullité dans l'article 1844-16 C. civ. Cependant, si l'apparence limite la possibilité d'opposer la nullité à une des parties ici, dans d'autres cas, c'est la responsabilité qui limite cette possibilité.

II. La limitation des titulaires passifs de l'action en nullité du fait de la responsabilité de la victime du vice

315. Si on annule un acte, c'est parce qu'il contient un vice. – Généralement, ce vice ne dépend pas des parties, ce qui est le cas de la majorité des erreurs, sauf l'erreur inexcusable. Mais des vices, comme le dol, l'illicéité de la cause, peuvent être imputables à une des parties. Dans ce cas, que faire si c'est l'auteur de ce vice qui l'invoque ? La théorie moderne propose d'empêcher cette partie d'opposer la nullité à celle qui n'est pas à l'origine du vice. La victime du vice ne saurait être le titulaire passif de l'action en nullité. En effet, « la limitation passive se présente comme plus facilement acceptable si le sacrifice qu'elle impose aux sujets actifs se justifie par ce fait que la passation d'un acte vicié est, dans une mesure, imputable à certains sujets actifs »¹²⁶². Quant à Gaudemet, il affirme clairement que « dans les cas où le titulaire du droit de critique est responsable de la nullité, il ne pourra exercer le droit de critique contre les personnes non responsables [...] »¹²⁶³.

316. Cette théorie est d'autant plus pertinente qu'elle est conforme au droit positif qui limite le droit de critique par la faute du titulaire de ce droit¹²⁶⁴. – C'est ainsi que l'article 1125-2 C. civ. dispose que le majeur, qui a contracté avec un incapable, ne peut opposer cette incapacité à cet incapable, parce qu'il n'aurait pas dû contracter avec une

¹²⁶¹ **Com.** 22 avr. 1997 : Bull. civ. IV, n°98; *Comp.* voir aussi l'article 2313 C. civ.

¹²⁶² R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 643.

¹²⁶³ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 170.

¹²⁶⁴ En ce sens, *Cf.* article 1116 C. civ pour l'auteur du dol.

personne en position de faiblesse. Il en est de même lorsqu'on refuse à l'auteur d'une erreur inexcusable l'action en nullité pour vice du consentement¹²⁶⁵. En effet, depuis l'ancien droit, avant de s'engager, une partie doit prendre « [...] un minimum d'informations. Si elle ne l'avait pas fait, elle était responsable de son erreur, responsable de sa crédulité »¹²⁶⁶. C'est cette responsabilité qui permettait « [...] d'écarter l'application de la théorie des nullités [...] »¹²⁶⁷ s'il y avait une erreur inexcusable. Le droit actuel a repris ce principe, mais peut-on déduire des applications de ce dernier un principe général¹²⁶⁸?

B. La critique de la généralisation de la limitation des titulaires passifs de l'action en nullité

La critique de la généralisation de la limitation des titulaires passifs de l'action en nullité vise à montrer que dans certains cas, une nullité peut être opposable à une personne, alors même qu'elle est victime d'une apparence (I) ou du comportement de celui qui invoque la nullité, car il serait en même temps à l'origine du vice (II).

I. La critique de la généralisation de l'apparence comme limite à l'action en nullité

317. La critique de l'apparence, comme cause de limitation des titulaires passifs de l'action en nullité, concerne aussi bien l'apparence des personnes que l'apparence des actes. – Si une personne souffre de troubles mentaux, l'absence de connaissance de ces troubles mentaux, par celui qui contracte avec elle, crée une apparence de capacité. Mais cette apparence n'est pas une limite à l'action de la personne malade contre celui qui a contracté, en toute bonne foi, avec elle. Ce principe est posé dans l'article 414-2 C. civ., selon lequel le

¹²⁶⁵ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 888. En ce qui concerne le droit actuel, H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas ont estimé que « Si l'erreur est le résultat d'une imprudence ou négligence, le contrat est nul, mais, la faute de l'errant causant un préjudice à l'autre partie, son auteur a droit à la réparation. Or, la manière la plus simple et la plus équitable de réparer ce préjudice sera de ne faire produire aucun effet à la nullité, de maintenir les prestations. » (H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 309; voir aussi G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf. H. Batiffol, op. cit., p. 111 ; C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 279.

¹²⁶⁶ D. Deroussin, *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français*, Préf. N. Dockès, op. cit., p. IX.

¹²⁶⁷ *Idem*, p. VIII.

¹²⁶⁸ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 888.

malade mental peut « agir de son vivant » même en l'absence de **preuve intrinsèque** de son état – c'est-à-dire même si ses troubles mentaux étaient cachés car les incohérences du contrat ne pouvaient pas permettre de les déceler – au moment de la conclusion du contrat¹²⁶⁹. Ce qui prouve que l'apparence de capacité ne suffit pas toujours à empêcher l'action en nullité contre la victime de l'apparence.

318.L'interdiction de la vente de la chose d'autrui est non seulement justifiée par l'absence d'objet, mais aussi par l'absence de pouvoir du vendeur. – C'est pour cette raison que pour justifier cette interdiction, l'on a fait appel au principe *nomo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Selon ce principe, nul ne **peut** transférer à autrui plus de droit qu'il en a lui-même. Si l'acheteur de la chose d'autrui ignorait cette absence de pouvoir, on ne devrait pas lui opposer la nullité de cette vente, parce que, en raison de l'apparence, il ne savait pas que le vendeur n'était pas le véritable propriétaire.

D'ailleurs, la Cour de cassation a déjà admis une telle solution¹²⁷⁰. Ainsi, dans un arrêt récent, elle a estimé, qu'en cas de vente de la chose d'autrui si l'acheteur est de bonne foi, l'action en nullité de la vente de la chose d'autrui lui est inopposable. C'est pour cette raison que quand les juges du fond ont prononcé « la nullité » de cette vente, la Cour de cassation a cassé cette décision, en reprochant à ces derniers d'avoir prononcé cette nullité sans rechercher si l'acheteur n'a pas « cru de bonne foi que [le vendeur]... était propriétaire [...]»¹²⁷¹ de la chose vendue.

La solution est critiquable, car le fait pour l'acheteur d'ignorer l'absence de propriété du vendeur, et donc d'être de bonne foi, n'est pas une fin de non-recevoir à l'action en nullité selon l'article 1599 C. civ. qui dispose que « la vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a **ignoré** que la chose fut à autrui ». Même si l'acheteur a ignoré, du fait de l'apparence, que le vendeur n'est pas le véritable propriétaire, cet article n'exclut donc pas que l'on puisse lui opposer la nullité de cette vente. Sa bonne foi ne lui permettant que d'obtenir des dommages-et-intérêts après la nullité. Comment expliquer cette attribution des dommages-et-intérêts, parce que la vente a été annulée, à l'acheteur qui ignorait que la chose n'appartenait pas au vendeur et dire que si l'acheteur ignorait que la chose n'appartenait pas au vendeur, la vente ne peut pas être

¹²⁶⁹ Tout en sachant que l'équivalent de cet article existait dans le Code civil à l'époque de Japiot (articles 502 et s du Code civil des français, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806).

¹²⁷⁰ Req. 20 mai 1935 : *DP* 1935. 1. 97, rapport Pilon ; J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1081.

¹²⁷¹ **Civ. 3^{ème}**, 6 sept 2011: non publié au *Bull. civ.*, N° de pourvoi: 10-20412 10-21318.

annulée? Cette décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation ne donne pas de réponse à cette question.

C'est sans doute pour éviter une telle contradiction que la première chambre civile n'a pas utilisé un tel raisonnement dans l'interprétation de l'article 1424 C. civ. Selon ce texte, les époux mariés sous le régime de droit commun ont des pouvoirs limités sur certains biens communs, comme les immeubles et le fonds de commerce (art 1424 C. civ.). Le tiers qui a acquis ces biens, sans savoir leur statut, est de bonne foi du fait de l'apparence, mais malgré cette apparence, la Cour de cassation a estimé que l'on peut agir en nullité contre ce tiers¹²⁷². Ce qui prouve, là aussi, que l'apparence de capacité ou de pouvoir ne permet pas toujours de protéger les titulaires passifs de l'action en nullité. La même limite apparaît dans l'utilisation de l'apparence de validité aussi¹²⁷³. On peut en dire autant en ce qui concerne l'utilisation de la responsabilité, comme cause de limitation des titulaires passifs de l'action en nullité.

II. La critique de la généralisation de la responsabilité comme limite à l'action en nullité

Si les critiques de C. Guelfucci-Thibierge contre la limitation des titulaires passifs de l'action en nullité, fondée sur le comportement de celui qui invoque la nullité, sont à relativiser (1), cette limitation des titulaires passifs de l'action en nullité, fondée sur comportement de celui qui invoque la nullité, n'est pas au-dessus de toute critique (2).

1. La relativisation des critiques de C. Guelfucci-Thibierge contre la responsabilité comme limite à l'action en nullité

¹²⁷² **Civ. 1^{ère}**, 1^{ère}, 6 fev. 1979 : JCP N 1979. II. 229, note Thuillier.

¹²⁷³ La circulation des effets de commerce a montré que l'inopposabilité des nullités à certaines personnes existe, pour respecter les apparences. Mais dans la cession de créance, cette inopposabilité n'existe pas toujours. Si A a une créance viciée contre B, si A cède cette créance à C sans que ce dernier soit au courant de ce vice, B pourrait opposer cette nullité à C, malgré l'apparence de validité de l'acte. On rencontre la même chose dans la cession des créances professionnelles avec le bordereau Dailly, prévue dans l'article L. 313-27 C. mon. Fin. Le cédé peut opposer toutes les exceptions à la banque. Ce qui prouve que malgré l'apparence de validité ici, l'action est opposable à la victime de l'apparence. D'où la nécessité d'éviter toute généralisation. (R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^e éd, op. cit., p. 314).

319.C. Guelfucci-Thibierge a contesté l'utilisation de la responsabilité de l'auteur du vice, comme limite à l'action en nullité contre la victime de ce vice. – Pour elle, ce raisonnement fait « du refus du droit de demander la nullité une peine privée [...] »¹²⁷⁴, car le maintien du contrat répare plus que le préjudice. Pour illustrer cette idée, on peut donner l'exemple suivant¹²⁷⁵: A a acheté, à la suite d'une erreur inexcusable de B, une machine à 100.000€. Il a engagé 2000€ pour les frais de transport et 15.000€ pour les frais d'installation. En cas de nullité de cette vente, à cause de l'erreur inexcusable de B, le préjudice de A s'élèverait à 17.000€ plus les frais de restitution.

Ce préjudice serait dû à l'erreur inexcusable de B. Donc B aurait à verser 17.000€ à A . Cependant, si on dit que pour réparer ce préjudice, on empêchait B d'invoquer la nullité résultant de son erreur inexcusable, cela reviendrait à maintenir les prestations de 100000€, donc à lui « [...] allouer beaucoup plus que ses simples frais [...] en octroyant à la partie victime [...] le maintien du contrat [...] »¹²⁷⁶. D'où la nécessité, selon elle, de ne pas empêcher à l'auteur du vice d'invoquer la nullité contre la victime.

320. Toutefois, cette critique peut être nuancée. – Si le contrat est maintenu, cela ne veut pas dire qu'on a alloué 100 000€ à A, car A doit lui aussi payer la contrepartie de ces 100 000€, c'est-à-dire le prix de la machine (Article 1134 C. civ.). Ce n'est pas comme dans le cas du principe *nemo auditur*, par lequel on refuse la restitution après l'annulation ; ici, c'est l'annulation elle-même qui est refusée, « [...] pour faute précontractuelle [...] »¹²⁷⁷. Si le contrat est maintenu, c'est avec les obligations de B et de A, qui sont restées intactes, car le contrat n'ayant pas été détruit par la nullité. Donc, la réparation consiste à éviter la naissance du préjudice de 17 000€ et non à attribuer 100000 € à B.

Il n'en résulte pas pour autant que la limitation de la possibilité d'opposer une nullité, pour des raisons liées à la faute du titulaire actif de l'action en nullité, ne soit pas critiquable.

¹²⁷⁴ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 135.

¹²⁷⁵ *Idem*, p. 136.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 284.

2. La mise en évidence des limites de la responsabilité comme limite à l'action en nullité

321. **Selon l'article 1307 C. civ. « La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution ».** – Ce qui laisse entendre que le mineur peut mentir sur son âge et agir ensuite en nullité en invoquant son âge, sans qu'on puisse lui opposer son mensonge et donc sa faute, qui est pourtant la cause indirecte de la nullité. Ce qui n'était pas le cas dans le droit romain qui refusait l'action au mineur dans un tel cas de figure¹²⁷⁸. Cet exemple, qui montre la rupture entre le Code civil et le Code de *Justinien*, montre en même temps la possibilité offerte à l'auteur du vice d'invoquer la nullité résultant de ce vice contre la victime de la nullité¹²⁷⁹. Ce qui contredit la généralité de l'idée, selon laquelle, en ce qui concerne les auteurs de la nullité, il est « [...] légitime de ne pas leur donner d'une façon absolue le droit d'invoquer une nullité qui leur est imputable »¹²⁸⁰.

322. **On retrouve la même idée dans le principe *nemo auditur*.** – Ce principe, issu du droit canonique, empêchait l'auteur de la cause de la nullité du mariage de l'invoquer contre l'autre¹²⁸¹. Les droits modernes l'ont repris pour justifier la limitation passive de l'action en nullité par la faute de celui qui demande cette nullité¹²⁸². Ainsi, dans le droit anglais, ce principe *nemo auditur* conserve le même rôle que celui qu'il avait dans l'ancien droit avec la défense d'*estoppel*¹²⁸³.

¹²⁷⁸ C. J, 2, 43, 2.

¹²⁷⁹ Même si certains auteurs ont relativisé cet exemple (H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 309; P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, Paris : LGDJ, 1969, p. 449.; C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 280).

¹²⁸⁰ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 644.; *Voir aussi* : Ainsi pour le doyen Carbonnier Il se pourrait que l'action en nullité fut « [...] paralysée entre les mains d'un contractant par application de la maxime *Nemo auditur*[...] » (J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 191). Mais Lutzesco est plus ambigu, en disant que « la règle *nemo auditur* met obstacle à l'action en nullité ou, si l'on préfère, à la restitution [...] » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 313).

¹²⁸¹ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 50.

¹²⁸² Ainsi pour Japiot, avec les nullités absolues de caractère pénal, on « Part de vérité contenue dans la maxime *nemo auditur* [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 619).

¹²⁸³ Pour H. Muir Watt, en droit anglais, avec la défense d'*estoppel*, qui est un « mécanisme purement défensif, enraciné dans l'équité et tendant à la moralisation des comportements processuels » on applique à la lettre le principe *nemo auditur*. (H. Muir Watt, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Melanges Y. Loussouarn*, Paris : Dalloz, 1994, p. 303).

Mais en droit français actuel, il ne permet pas de refuser l'action en nullité à celui qui avait un but illicite, sauf en matière d'arbitrage¹²⁸⁴. Ce qui revient à dire que même l'auteur de l'illicéité dans le contrat pourrait invoquer sa nullité. En effet, pour la Cour de cassation, l'auteur d'une illicéité, à l'origine de la nullité, est « en droit de s'en prévaloir alors même qu'il en aurait été responsable [...] »¹²⁸⁵. Par conséquent, Bennaïent a estimé qu'en « principe donc, l'indignité d'une partie, qui a consciemment participé à l'illicéité du contrat, ne lui retire pas le droit d'en demander la nullité. »¹²⁸⁶, car la règle *néo auditur* limite l'action restitution et non l'action en nullité¹²⁸⁷.

On peut donc être responsable de la nullité et opposer l'action en nullité à la victime de cette dernière. Contrairement à ce que soutiennent les modernes, la limitation passive des titulaires de l'action en nullité est loin d'être générale.

Conclusion de la section

323. Tout au long de cette section, il a été montré qu'au sein même des auteurs modernes, il n'y a pas d'accord sur les justifications de l'action en nullité. – Si Gaudemet a, comme Touiller et Demante, utilisé l'apparence, Drogoul et surtout Japiot ne l'ont pas clairement admise. Ce qui montre, comme il a été soutenu dans la troisième hypothèse de ce travail, que de véritables divergences existent au sein des auteurs modernes sur la justification de l'action en nullité. Sur l'utilisation de l'apparence, la ligne de fracture n'apparaît pas entre les auteurs du XIX^{ème} siècle et ceux du XX^{ème} siècle ; c'est au sein de chaque groupe que cette ligne de fracture apparaît.

La même divergence est apparue au sein des classiques aussi. En effet, si, chez Demante et Morte, la technique de la condition justifie l'action en nullité en cas d'annulabilité, pour Beudant, c'est la nécessité de rompre le contrat. Toutes ces divergences relativisent l'existence de deux doctrines classique et moderne homogènes.

¹²⁸⁴ **Civ. 1^{ère}**, 6 juill. 2005, Golshani, n° 01-15.912, D. 2005. 2174.

¹²⁸⁵ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1075.

¹²⁸⁶ A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, op. cit., p. 120; Pour B. Starck, H. Roland et L. Boyer aussi, « [...] l'indignité du contractant ne fait pas obstacle à la demande en nullité elle-même » (B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^{ème} éd, op. cit., p. 379).

¹²⁸⁷ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 308; A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, op. cit., p. 131.

Ces divergences sont encore perceptibles au niveau de l'inexistence. Ainsi Japiot a soutenu comme les classiques qu'en cas d'inexistence, il n'y a pas d'action en nullité, ce qu'ont contesté tous les autres auteurs modernes. On voit encore l'absence d'unité doctrinale au sein des modernes. En effet, s'agissant de l'action en nullité, contre le contrat inexistant, Japiot est plus proche des classiques que des autres modernes.

324. Il a été aussi montré que l'apparence à détruire ne peut pas justifier l'action en nullité dans tous les cas dans le droit positif. – Ensuite, contrairement à ce que soutiennent plusieurs auteurs du XIX^{ème} siècle, en cas d'inexistence, l'action en nullité n'est pas systématiquement remplacée par l'action en restitution, qui elle-même n'est pas systématiquement personnelle, comme l'a soutenu C. Guelfucci-Thibierge. En réalité, il n'y a pas de théorie générale, mais des cas spécifiques. Dans ces cas spécifiques, on admet ou on refuse parfois l'action en nullité, sans aucun critère général.

325. Enfin, en ce qui concerne l'exercice de cette action en nullité, il a été montré que ni l'état de l'acte ni le but de la règle violée ne permettent de désigner, avec précision les titulaires, du droit de critique. – En effet, il n'y a pas de critère général permettant de dire avec précision qui peut invoquer la nullité.

En ce qui concerne les titulaires passifs, il a été montré dans cette section que le rôle que la théorie moderne reconnaît à l'apparence et à la responsabilité, dans la désignation de ces titulaires passifs de l'action en nullité, est surestimé. Dans plusieurs cas, l'action en nullité peut exister même si on est responsable du vice. En effet, les véritables causes générales de disparition de l'action en nullité, c'est la confirmation et la prescription. D'où la nécessité d'étudier ces causes maintenant.

Section 2 : L'impossibilité d'une théorie générale des nullités et la disparition de l'action en nullité

326. Conclure un acte illicite, fait naître un droit de critique, ce qui permet de demander la nullité de cet acte. – Mais ce droit de critique est loin d'être absolu, car il peut disparaître. Ainsi si A achète, par erreur, une voiture auprès de B et la revend à C, s'il découvre l'erreur, il ne pourra plus l'invoquer contre B. En effet, s'il arrivait à invoquer cette

nullité avec succès, il évincerait C, or qui doit garantie ne peut évincer¹²⁸⁸. Aussi, pour B. Starck, H. Roland et L. Boyer, dans un tel cas de figure, l'action en nullité serait irrecevable. Le contractant qui revend le bien perdrait son droit de critique, du seul fait de la revente¹²⁸⁹. Cependant, cette cause de disparition de l'action en nullité ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. Ainsi, pour Gaudemet, même si on a soutenu que dans ce cas « [...] l'action en nullité serait impossible, puisque la règle qui doit garantie [ne peut évincer] s'oppose au rétablissement de l'état de choses antérieur [...] l'action en nullité [...] ne peut se perdre que par confirmation ou prescription ; or il n'y a ici ni l'une ni l'autre »¹²⁹⁰. Cette position revient à réduire les causes de la disparition de l'action en nullité à la confirmation (Sous-section 1) et à la prescription (Sous-section 2).

Sous-section 1. La disparition de l'action en nullité par la confirmation

327. La confirmation est définie par le Lexique juridique comme une « Manifestation de volonté par laquelle le titulaire d'une action en nullité relative renonce à agir [...] » en nullité¹²⁹¹. – Ce qui laisse entendre qu'elle n'est possible que pour les nullités relatives. Au demeurant, cette idée existait déjà dans le droit romain qui admettait que l'on puisse renoncer au *quod metus causa*, en cas de violence¹²⁹², mais pas à une nullité de droit sanctionnant la violation du *ius civile*¹²⁹³. Ainsi, même si Ulpien n'exclut pas la possibilité de confirmer des libéralités, nulles pour violation du *ius civile*¹²⁹⁴ ; *Papinien* enseignait que « les obligations nulles par elles-mêmes ne peuvent être confirmées ni par le juge, ni par le prêteur, ni par la loi. »¹²⁹⁵. Néanmoins, chez les interprètes du droit romain, au moyen-âge comme Bartole, on peut tout à fait confirmer la nullité sanctionnant le non-respect du sénatus-consulte Velléien¹²⁹⁶. Dans l'ancien droit aussi, D'Argentré estimait que les nullités de plein droit ne

¹²⁸⁸ D. Deroussin, *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français*, Préf. N. Dockès, op. cit., p. 387.

¹²⁸⁹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd, op. cit., p. 375.

¹²⁹⁰ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 165 ; J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1071.

¹²⁹¹ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 125.

¹²⁹² Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.43 ; Voir aussi : Julien, 18, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

¹²⁹³ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 81.

¹²⁹⁴ Ulpien, D. 24, 1, 32, 1.

¹²⁹⁵ Papinien, D. 44, 7, 27.

¹²⁹⁶ Bart. in I. 25 C., *ad sen. Const. Vell.*, 4, 29.

pouvaient pas être confirmées¹²⁹⁷ ; position que l'on retrouvait chez Denisart aussi¹²⁹⁸. Quant à Dunod de Charnage, s'il admettait la possibilité de confirmer une nullité respective, il excluait cette possibilité pour la nullité absolue¹²⁹⁹.

328. Mais le Code civil n'a pas su utiliser tous ces apports historiques pour réglementer la confirmation. – Le législateur n'a pas voulu régir la confirmation. En effet, les articles 1338 et suivants C. civ. ne parlent que de la preuve de la confirmation et non de son fond¹³⁰⁰. Il est donc revenu à la doctrine d'inventer ces règles. Dès le début du **XIX^{ème} siècle**, les auteurs ont proposé des idées liées à la nature de la théorie des nullités. Les auteurs proches du critère de l'état de l'acte, ont proposé une théorie de la confirmation fondée sur ce même critère. Les auteurs proches de l'idée de droit de critique, ont proposé une théorie construite autour du droit de critique. Toutes ces positions ont été synthétisées dans des thèses, exclusivement, consacrées à la confirmation.

Ainsi, en 1885, Renckhoff publie une thèse développant une conception de la confirmation fondée sur l'état de l'acte. Dans cette thèse, il estime que « l'objet de cette étude sera, précisément, de reconstruire la théorie de la confirmation »¹³⁰¹. En 1911, Trifonseu publie une autre thèse, intitulée, *De la confirmation des actes nuls*¹³⁰². Dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, deux thèses importantes sont publiées sur la question : il s'agit de celle de G. Couturier, en 1972¹³⁰³, et de celle de Ch. Dupeyron, en 1973¹³⁰⁴. Ces deux thèses symbolisent l'opposition entre la conception des classiques, fondée sur l'état de l'acte et celle des modernes, fondée sur le droit de critique.

Toute cette évolution doctrinale a permis à ces auteurs de proposer un régime de la confirmation, tant en ce qui concerne les actes pouvant être confirmés (§ 1) que l'acte de confirmation (§ 2).

¹²⁹⁷ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 45.

¹²⁹⁸ J. B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, tome 2, p. 333.

¹²⁹⁹ Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 48.

¹³⁰⁰ H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom).. De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, Paris : IMPRIMERIE MOQUET, 1885, p. 91.

¹³⁰¹ H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom).. De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, op. cit., p. 92.

¹³⁰² Trifonseu (J), *De la confirmation des actes nuls*, Paris : th doc, 1911.

¹³⁰³ G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, Paris : LGDJ, 1972.

¹³⁰⁴ Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, Paris : LGDJ, 1973.

§ 1. Les divergences doctrinales sur la nature de l'acte pouvant être confirmé

Si pour les auteurs classiques l'impossibilité de confirmer est due à l'inexistence de l'acte (A), pour les modernes, c'est le caractère absolu, de la nullité de l'acte, qui explique en général cette impossibilité (B).

A. La nécessité d'un acte existant comme condition de la confirmation dans la théorie classique

Si pour les auteurs classiques l'impossibilité de confirmer concerne tous les actes inexistantes (I), on rencontre des cas où un acte inexistant peut être confirmé, d'où la nécessité d'éviter toute théorie générale (II).

I. L'impossibilité de confirmer les actes inexistantes : un postulat des auteurs classiques

Dans la théorie classique, si l'idée selon laquelle, un acte inexistant ne peut pas être confirmé, fait consensus (1), c'est parce qu'elle a des raisons valables (2).

1. Les manifestations de l'impossibilité de confirmer les actes inexistantes

329. **Un acte juridique, pour naître à la vie, doit remplir certaines conditions.** – Si ces conditions ne sont pas remplies, l'acte peut naître à la vie, mais il sera imparfait. C'est pour cette raison que l'on peut demander l'annulation de cet acte. Le rôle de la confirmation c'est justement de venir parfaire cet acte pour empêcher toute action en nullité contre lui. Ce qui fait que la confirmation nécessite l'existence d'un acte imparfait, qui a besoin d'être perfectionné, si cet acte imparfait n'existe pas, il n'y aurait pas de confirmation possible. Aussi, les auteurs classiques ont-ils soutenu que l'acte inexistant ne peut pas être confirmé. En effet, comme l'a montré Bourgeon, « on confirme ce qui est seulement vicié mais on ne

saurait confirmer le néant »¹³⁰⁵, et donc « tout ce que l'on peut quand on est en présence d'un acte juridique inexistant, c'est le refaire »¹³⁰⁶.

Cette idée était rependue au XIX^{ème} siècle. En effet, on la retrouvait aussi bien chez Aubry et Rau, pour qui on ne peut « [...] confirmer [...] les obligations qui sont à considérer comme non avenues »¹³⁰⁷, que chez Laurent, pour qui « ...les obligations inexistantes ne sont pas susceptibles d'être confirmées... »¹³⁰⁸. Mais si cette position était celle de presque tous les auteurs du XIX^{ème} siècle¹³⁰⁹, Toullier ne l'a pas admise¹³¹⁰. En revanche, pour tous les autres auteurs de cette époque, il y a des actes qui ne peuvent pas être confirmés : ce sont les actes inexistants. Ainsi, pour Bufnoir, « [...] lorsqu'un contrat est simplement annulable, le contrat peut être validé par une confirmation [...] Si au contraire, le contrat est [...] inexistant [...] il ne peut être question de confirmation »¹³¹¹.

330. Au demeurant, cette idée était loin d'être absente dans les débats qui ont précédé l'adoption du Code civil. – Ainsi, dans son rapport sur le projet de Code civil, exposé devant le Tribunat à la séance du 14 pluviôse an XII, le tribun Jaubert estime-t-il qu'on « [...] ne peut, en aucune manière, confirmer ni ratifier de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence »¹³¹². On retrouve la même position chez Mouricault qui estimait qu'à « l'égard de la confirmation ou de la ratification, elle ne peut jamais valider les conventions dont la loi ne reconnaît pas l'existence »¹³¹³. C'est sans doute grâce à cette caution des débats que cette idée était majoritaire chez les auteurs au XIX^{ème} siècle. Mais en outre, ces auteurs, pour justifier l'impossibilité de confirmer les actes inexistants, ne se sont pas limités

¹³⁰⁵ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 292; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 260.

¹³⁰⁶ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 292.

¹³⁰⁷ Cité par : F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 34; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 262.

¹³⁰⁸ F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 18, op. cit., n° 564; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 51.

¹³⁰⁹ Pour Baudry-Lacantinerie, « Un contrat inexistant ne peut pas être validé par une confirmation [...] » (G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, op. cit., tome II, p. 252; voir aussi K. Zachariae, *Droit civil français* annoté par G. Massé et Ch. Vergé, Paris : Auguste Durand Librairie, tome II., 1857, p. 484; Th. **Huc**, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris : Pichon, tome VIII., 1892-1903, p. 263).

¹³¹⁰ Cf. *Infra*, n° 341.

¹³¹¹ C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 649.

¹³¹² Cf. annexe, Doc N° VII.

¹³¹³ Cité par Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 190; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 72.

aux débats ; ils ont aussi utilisé le droit positif et la rationalité. D'où la nécessité d'étudier ces justifications.

2. Les raisons de l'impossibilité de confirmer les actes inexistants

Si l'impossibilité de confirmer un acte inexistant peut avoir des justifications rationnelles (a), certains auteurs l'ont fondée aussi sur des justifications juridiques (b).

a. Une impossibilité due à des causes rationnelles

331. Pour dire qu'un acte inexistant ne peut pas être confirmé, on enseigne que cette confirmation est rationnellement impossible. – En effet, pour certains auteurs, la confirmation est comme un remède donné à un acte malade ; si cet acte est mort né, la confirmation ne peut pas le guérir, puisqu'il est rationnellement impossible de ressusciter un mort. C'est cette idée que l'on rencontre chez Pize, quand il écrit que « confirmer, c'est rendre plus ferme, plus stable [...] On peut quelquefois rendre la santé à un malade, on ne rend pas la vie à un mort né »¹³¹⁴. Beudant aussi est allé dans le même sens, parce que pour lui, « [...] la nature des choses s'oppose à ce que le néant puisse être validé ; on guérit un malade, on ne guérit pas un mort »¹³¹⁵.

332. Dans d'autres cas, les auteurs ont utilisé l'impossibilité logique de confirmer, sans faire appel à la biologie. – Confirmer un acte, c'est lui ajouter ce qui lui manque, or si on ajoute un nombre à zéro, on obtiendra toujours le même nombre¹³¹⁶. Par conséquent, même si on ajoute à un acte inexistant une confirmation, cet acte sera toujours inexistant, car, comme l'a montré Pize, « [...] on ne rend plus stable que ce qui est déjà instable et qui, par conséquent, déjà est ; on confirme ce qui est vicié, on ne confirme pas ce qui n'existe pas [...] »¹³¹⁷. On rencontre la même justification logique chez Demante aussi, pour qui « l'acte

¹³¹⁴ *Idem*, p. 246 ; Quant à Bourgeon, il a estimé que si l'acte est annulable, c'est « [...] un acte malade susceptible de guérison. » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 291).

¹³¹⁵ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 199.

¹³¹⁶ Ainsi pour Jaubert, « Une idée vraie et simple, c'est qu'on ne peut confirmer et ratifier que ce qui a réellement existé [...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 72).

¹³¹⁷ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 246 ; Or pour Mortet, « [...] le contrat nul n'est pas seulement vicieux ; il n'existe pas, il n'y a rien à

nul est un simple fait qui n'a point d'existence légale, et que ne peut dès lors confirmer ni le laps de temps, ni aucun fait approbatif : car le néant n'est pas susceptible de confirmation»¹³¹⁸.

Toutes ces idées sont justifiées par l'impossibilité rationnelle de réparer un acte inexistant. Cette impossibilité rationnelle existe même si on envisage la confirmation comme une renonciation. Ainsi Hartemann s'est-il demandé si « une renonciation, acte purement négatif, peut-elle en effet créer quelque chose ? L'acte inexistant équivaut au néant ; si l'on renonce à dire qu'il n'y a rien, là où en effet il n'y a que le néant, le néant sera-t-il pour cela devenu quelque chose ? Evidemment non. »¹³¹⁹. Cette rationalité des classiques a même séduit Japiot qui a repris cette idée d'impossibilité rationnelle de confirmer¹³²⁰, ce qui montre la proximité des deux théories. Cette proximité apparaîtra encore dans les justifications juridiques de l'impossibilité de confirmer les actes inexistants.

b. Une impossibilité due à des causes juridiques

Pour justifier juridiquement l'impossibilité de confirmer les actes inexistants, les classiques n'ont pas hésité à faire appel à la pérennité du vice (i), à l'absence d'action en nullité (ii) et à l'intérêt général (iii).

réparer en lui ; il faut le refaire valablement» (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 160).

¹³¹⁸ A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome V, p. 492. Ainsi pour Baudry-Lacantinerie, « [...] on ne confirme pas le néant » (G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, op. cit., tome II, p. 252; voir aussi Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 292).

¹³¹⁹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 304.

¹³²⁰ Car pour Japiot, « [...] la confirmation, consentie comme renonciation à un droit antérieurement né et en considération de faits antérieurs auxquels l'on se reporte par la pensée, n'est possible que si elle peut trouver dans le passé une certaine base, consistant dans un minimum d'existence apparente de l'acte. C'est ainsi que le dément ne pourra confirmer l'acte incohérent dont nous venons de parler ; c'est ainsi également que l'on peut renoncer à se prévaloir de l'inefficacité probatoire d'un écrit qui n'a pas même été rédigé. Nous reconnaissons donc ici encore...la valeur d'une idée très limitée et très stricte de l'inexistence restreinte aux cas extrêmes » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 722). **Contra** : Hébraud, qui a repris la théorie de l'état de l'acte, est allé plus loin que les classiques et Japiot, en estimant que la régularisation « [...] peut se manifester quelle que soit la gravité du vice, quelle que soit la nature de la sanction encourue, qu'il s'agisse d'une nullité relative ou d'une nullité absolue. » (Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. XIX.). D'ailleurs cette position ne sera pas reprise par les autres auteurs modernes, car pour Flour, préfaçant la thèse de Couturier, a estimé que « [...] depuis cette thèse- ni la gravité, ni la permanence du vice n'ont plus rien à avoir [...] » (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. IV).

333. Si un contrat, lors de la formation, contient un vice, il peut être annulé. – Cette annulation sera possible même si, lors de l'exécution du contrat, le vice a disparu. Par exemple, un contrat conclu sous la violence peut être annulé même si la violence a cessé, sauf si la victime a confirmé l'acte après la violence (art 1115 C. civ.). Cependant, il peut arriver que le vice soit continu. Pour certains auteurs, cette continuité pourrait empêcher toute confirmation. Ainsi, pour Aubry et Rau, l'acte atteint d'un vice perpétuel ne peut être confirmé. En revanche, si le vice est temporaire, la confirmation devient possible¹³²¹. En effet, pour eux, toutes les nullités sont « en règle générale, susceptibles de confirmation, peu importe que la nullité à couvrir soit de fond ou de forme, relative ou absolue, d'intérêt privé ou d'ordre public »¹³²², dès lors que la cause de la nullité n'est pas perpétuelle, car si la « nullité étant tout à la fois d'ordre public et perpétuelle, le vice de l'obligation se continue malgré la confirmation, et se communique à cette dernière »¹³²³. Pour cela, on a cité les articles 1340 et surtout 1597 C. civ.¹³²⁴.

Cette idée se rencontrait aussi chez Laurent pour qui « lorsque la nullité est perpétuelle, elle est par cela même irréparable. La raison en est simple et évidente : le vice subsistant toujours, la confirmation serait viciée aussi bien que la convention qu'il s'agit de confirmer »¹³²⁵. Le caractère perpétuel du vice pourrait aussi expliquer l'impossibilité de confirmer chez Larombière et chez Huc¹³²⁶. Ce qui ne fut pas le cas de Renckhoff¹³²⁷, pour qui « les auteurs [...] qui tiennent un pareil raisonnement, oublient que c'est au moment même où un contrat se forme qu'il faut se placer [...] pour décider s'il est inexistant, annulable ou valable, et que nul événement postérieur ne peut le faire changer de nature »¹³²⁸. Pour cet auteur, la véritable

¹³²¹ H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom).. De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, op. cit., p. 109.

¹³²² C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 263.; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 34.

¹³²³ *Idem.*

¹³²⁴ H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom).. De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, op. cit., p. 109.

¹³²⁵ F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 18, op. cit., n° 599 ; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 55.

¹³²⁶ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 271.

¹³²⁷ H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom).. De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, op. cit., p. 110.

¹³²⁸ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 273.

justification de l'impossibilité de confirmer les actes inexistants se trouverait dans l'absence d'action en nullité contre ces actes inexistants.

ii. Une impossibilité due à l'absence d'action en nullité

334. Dans la théorie classique, la confirmation n'est pas qu'une réparation; c'est aussi une renonciation à l'action en nullité. – Or, l'acte inexistant ne crée pas d'action en nullité¹³²⁹. Aussi, certains auteurs ont-ils estimé que, comme ni les obligations naturelles ni les actes inexistants ne peuvent créer d'action, la confirmation est impossible en ce qui les concerne¹³³⁰. Ainsi, pour Zachariae, « une obligation non comprise sous la règle de l'article 1304 [c'est-à-dire non soumise à l'action en nullité]...ne peut [...] être confirmée »¹³³¹. Cette idée d'impossibilité de confirmer due à l'absence d'une action en nullité sera reprise plus explicitement par Renckhoff qui estime qu'on « [...] ne peut confirmer que les actes contre lesquels la loi admet l'action en nullité [...] dès lors la confirmation [...] apparaît comme une renonciation au droit de l'exercer »¹³³². Toutefois, cette justification ne peut pas expliquer l'impossibilité de confirmer les nullités absolues dans la théorie classique, car ces nullités créent une action. D'où la nécessité d'ajouter, à cette justification, l'intérêt général.

iii. Une impossibilité due à l'intérêt général

335. La théorie classique admettait l'inexistence rationnelle et l'inexistence légale. – L'inexistence légale sanctionnait la violation de l'intérêt général, et c'est pour cette raison que certains auteurs ont estimé que l'atteinte à l'intérêt général est une des raisons de l'impossibilité de confirmer¹³³³. Ainsi, pour Mortet, « toutes les conventions annulables peuvent être confirmées, car elles ne lèsent que des droits et des intérêts privés. »¹³³⁴. Ce qui

¹³²⁹ Cf. *Supra*, n° 260.

¹³³⁰ H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom).. De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, op. cit., p. 105. Ainsi pour Zachariae, cité ici par M. Boudot, « La confirmation d'une obligation est l'acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation [...] On ne peut confirmer ni les obligations naturelles, ni les obligations inexistantes. Toutes les obligations sujettes à nullité ou à rescision sont en règle générale, susceptibles de confirmation » (M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles » , in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 85).

¹³³¹ K. Zachariae, *Droit civil français* annoté par G. Massé et Ch. Vergé, op. cit., tome II, p. 484.

¹³³² H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom).. De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, op. cit., p. 99.

¹³³³ Cf. *Supra*, n° 145 et s.

¹³³⁴ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 199.

laisse entendre qu'à *contrario*, les actes violant l'intérêt général ne peuvent pas être confirmés. C'est au demeurant ce que semble confirmer Laurent, pour qui « 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 »¹³³⁵. Mais toutes ces justifications ne sont pas suffisantes pour empêcher la confirmation de certains actes inexistantes. Ce qui met en cause la théorie classique.

II. La possibilité de confirmer certains actes inexistantes : une mise en cause des auteurs classiques

L'idée selon laquelle la confirmation des actes inexistantes est impossible, même si elle peut avoir des fondements dans les travaux préparatoires du Code civil est contestable¹³³⁶. En effet, contrairement à ce que soutiennent les classiques, on peut, non seulement, confirmer un acte inexistant pour vice de forme (1), mais aussi un acte inexistant pour absence de consentement (2).

1. La confirmation des actes inexistantes pour vice de forme

336. Pour Bufnoir, l'idée selon laquelle l'acte inexistant ne peut pas être confirmé serait inscrite dans le Code civil. – Ayant considéré que les actes solennels, qui ne respectent pas les formes, sont inexistantes¹³³⁷, il soutient que ces derniers ne peuvent pas être confirmés. Pour cela, il se fonde sur l'article 1339 C. civ. en affirmant que « c'est peut-être le texte le plus clair que nous ayons pour établir qu'un acte nul en la forme n'est pas susceptible

¹³³⁵ Citer par G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 263. D'ailleurs, cette idée apparaissait déjà lors des débats, car dans ses observations, la section de la législation du Tribunat, avait soutenu la même position à la séance du 4 pluviôse an XII, ou on a estimé que « les engagements contractés par les impubères, ou pour cause illicite, ne peuvent être confirmés ni ratifiés, soit tacitement, soit expressément » (Cf. annexe, Doc N°VIII).

¹³³⁶ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 160. Mais le projet de Code civil semble admettre la confirmation des actes inexistantes, car il était dit dans l'article 227 du projet, « dans la confirmation d'un acte radicalement nul, on doit, pour qu'elle soit valable, trouver la substance de l'acte nul [...] » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 191-191). Pize a montré que les débats préparatoires du code refusent la confirmation, car on a soutenu lors de ces débats « [...] qu'on ne peut en aucune manière, confirmer ni ratifier de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 72).

¹³³⁷ Cf. *Supra*, n° 93.

de confirmation»¹³³⁸. Mais que penser d'une telle interprétation de cet article du Code civil ? Pour Planiol et Ripert, la confirmation des donations nulles en la forme est possible, puisque si l'article 1339 exclut toute confirmation des donations, qui ne respectent pas les formes instituées par l'article 931 C. civ., l'article 1340 permet aux héritiers du donateur de confirmer cette donation nulle en la forme¹³³⁹.

337. Mais pour minimiser la portée de l'article 1340 C. civ., qui permet une confirmation d'un acte considéré par les classiques comme inexistant, Laurent a estimé que « si les héritiers peuvent confirmer la donation nulle en la forme, cela suppose que la donation existe, qu'elle est simplement nulle ou annulable, car on ne confirme pas ce qui n'existe point [...] Par contre le donateur ne peut confirmer la donation par aucun acte, ce qui implique qu'à son égard, la donation nulle en la forme est inexistante. »¹³⁴⁰. Mais Laurent contredit certaines de ses positions avec une telle affirmation. En effet, d'une part, il a affirmé l'idée selon laquelle, « confirmez le néant tant que vous voudrez, il restera toujours le néant »¹³⁴¹ et d'autre part, il a soutenu que du néant rien ne peut naître¹³⁴². Or, cette affirmation ne l'a pas empêché de dire ici que « la donation viciée en la forme, change de nature après la mort du donateur : d'inexistante elle devient annulable »¹³⁴³. Ce qui revient à dire que du néant une chose peut naître, car l'acte inexistant est devenu annulable. Par conséquent, cette idée de transformation de l'acte inexistant n'est pas convaincante, car elle ne permet pas de répondre à la question suivante : « le néant peut-il cesser d'être le néant ? »¹³⁴⁴

338. C'est sans doute ce qui a poussé ces auteurs classiques à utiliser, à côté de la transformation, l'idée de l'exception. — Ainsi, pour Mortet, « [...] quoique la donation nulle en la forme n'existe pas légalement, les héritiers du donateur peuvent la confirmer après son décès. Il n'y a cependant là à proprement parler que d'**exception** au principe que nous venons de poser : logiquement ce principe est et doit être absolu : on ne peut pas admettre que les héritiers confirment ce qui n'existe pas »¹³⁴⁵. Si cette idée d'exception va être utilisée par

¹³³⁸ C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 651.

¹³³⁹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., t6, p. 387.

¹³⁴⁰ F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 18, op. cit., n° 592.

¹³⁴¹ F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 2, op. cit., n° 269.

¹³⁴² F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 43.

¹³⁴³ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 161.

¹³⁴⁴ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 53.

¹³⁴⁵ *Idem*.

plusieurs auteurs, comme Zachariae¹³⁴⁶, elle est tout de même critiquable¹³⁴⁷. En effet, des indices montrent que ce n'est pas l'article 1340 C. civ., qui permet la confirmation des actes nuls en la forme, qui est une exception, mais l'article 1339 C. civ. qui interdit cette confirmation. En effet, à la séance du 14 pluviôse an XII au Tribunat, Jaubert avait estimé, dans son rapport, que « [...] les nullités de forme peuvent donc se couvrir [...] mais la loi a dû **excepter** les donations nulles dans la forme [...] »¹³⁴⁸. Ce qui prouve que lors des débats, l'article 1340 C. civ., qui permet la confirmation des donations nulles en la forme, n'était pas une exception.

339. Aussi, certains auteurs n'ont-ils pas seulement réduit l'article 1340 C. civ. au rang de simple anomalie – Pour ces auteurs, le législateur a tout simplement commis ici une erreur, car cet article, en permettant la confirmation d'un acte inexistant, devient illogique¹³⁴⁹. Ainsi, comme l'a montré Hartemann, « l'article 1340 en effet pour les partisans de l'inexistence des donations nulles en la forme est [...] une étrange **anomalie** [...] »¹³⁵⁰. Ce qui s'illustre chez plusieurs autres auteurs, pour qui l'article 1340 est une « [...] une anomalie »¹³⁵¹. Quant à Bourgeon, il est allé encore plus loin, en montrant qu'il y a des auteurs qui pensent que « [...] l'article 1340 est **inexact** dans ses termes même »¹³⁵². Mortet aussi est allé dans le même sens, en estimant que cette erreur du Code civil n'étonne pas, parce que « [...] les auteurs du Code n'ont pas grand souci de la rigueur des principes [...] »¹³⁵³.

Mais en droit, la pertinence d'une théorie se mesure à la loi, et on ne peut pas dire qu'une loi est une erreur, parce qu'elle n'est pas conforme à une théorie¹³⁵⁴. Dans ce cas, ce n'est pas la

¹³⁴⁶ Ainsi pour Bourgeon, « Cet article consacre-t-il d'ailleurs une exception formelle à notre règle. » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 301). Laurent aussi va l'utiliser, en estimant qu'« Essentiellement exceptionnelle, cette disposition ne peut être étendue par voie d'analogie. » (Cité par : F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 55).

¹³⁴⁷ H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom).. De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, op. cit., p. 120.

¹³⁴⁸ Cf. annexe, Doc N° VII.

¹³⁴⁹ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 161.

¹³⁵⁰ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 309.

¹³⁵¹ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 161; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 53.

¹³⁵² C'est pour cela qu'en parlant de l'article 1340, Bourgeon a estimé que « Ceux qui savent de quelle obscurité profonde fut entourée la rédaction de cet article, presque inexplicable [...] » ils ne l'utiliseront pas. (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 300).

¹³⁵³ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 54.

¹³⁵⁴ D'ailleurs Loyer a critiqué cette méthode d'interprétation, qui selon lui est « [...] pleine de désinvolture et de fantaisie d'autant plus féconde [...] puisqu'elle permet sur simple indice d'un mot qui n'est même pas écrit dans

loi qui est dans l'erreur, mais la théorie qui soutient qu'un acte nul en la forme ne peut pas être confirmé, alors que l'article 1340 admet cette possibilité. Cette limite de la théorie classique s'illustre aussi dans les nullités pour absence de consentement.

2. La confirmation du contrat inexistant pour absence de consentement

340. Pour les classiques, un acte dans lequel il n'y a pas de consentement est inexistant¹³⁵⁵. – Or, ce genre d'acte peut être confirmé. Ainsi si un époux vend les biens communs sans le consentement de l'autre, il y a absence de consentement de ce dernier, mais l'article 1427 C. civ. admet une confirmation de cette vente, par celui dont le consentement est absent, en estimant que si l'un des époux vend un bien commun « l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié, peut en demander l'annulation ».

Pour les classiques, les actes d'un mineur sans discernement ne peuvent pas être confirmés, car ils sont inexistants pour absence de consentement¹³⁵⁶. Néanmoins, malgré cette affirmation, l'article 1311 C. civ. admet la confirmation de ces actes, sans distinguer entre les mineurs pourvus de discernement et les autres. Ce qui n'a pas empêché Demante de chercher à limiter le champ de l'article 1311, en estimant que c'est « [...] une disposition évidemment applicable à tous les cas où les actes ne sont pas nuls de plein droit [...] »¹³⁵⁷. Mais l'article 1311 ne fait pas cette distinction.

341. Cette possibilité de confirmer les actes, dans lesquels le consentement est absent, s'illustre encore avec plus d'éclat dans l'article 1998 C. civ. – Si une personne accomplit un acte au-delà de son pouvoir, cet acte est nul pour absence de consentement de celui pour qui il a été fait¹³⁵⁸. Or, l'article 1998 C. civ. montre que l'on peut confirmer cet acte. Aussi,

le texte, mais dit-on qui devrait y être, de fonder tout une théorie » (**J. Loyer**, *Les actes inexistants*, op. cit., p. 159).. *Comp* : Quant à Drogoul pour lui « avec une telle méthode d'interprétation, nous nous chargerions de faire dire par des textes des théories les plus incertaines » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 88).

¹³⁵⁵ Cf. *Supra*, n° 91.

¹³⁵⁶ D'ailleurs ce principe a été rappelé lors des débats, car la commission pour la rédaction du code avait estimé que « Les engagements contractés par les impubères ou pour cause illicite, ne peuvent être confirmés ni ratifiés [...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 70).

¹³⁵⁷ A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome V, p. 521.

¹³⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 9 juin 1976, *Bull. civ.* I, n° 213; D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., op. cit., p. 580.

Touiller a-t-il estimé que les actes inexistants peuvent être confirmés¹³⁵⁹. Pour cela, il a précisément cité l'exemple de l'article 1998 C. civ.¹³⁶⁰ En effet, pour lui, la loi n'exclut pas la confirmation des actes inexistants, « [...] la preuve en est en ce que si une personne a fait en mon nom un acte que je ne lui avais pas donné mandat de faire, cet acte a mon égard est **inexistant** jusqu'à ce que je le ratifie ; mais cependant, la ratification donnée postérieurement vaut un mandat consenti avant l'acte ; les effets de l'acte se produisent rétroactivement comme si le mandat avait toujours existé»¹³⁶¹.

Critiqué par tous les auteurs du XIX^{ème} siècle, pour cette position pour le moins iconoclaste à l'époque, Touiller a quand même trouvé un allier chez Merlin, qui a fini par se rallier à lui. Ainsi, en parlant de l'interdiction de confirmer les actes inexistants, Merlin a-t-il estimé que « Ce prétendu principe [...] n'est, comme l'a très bien montré M. Touiller, tome 8, n° 518, qu'une assertion purement gratuite, qu'une **erreur** [...] »¹³⁶². Mais à part Merlin, les autres auteurs du XIX^{ème} siècle n'ont pas rejoint Touiller sur ce point¹³⁶³. Le principal reproche, fait à ce dernier, tourne au tour du terme « ratification » utilisé dans l'article 1998 C. civ.

Pour ces auteurs, ce terme n'est pas synonyme de confirmation. Ainsi quand Touiller montre que l'on peut confirmer un acte inexistant dans l'article 1998 C. civ.¹³⁶⁴, Bourgeon conteste ce raisonnement en estimant que « l'erreur de Touiller se découvre sans peine [...] ce n'est pas en effet de confirmer un acte inexistant qu'il s'agit là, mais de donner une ratification [...] »¹³⁶⁵. Il est vrai que la confirmation et la ratification ne sont pas forcément identiques¹³⁶⁶.

¹³⁵⁹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 305.

¹³⁶⁰ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 298.

¹³⁶¹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 306.

¹³⁶² E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 305.

¹³⁶³ Pour Couturier, « [...] il y a une part de simplification à présenter la doctrine classique comme un bloc monolithique : tous les auteurs qui s'y rattachent n'usaient pas de la même terminologie [...] Il demeure que l'unité profonde de la théorie apparaît à certains égards, et notamment à propos de la confirmation » (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 3).

¹³⁶⁴ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 298.

¹³⁶⁵ *Idem*, p. 298.

¹³⁶⁶ H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom).. De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, op. cit., p. 92.

Aussi, Aubry et Rau ont-ils tenu à préciser que « la confirmation diffère [...] de la ratification d'un engagement qu'une personne a pris au nom d'autrui, sans avoir reçu de mandat »¹³⁶⁷.

342. Mais, dans les lois, ces deux concepts ne sont pas aussi différents que la doctrine a bien voulu le dire. – Dans plusieurs articles du Code civil, le législateur utilise les deux termes comme synonymes¹³⁶⁸. Ainsi Gaudemet n'a-t-il pas estimé qu'« il faut enfin distinguer confirmation et ratification, bien que la loi confonde les deux termes dans les articles 1338 et 1311 »¹³⁶⁹ ? Quant à Lutzesco, pour lui « [...] selon les termes de l'article 1311, le législateur considère la ratification comme synonyme de la confirmation »¹³⁷⁰. Même lors des débats qui ont précédé l'adoption du Code civil, on a parlé « [...] de la confirmation ou de la ratification [...] »¹³⁷¹ et non de la confirmation et de la ratification.

Ainsi, si le tuteur passe un acte pour lequel il n'a pas de pouvoir, l'article 465 C. civ. dispose que « [...] l'acte [...] peut être confirmé avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille [...] ». Ce qui prouve que, comme la ratification, la confirmation peut être utilisée pour réparer une absence de pouvoir. Par conséquent, l'assimilation opérée par Touiller, pour affirmer, en se fondant sur l'article 1998, que les actes inexistantes peuvent être confirmés, n'est pas si critiquable que cela ; au contraire, elle prouve que l'acte dans lequel un élément essentiel est absent est confirmable. Ainsi la vente de la chose d'autrui, qui est une vente sans objet et donc manquant d'un élément essentiel, peut être confirmée¹³⁷².

343. Donc, contrairement à ce que soutiennent les classiques, un acte dans lequel un élément essentiel est absent est confirmable. – Ce qui démontre la première hypothèse de ce travail, qui soutient que la théorie classique ne reflète pas le droit positif. Aussi, les auteurs modernes ont-ils proposé un autre critère, lié à l'intérêt protégé, pour déterminer si un acte est confirmable ou pas.

¹³⁶⁷ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 261. ; *Comp*: Quant à Josserand, pour lui, « la ratification est l'approbation donnée par une personne à un acte auquel elle n'avait point participé [...] l'approbation ainsi donnée ne tend nullement à faire disparaître le vice dont un acte serait entaché [...] » (L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., tome II, p. 190).

¹³⁶⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 335.

¹³⁶⁹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 172.

¹³⁷⁰ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 368.

¹³⁷¹ Cf. annexe, Doc N° VIII ; Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 190.

¹³⁷² Cf. *Supra*, n° 285.

B. La nécessité d'un acte ne violant pas une règle d'intérêt général comme condition de la confirmation dans la théorie moderne

Si l'impossibilité de confirmer un acte nul, d'une nullité absolue, est admise par plusieurs auteurs modernes (I), cette impossibilité est démentie par plusieurs dispositions, d'où la nécessité d'éviter sur ce point toute généralisation (II).

I. L'impossibilité de confirmer la nullité absolue

Pour soutenir que certaines nullités ne peuvent pas être confirmées (1), les auteurs modernes ont fait appel à diverses justifications (2).

1. L'affirmation de l'impossibilité de confirmer les actes nuls de nullité absolue

344. Depuis le moyen-âge, certaines nullités ne pouvaient pas être confirmées, même par un serment. – En effet, il n'était pas permis de renoncer à une règle d'ordre public¹³⁷³. Ce qui était le cas dans l'ancien droit aussi, puisque Pothier excluait la confirmation des nullités absolues¹³⁷⁴. Mais le Code civil n'a pas explicitement repris cette position. Aussi, pour Japiot, la question de la confirmation, « [...] ne doit pas être résolue *a priori* par la distinction classique : leur application ne dépend pas du caractère relatif ou absolu de la nullité ; le soin de réaliser l'adaptation incombe plutôt ici à l'interprète [...] »¹³⁷⁵. Cependant, cette affirmation ne l'a pas empêché de soutenir que « lorsque la nullité a sa source dans la violation d'une règle d'intérêt social, la notion d'ordre public [...] doit intervenir *a fortiori* pour exclure toute confirmation [...] En tant qu'un intérêt d'ordre social est engagé le titulaire du droit de critique ne peut jamais disposer de ce droit, **la conservation de son droit lui est**

¹³⁷³ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 134.

¹³⁷⁴ D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Josephe Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 73.

¹³⁷⁵ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 710. Planiol aussi n'attachait pas l'impossibilité de confirmer à la nature de la nullité, car pour lui, « Toutes les obligations nulles sont, en principe, susceptibles d'être confirmées, que la nullité soit relative ou absolue [...] » (M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 385.)

imposée malgré lui »¹³⁷⁶. Ce qui revient à dire que la nullité sanctionnant une règle d'ordre public ne peut pas être confirmée.

Quant à Gaudemet, même s'il a soutenu qu'il « [...] y a des nullités absolues susceptibles de confirmation [...] »¹³⁷⁷ comme le prévoit l'article 1340, il a estimé qu'en général, la nullité absolue ne peut pas être confirmée, contrairement à la nullité relative¹³⁷⁸. C'est cette position que l'on retrouve chez Colin et Capitant aussi, pour qui « l'acte nul d'une nullité absolue ne peut être confirmé par ceux de qui il émane »¹³⁷⁹. C'est au demeurant cette position que reprendront les manuels contemporains¹³⁸⁰. C'est elle que l'on retrouve, de façon très nuancée, chez J. Ghestin, pour qui « [...] il est permis d'affirmer que la jurisprudence maintient fermement le principe d'exclusion de la confirmation lorsque la nullité est absolue »¹³⁸¹. En revanche, si plusieurs de ces auteurs sont d'accord pour accepter cette exclusion de la nullité absolue de la confirmation, il n'y a pas d'accord sur les raisons de cette exclusion.

2. Les raisons de l'impossibilité de confirmer les nullités absolues

Pour justifier l'impossibilité de confirmer certaines nullités, la théorie moderne fait appel, non seulement à la limitation du pouvoir des parties à renoncer à l'action en nullité(a) mais aussi à la pluralité des titulaires de l'action en nullité (b).

a. L'obstacle à la confirmation lié au pouvoir des titulaires de l'action en nullité

¹³⁷⁶ R. Japiot, *Des nullités en matière juridique essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 758.

¹³⁷⁷ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 147.

¹³⁷⁸ Cf. *infra*, n° 345.

¹³⁷⁹ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 81.

¹³⁸⁰ Car pour. Starck, H. Roland et L. Boyer, « Seuls les actes entachés de nullité relative peuvent faire l'objet d'une confirmation [...] Quand le contrat est nul de nullité absolue, la confirmation n'est pas concevable [...] » (B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd, op. cit., p. 367).. Conf: F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 415.

¹³⁸¹ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 983; Il en est de même pour Carbonnier, pour qui la confirmation « ...n'est possible que pour la nullité relative... » (J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 191).. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 415.

Le pouvoir des titulaires du droit de critique de renoncer à l'action en nullité, pour confirmer l'acte, peut être limité par l'intérêt général(i), même si le temps peut atténuer cette limitation (ii).

i. Une incapacité de confirmer due à l'intérêt général

345. **Si Japiot a exclu toute distinction rigide des nullités, fondée sur l'intérêt général¹³⁸², il admet que l'intérêt général puisse limiter le pouvoir des titulaires de l'action en nullité à y renoncer¹³⁸³.** – Gaudemet aussi a utilisé l'intérêt général pour en déduire qu'en ce qui concerne l'action en nullité, on peut « [...] renoncer à s'en prévaloir, sans autres restrictions que les exigences de l'ordre public ; si l'acte nul est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la renonciation au droit de critique serait entachée du même vice »¹³⁸⁴. Il en est de même pour F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, pour qui « [...] aucune confirmation n'est, en principe, possible lorsque la nullité est sans conteste absolue parce que le contrat heurte l'ordre public ou les bonnes mœurs »¹³⁸⁵.

346. **G. Couturier aussi utilise indirectement l'ordre public, pour limiter le pouvoir des titulaires de l'action en nullité à y renoncer.** – Pour cela, il passe par l'intermédiaire de l'indisponibilité du droit de critique. Pour lui, « la confirmation n'est donc possible que dans la mesure où le droit de critique existe et où il est **disponible**. »¹³⁸⁶ Or chez lui, ce « [...] droit de critique est **indisponible** à chaque fois que la confirmation se heurterait à un obstacle d'**ordre public** »¹³⁸⁷. Cependant, dans la théorie moderne, cet ordre public n'est pas un obstacle définitif à la confirmation ; c'est un obstacle temporaire, car après un certain temps, même un acte heurtant l'ordre public peut être confirmé.

ii. Une incapacité de confirmer due au moment de la confirmation

¹³⁸² Car pour Japiot, « [...] nous avons vérifié ainsi, une fois encore, l'exactitude de l'idée qui domine notre théorie, à savoir qu'il n'y a pas deux ou trois catégories de nullités foncièrement différentes les unes des autres, mais seulement des inefficacités plus ou moins complètes [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 778). **Contra** : Couturier ne partage pas cette position, car pour lui « Il demeure que l'étude de la confirmation fait bien apparaître l'opposition entre deux ordres de nullités, celles sanctionnant des règles d'intérêt privé et celles sanctionnant des règles d'intérêt social [...] Cette opposition est nouvelle car elle ne correspond pas à la distinction traditionnelle des nullités absolues et des nullités relatives [...] » (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 5).

¹³⁸³ Cf. *supra*, n° 344.

¹³⁸⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 170.

¹³⁸⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., p. 416.

¹³⁸⁶ G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 95.

¹³⁸⁷ *Idem*, p. 153.

347. **Dans la théorie classique, des auteurs, comme Aubry et Rau, n'excluaient la confirmation que si le vice était permanent**¹³⁸⁸. – Japiot adopte une position similaire, en estimant qu'on n'a pas de pouvoir de confirmer si la raison pour laquelle la règle d'ordre public, violée par l'acte, existe. En effet, pour lui, « [...] la sanction de nullité doit s'imposer à la partie tant que subsistent les circonstances à raison desquelles la loi estime nécessaire de la protéger contre elle-même. C'est pendant cette période que la confirmation lui sera interdite : **ces circonstances disparues, elle pourra confirmer**, car alors elle apportera après coup une adhésion parfaite à l'acte nul»¹³⁸⁹. Ce qui revient à dire que si cette raison de protection est permanente, la confirmation est impossible.

Cette justification est valable même pour la confirmation des actes violant une règle d'ordre public de direction¹³⁹⁰, ce qui rapproche cette position de celle d'Aubry et Rau¹³⁹¹. En effet, pour Aubry et Rau, comme pour Japiot, si la cause de la nullité est supprimée par une réforme législative¹³⁹² ou par la disparition d'une incapacité¹³⁹³, la confirmation redevient possible, que la nullité soit absolue ou pas¹³⁹⁴.

348. **Mais cette idée selon laquelle si la cause de la nullité disparaît, même une nullité absolue pourrait être confirmée, est critiquable.** – En effet, un pacte sur succession future ne peut être confirmé, même après la mort de celui qui a transmis ses biens¹³⁹⁵. Nul parce qu'il a été conclu avant cette mort, la cause de la nullité de ce pacte devrait disparaître avec la mort, de celui dont la succession est ouverte, car il est seulement interdit de céder la

¹³⁸⁸ Cf. *Supra*, n° 333.

¹³⁸⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 752.

¹³⁹⁰ *Idem*, p. 719.

¹³⁹¹ Pour Japiot, « En tant qu'un intérêt d'ordre social est engagé, le titulaire du droit de critique ne peut jamais disposer de son droit ; la conservation de son droit lui est toujours imposée malgré lui [...] car il ne s'agit pas seulement de ses intérêts : il s'agit des intérêts de tous [...] il s'agit de l'intérêt de la société [...] La confirmation sera-t-elle donc interdite d'une façon absolue dès que l'acte aura heurté une règle d'intérêt social ? Pas nécessairement [...] » (*Ibid*, p. 759).

¹³⁹² *Ibid*, p. 760. Pour Couturier aussi « [...] de nombreux auteurs récents considèrent encore comme un point acquis de la théorie des nullités que la confirmation soit définitivement exclue, même lorsque la cause de la nullité n'est que temporaire. » ce qu'il conteste. (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 285).

¹³⁹³ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 765.

¹³⁹⁴ Ainsi pour Japiot, « L'exclusion de la confirmation ne semble donc s'imposer [...] qu'en matière de nullités d'ordre social [...] d'ordre public **au sens le plus rigoureux** : mais ici encore nous constateront [...] que des renonciations sont possibles, sous certaines **conditions de temps** ou de spécialité » (*Idem*, p. 719).

¹³⁹⁵ Req, 19 fev 1929, D. H., 1919, p. 162; Civ. 1^{ère}, 26 oct 1943, J. C.. P. 1944. II. 2582, note E. Tournon.

succession d'une personne. Mais, malgré cette disparition de la cause de la nullité (la vie), le pacte ne peut pas être confirmé; on ne peut que le refaire après la mort de cette personne¹³⁹⁶.

Cette solution est aussi contredite en cas de mariage incestueux. Ce qui justifie l'interdiction du mariage incestueux, c'est le lien de parenté (article 161. C. civ.). Si ce lien de parenté disparaît, le vice de l'inceste disparaît aussi. Or, en cas d'adoption plénière, ce lien de parenté disparaît. En effet, selon l'article 356 C. civ. en cas d'adoption plénière « [...] l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang. ». Donc, comme l'adoption a fait disparaître le vice de l'inceste, entre l'adopté et sa famille d'origine, on devrait pouvoir confirmer un mariage incestueux antérieur à l'adoption, entre cet adopté et un membre proche de sa famille d'origine, après son adoption. Or, l'article 356 C. civ. interdit une telle possibilité, en renvoyant à l'article 161 C. civ.

Ce qui montre là aussi que la disparition du vice ne peut pas toujours permettre une confirmation si l'acte porte une grave atteinte à l'ordre public, comme la prohibition l'inceste. D'ailleurs, Portalis avait rappelé cette idée au Conseil d'Etat, à la séance du 4 frimaire an X, en estimant qu'il y a plusieurs sortes de nullités absolues et que « rien ne saurait couvrir le scandale des unes ; telle est la nullité qui résulte de l'inceste [...] »¹³⁹⁷. C'est sans doute pour cette raison que d'autres auteurs modernes n'ont pas utilisé le critère tiré du moment de la confirmation pour justifier l'impossibilité de confirmer, mais le nombre de titulaires de l'action en nullité.

b. L'obstacle à la confirmation lié au nombre de titulaires de l'action en nullité

349. Dans la nullité absolue, le droit de critique n'appartient pas à une seule personne, mais à plusieurs¹³⁹⁸. — Par conséquent, pour certains auteurs, on ne peut pas confirmer une nullité absolue, car la confirmation étant une renonciation, la renonciation d'une seule partie ne peut pas éteindre le droit des autres. Ainsi, pour Colin et Capitant, « [...] confirmer un acte, c'est renoncer à invoquer la cause de nullité qui l'entache. Cela suppose donc que l'action et l'exception de nullité sont à la disposition exclusive d'une seule personne, celle qui

¹³⁹⁶ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., pp. 986, 987. ; **Com.** 3 oct 1972, D. 1974, p. 239, note J. Ghestin.

¹³⁹⁷ Cf. annexe, Doc N° II.

¹³⁹⁸ Cf. *Supra*, n° 303.

renonce. Or, il en est différemment pour la nullité absolue. La renonciation ou confirmation d'une partie serait donc inopérante, car on ne peut pas renoncer au droit d'autrui »¹³⁹⁹. On retrouve la même justification chez Lutzesco¹⁴⁰⁰.

350. Cependant, cette limite à la confirmation, liée à la pluralité des titulaires du droit de critique, ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. – Ainsi, Chevallier s'est-il demandé si « [...] l'action est donnée à plusieurs personnes, pourquoi chacune d'elles n'y pourrait-elle renoncer [...] »?¹⁴⁰¹ Il est vrai que dans la théorie moderne des nullités, la confirmation est considérée comme une renonciation au droit de critique. C'est sans doute ce qui a poussé la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 avril 1934, à juger qu'une nullité qui pouvait être invoquée par tout intéressé n'est pas forcément d'ordre public à laquelle on ne peut pas renoncer¹⁴⁰². Chevallier a semblé voir dans cet arrêt une consécration de la possibilité de confirmer les actes nuls de nullité absolue¹⁴⁰³. Mais dans un arrêt du 4 mars 1966, la 1^{ère} chambre civile est venue infirmer cette interprétation en jugeant que « si l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé »¹⁴⁰⁴.

351. Mais, malgré cette réticence de la jurisprudence, on a pu estimer qu'il « [...] n'y a pas d'incompatibilité rationnelle entre la généralisation du droit de critique accordé à toute personne intéressée et la possibilité de confirmation »¹⁴⁰⁵. Cependant, si cette impossibilité de confirmer une nullité, pouvant être invoquée par tous, est un obstacle qu'on rattache aux rigidités de l'état de l'acte¹⁴⁰⁶, c'est paradoxalement grâce à cet état de l'acte qu'il peut être surmonté. Si la confirmation n'est pas une renonciation au droit de critique mais une réparation de l'état de l'acte, on peut en effet permettre de confirmer une nullité qui peut être

¹³⁹⁹ C'est pour cela qu'ils ont dit que « La renonciation ou confirmation d'une partie serait donc inopérante, car on ne peut pas renoncer au droit d'autrui. » (A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 81).

¹⁴⁰⁰ Pour lui, « [...] on peut confirmer même un acte frappé de nullité absolue ; seulement, remarquons-le bien, pareil cas, la confirmation n'aboutirait à aucun résultat puisqu'elle serait vouée à l'échec par l'intervention des autres ayants-droit. » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 367). Pour H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas aussi, « La nullité absolue pouvant être invoquée par tout intéressé, il est impossible à un contractant d'y renoncer, puisqu'il ferait ainsi disparaître le droit des autres intéressés. » (H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 289).

¹⁴⁰¹ M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 518.

¹⁴⁰² Req., 24 avril 1934, D.P., 1934.1.145, note Nast.

¹⁴⁰³ M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 519.

¹⁴⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 4 mai 1966, Bull. civ., I, n° 265, p. 206; P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 97.

¹⁴⁰⁵ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 985.

¹⁴⁰⁶ *Idem*

invoquée par plusieurs personnes. Dans ce cas, le confirmant ne se contente pas que de renoncer ; il répare aussi le vice. Or cette réparation est opposable à tous¹⁴⁰⁷. Ce qui revient à admettre la confirmation d'une nullité pouvant être invoquée par plusieurs personnes et donc une nullité absolue. D'où la nécessité de s'interroger sur la conformité au droit positif de la limitation, au nom de l'intérêt général, des actes pouvant être confirmés.

3. L'absence de règles générales posant l'impossibilité de confirmer les nullités absolues

352. L'impossibilité de confirmer ne se limite pas qu'à la nullité sanctionnant une règle d'intérêt général ; il y a des nullités dans le code de la consommation qui ne peuvent pas être confirmées, alors même qu'il s'agit des nullités relatives. – Ainsi les sanctions de déchéance des intérêts, prévues dans les articles L 311-33 et L 311-37 consomm. sont-elles des nullités relatives, mais qui ne peuvent pas être confirmées¹⁴⁰⁸. Les clauses abusives aussi portent atteinte à des règles d'ordre public de protection, mais en ce qui concerne « [...] la confirmation d'une disposition réputée non écrite [...] on conçoit assez naturellement qu'elle soit exclue »¹⁴⁰⁹. Cela prouve qu'une nullité sanctionnant la violation d'une règle d'intérêt privé peut ne pas être toujours confirmée, indépendamment du moment de la confirmation. Il en est de même des nullités sanctionnant l'absence de consentement¹⁴¹⁰, d'objet¹⁴¹¹ et de cause¹⁴¹². Toutes ces nullités ne peuvent pas être confirmées, selon la jurisprudence, alors même qu'elles ne sanctionnent pas la violation de l'intérêt général. Ce qui prouve qu'il n'y a pas de critère général, selon lequel, seules les nullités d'intérêt privé peuvent être confirmées ; il n'y a que des cas spécifiques.

353. Ce constat s'évince aussi de la possibilité de confirmer certaines nullités absolues. – Ainsi, alors même que la violation de l'article 931 C. civ. est sanctionnée par une

¹⁴⁰⁷ Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. 248.

¹⁴⁰⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 335.

¹⁴⁰⁹ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 145.

¹⁴¹⁰ Cf. *supra*, n° 128

¹⁴¹¹ Com, 30 novembre 1983, Bull. civ., IV, n° 333, p. 288 : Dans cette affaire la Cour a estimé que la nullité d'une vente pour indétermination de prix n'est pas confirmable, alors que l'intérêt général n'est pas en jeu.

¹⁴¹² **Civ. 1^{ère}**, 20 octobre 1981, Bull. civ., I, n° 301, p. 253. Dans cette affaire, il s'agissait d'une vente avec un prix dérisoire. Si la logique de la théorie moderne des nullités avait été suivie, la sanction de cet acte aurait été une nullité relative, puisque l'ordre public n'est pas en jeu. Mais la Cour a estimé ici que la nullité n'est pas confirmable.

nullité absolue, selon la jurisprudence¹⁴¹³, cette nullité ne peut être confirmée (article 1340 C. civ.). Il en est de même de la nullité sanctionnant le mariage polygamique. Tout en étant sanctionné par une nullité absolue, cet acte pourrait être confirmé par la nullité de l'autre union¹⁴¹⁴. Il en est de même des nullités absolues en droit des sociétés¹⁴¹⁵. Certes, la position de Japiot est suffisamment nuancée pour tenir compte de tous ces cas, mais on sait que cette position, malgré ses nuances, s'est heurtée au pacte sur succession future et au mariage incestueux¹⁴¹⁶. Ces deux cas ont prouvé que le temps ne peut pas être un critère absolu. Cette impossibilité de trouver un critère précis, pour préciser quel type d'acte peut être confirmé, démontre la première hypothèse de ce travail, selon laquelle aucune de ces deux théories ne donne une image fidèle du droit positif. La même situation se rencontre dans l'étude du régime de l'acte de confirmation aussi.

§ 1. Les divergences doctrinales sur le régime de l'acte de confirmation

S'il y a des divergences au sien de la doctrine sur les actes pouvant être confirmés, il y a eu aussi des divergences sur l'acte de confirmation. Ces divergences concernent aussi bien les conditions de cet acte de confirmation (A) que ses effets (B).

A. Les divergences sur les conditions de l'acte de confirmation

354. L'article 1338 C. civ. figurant dans la section réservée aux preuves dans le Code civil, il ne pose que des conditions de forme de l'acte de confirmation¹⁴¹⁷. – En ce qui concerne les conditions de fond, c'est la doctrine qui les a décelées. Parmi ces conditions, on peut citer la naissance du droit de critique¹⁴¹⁸, la connaissance du vice¹⁴¹⁹ et l'intention de le réparer¹⁴²⁰. Mais si, pour certains, une simple intention de réparer ne suffit pas, car il faut

¹⁴¹³ Civ. 1^{ère}, 26 janc. 1983 : *Bull. Civ.* I, n° 39; Civ. 1^{ère}, 28 nov. 1972 : *JCP* 1973. II. 17461, note Dagot.

¹⁴¹⁴ Cf. *Infra*, n° 801.

¹⁴¹⁵ Cf. *Infra*, n° 728.

¹⁴¹⁶ Cf. *Supra*, n° 348.

¹⁴¹⁷ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., pp. 967, 968.

¹⁴¹⁸ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd, op. cit., p. 367. ; Ainsi pour Planiol aussi « [...] la confirmation n'est pas efficace si elle intervient avant que le moment ne soit pas arrivé ou la protection est inutile » (M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 388).

¹⁴¹⁹ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 964.

¹⁴²⁰ *Idem*, p. 965.

véritablement réparer le vice (I) ; pour d'autres, la simple renonciation au droit d'invoquer la nullité suffit à confirmer, sans réparer le vice (II).

I. La confirmation comme une réparation du vice

355. L'acte qui ne respecte pas ses conditions de validité ouvre droit à une action en nullité. – Cette action sanctionne le fait que cet acte contient un vice. La fonction de la confirmation est justement de rendre cet acte valable rétroactivement. La question qui se pose alors est de savoir comment cette validation opère-t-elle. Est-ce par une renonciation à l'action en nullité ou par une réparation du vice qui affecte l'acte ? Pour plusieurs auteurs classiques, il faut réparer le vice. En effet, selon Zachariae, « la confirmation d'une obligation est l'acte juridique par lequel une obligation, qui peut être attaquée [...] est rendue valable »¹⁴²¹. Donc, si on est obligé de rendre l'acte valable, c'est qu'il est nécessaire de le réparer parce que pour Aubry et Rau, « la confirmation est l'acte juridique par lequel une personne fait **disparaître les vices** dont se trouve entachée une obligation [...] La confirmation diffère donc [...] de la simple **renonciation** [...] »¹⁴²². Il est revenu à Mortet d'utiliser clairement le terme de réparation, car dans sa théorie, « Confirmer c'est réparer le vice d'un contrat »¹⁴²³.

356. Le fait d'exiger la réparation du vice, pour que la confirmation soit valable, revient à assimiler la nullité à l'état de l'acte. – En effet, une simple renonciation ne peut

¹⁴²¹ K. Zachariae, *Droit civil français* annoté par G. Massé et Ch. Vergé, op. cit., tome II, p.483.

¹⁴²² C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 261. ; Ainsi pour Renckhoff, « confirmer, c'est rendre inattaquable un acte vicié, c'est le maintenir malgré les imperfections dont il est atteint, c'est le corroborer, lui donner la force, l'affermir » (H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom). De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, op. cit., p. 92).

¹⁴²³ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 159 . A côté de cette possibilité de réparation, reconnue aux parties, dans certains cas, la loi permet aux juges de prendre l'initiative de la réparation. Ainsi une clause de non concurrence, qui interdirait à un salarié à la fin de son contrat ou au cédant d'un fonds de commerce de pratiquer une activité similaire dans une longue période, porterait atteinte à la liberté. La question qui se pose c'est de savoir si cette clause doit être annulée totalement ou si on doit se contenter de la réparer, en réduisant ses effets pour la rendre conforme à la liberté de travail. La jurisprudence a semblé remplacer la nullité ici par la réparation du contrat pour le rendre conforme à la loi. Le législateur aussi a utilisé la même technique de réparation du contrat. Ainsi c'est elle qui est utilisée dans l'article 920 C. civ quand il dit que les libéralités qui dépassent la quotité disponible « [...] seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession » La même technique se retrouve dans les articles 1152 et 1231 C. civ régissant les clauses pénales, ou dans l'article 1660 sur la vente à réméré. Dans tous ces articles, on permet au juge de réparer le contrat illicite qui dépasse la limite fixée par le juge. (J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., pp. 1052 et s).

pas modifier cet état objectif¹⁴²⁴. Mais des auteurs admettent le critère de l'état de l'acte tout en estimant que la renonciation peut confirmer une nullité. Tel est le cas de Laurent, pour qui « ce qui fait l'essence de la confirmation, c'est la **renonciation** au droit d'agir en nullité. »¹⁴²⁵ ; position que l'on rencontre chez Beudant aussi, pour qui la confirmation est une « [...] renonciation au droit d'agir en nullité [...] »¹⁴²⁶.

Cette position est loin de celle d'Aubry et Rau, qui distinguaient clairement la confirmation de la renonciation. Ce qui démontre là encore la troisième hypothèse de ce travail, qui soutient qu'il existe de réelles divergences au sein de la doctrine dite classique. Cependant, la renonciation visée par ces auteurs n'est-elle pas une réparation dissimulée ? En effet, considérer la nullité comme un état de l'acte, conduit inéluctablement à considérer la confirmation comme une réparation¹⁴²⁷. C'est ce qui semble confirmer Mortet, qui, après avoir dit que confirmer c'est « renoncer »¹⁴²⁸, ajoute plus loin que « confirmer c'est réparer le vice d'un contrat »¹⁴²⁹. Cette idée s'illustre encore plus chez Ch. Dupeyron, qui après avoir repris l'état de l'acte dans la théorie des nullités, tire les mêmes conséquences que celles prévues par G. Couturier, en affirmant que « [...] la régularisation est [...] obtenue grâce à une **réparation** ou une disparition du vice »¹⁴³⁰. Position que l'on retrouve chez Hébraud aussi¹⁴³¹.

357. Cependant, dans certains cas, la confirmation est possible alors même que le vice n'est pas réparé. – Tel est le cas du partage inégal. On peut confirmer un partage inégal sans

¹⁴²⁴ **G. Couturier**, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 4.

¹⁴²⁵ F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 18, op. cit., n° 564 ; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 51.

¹⁴²⁶ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 200 ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 198 ; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 51 ; **C. Bufnoir**, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 649 ; M. C.B.M. **Toullier**, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 665 ; Ph. **Bourgeon**, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 292 ; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 200 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., tome II, p. 190.

¹⁴²⁷ Ainsi pour Couturier, les classiques « [...] définissaient exactement la confirmation comme la renonciation au droit d'attaquer un acte annulable ou rescindable, mais la logique de leur théorie les conduisait à n'attacher à cette définition qu'une portée limitée [...] La confirmation apparaissait dès lors par la force des choses bien plutôt comme une réparation de l'acte vicié que comme une renonciation [...] elle semblait être un consentement intègre venant se substituer au consentement originaire » (**G. Couturier**, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 2).

¹⁴²⁸ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 198.

¹⁴²⁹ *Idem*, p. 159.

¹⁴³⁰ Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. 4.

¹⁴³¹ *Idem*, p. XVII.

réparer le vice, en comblant l'inégalité, si on vend son lot¹⁴³². Mais si ce principe est posé dans l'article 888 C. civ., toutefois, la jurisprudence est réticente à l'admettre¹⁴³³. D'après cette fois l'article 1340 C. civ., on peut confirmer une donation nulle en la forme, sans refaire un autre acte authentique, pour réparer le vice de forme, mais en renonçant tout simplement à se prévaloir de la nullité. Cela prouve qu'une confirmation n'est pas qu'une réparation du vice. D'où l'hostilité de certains, à cette idée de réparation, au profit de la renonciation¹⁴³⁴.

II. La confirmation comme une renonciation

358. Si on ne considère pas la nullité comme un état de l'acte, un fait objectif, la simple renonciation à l'action en nullité suffirait à confirmer l'acte. – Or, comme dans la théorie moderne, la nullité n'est plus un état de l'acte mais un droit de critique. Il est donc tout à fait possible, avec cette théorie, de confirmer un acte vicié par une simple renonciation. Ainsi, pour Japiot, « la nullité n'étant pas pour nous un fait objectif qui nécessairement existe d'une façon absolue ou n'existe pas du tout, nous ne devons pas envisager la confirmation comme la suppression de ce fait [...] »¹⁴³⁵. Pour lui, la confirmation est une « [...] extinction du droit de critique par la **renonciation** volontaire de son titulaire [...] »¹⁴³⁶. Position que l'on retrouve chez tous les autres auteurs contemporains¹⁴³⁷, sauf chez Ch. Dupeyron. C'est pour cette raison que la confirmation d'un acte nul, pour vice de consentement, ne nécessite pas l'ajout d'un consentement exempt de vice ; il suffit à celui dont le consentement a été vicié de

¹⁴³² H. Renckhoff, *Des stipulations pour autrui (Dr. rom).. De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, op. cit., p. 142.

¹⁴³³ **Civ. 1^{ère}**, 11 fev . 1981: Bull. Civ. I, n° 53. Cette décision a limité cet article au dol.

¹⁴³⁴ **G. Couturier**, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J.Flour, op. cit., p. 91.

¹⁴³⁵ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 711.

¹⁴³⁶ *Idem*

¹⁴³⁷ Ainsi pour **Couturier**, « A partir du jour où Gaudemet et Japiot eurent analysé la nullité en un droit de critique...il devint...naturel de tenir la confirmation pour une renonciation à ce droit [...] » (**G. Couturier**, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J.Flour, op. cit., p. III). Pour Lutzesco, « la confirmation est l'acte par lequel une personne protégée par loi renonce à se prévaloir du vice qui a infecté la manifestation de son consentement. » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 367). Pour H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas aussi « la confirmation [...] constitue une renonciation à l'action en nullité relative ou en rescision » (H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 289). Pour Larroumet aussi, « Confirmer un contrat signifie que l'on renonce à invoquer la nullité du contrat. » (C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, op. cit., p. 539). Carbonnier estime qu'étant « [...] une renonciation, la confirmation est un acte unilatéral. Elle émane du titulaire de l'action en nullité et n'a pas besoin d'être acceptée par l'autre contractant. » (**J. Carbonnier**, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 191).

renoncer à l'action en nullité. La confirmation n'ajoute rien à l'acte ; elle est négative¹⁴³⁸. Aussi, elle n'a même pas besoin de l'accord de l'autre¹⁴³⁹.

359. Cependant, cette vision, qui est censée rendre compte du droit de critique, ne fait pas l'unanimité au sein de la théorie moderne. – Ainsi, pour Japiot, « [...] on ne conçoit pas qu'on déclare un individu déchu de son droit en l'absence d'une renonciation par lui consentie et de toute disposition prononçant cette déchéance : la réparation du vice n'empêche pas qu'il y ait eu dans le passé violation d'une règle légale [...] »¹⁴⁴⁰. Or Drogoul, pourtant rangé parmi les auteurs « modernes », prend le contre-pied de Japiot s'agissant du mineur marié sans l'accord de ses parents. Ce mineur peut demander la nullité du mariage comme ses parents (182 C. civ.). En revanche, si ses parents confirment ce mariage, son droit de critique disparaît¹⁴⁴¹ (183 C. civ.), alors même que ce mineur « [...] n'a pas renoncé à son action »¹⁴⁴². Ce qui prouve que la confirmation n'est pas qu'une renonciation, mais aussi une réparation. Si la renonciation des parents, à leur action en nullité, a empêché le mineur d'invoquer cette nullité, c'est parce qu'elle répare aussi l'acte vicié. Donc, la confirmation n'est pas qu'un acte négatif. Par conséquent, Drogoul a-t-il rejeté l'assimilation de la confirmation à une renonciation¹⁴⁴³. Ce qui vérifie, là encore, la troisième hypothèse de ce travail. Japiot et Drogoul, étant tous les deux considérés comme des modernes, sont malgré tout en opposition sur la confirmation.

360. D'ailleurs, plusieurs auteurs contemporains contestent cette assimilation de la confirmation à une renonciation. – Ainsi, pour Hébraud, la simple renonciation ne suffit pas, car « la confirmation comporte un élément positif, agissant sur le fond du droit : le renouvellement du consentement dans les conditions qui en assurent la validité et

¹⁴³⁸ **G. Couturier**, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., pp. 14, 28 ; **E. Gaudemet**, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 171. ; **J. Ghestin**, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 967.

¹⁴³⁹ **G. Couturier**, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 28.

¹⁴⁴⁰ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 700.

¹⁴⁴¹ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 179.

¹⁴⁴² F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 254.

¹⁴⁴³ D'après Drogoul, on définit la confirmation comme « [...] une renonciation à l'action en nullité [...] Nous ne croyons pas que cette façon de considérer la confirmation soit foncièrement inexacte. Mais elle nous paraît en pénétrer moins profondément le mécanisme [...] Que le mineur ne puisse confirmer qu'en majorité, ou la victime du dol, de l'erreur et de la violence qu'après la cessation de ces vices, cela s'explique aussi naturellement par l'idée que confirmer c'est ajouter l'élément absent. Ce qui manque ici c'est la volonté éclairée et consciente [...] » Il a ajouté que « [...] si on l'appliquait strictement [l'idée de confirmation], elle conduirait à affirmer que nulle confirmation n'est complète, tant que tous ceux qui ont d'agir n'y ont pas renoncé. Or, la loi nous présente des cas où cette proposition serait inexacte » (*Idem*, pp. 252, 253).

l'efficacité »¹⁴⁴⁴. On rencontre la même position chez Ch. Dupeyron¹⁴⁴⁵. Cette critique de la renonciation est pertinente, car, dans plusieurs cas, la réparation du vice est nécessaire.

Ainsi, selon l'article 1115 C. civ., si un acte est vicié par la violence, la confirmation n'est possible que si cette violence a cessé. Il apparaît ici que la simple renonciation ne suffit pas à rendre l'acte efficace. Dans le cas de la violence, en tant que celle-ci continue, l'acte nul ne peut pas être confirmé, même si le titulaire du droit de critique renonce à l'action en nullité. La réparation du vice de violence, se traduisant par la fin de celle-ci, est nécessaire pour confirmer. Il en est de même dans l'article 1339 C. civ. selon lequel, du vivant du donateur, la renonciation ne peut pas confirmer une donation nulle en la forme.

En droit des sociétés aussi, l'article 1844-11 C. civ. dispose clairement que l'action en nullité contre une société est éteinte si la cause de la nullité a disparu au jour où le tribunal statue sur cette nullité. Cet article parle de « disparition » de la cause de nullité et non de renonciation au droit de critique. Quant à l'article 1681 C. civ., il exige, pour l'extinction de l'action contre les actes lésionnaires, le versement d'un complément de prix à la personne lésée. En ce qui concerne l'article L. 511-1 C. com, il donne une liste de mentions obligatoires, qui doivent figurer dans une lettre de change, en l'absence desquelles l'acte est nul en tant que lettre de change. On s'est demandé si l'omission, d'une de ces mentions, pourrait être réparée après la formation de la lettre. La jurisprudence a admis qu'une telle nullité puisse être confirmée par l'adjonction de la mention manquante¹⁴⁴⁶.

361. La renonciation seule est incapable d'expliquer tous les phénomènes de la confirmation, car dans tous les cas, qui viennent d'être cités, on exige une réparation du vice. – D'ailleurs, même la réparation seule ne peut pas expliquer tous les phénomènes de confirmation¹⁴⁴⁷. Aussi, certains auteurs ont-ils cherché à dépasser l'antagonisme entre la renonciation et la réparation. Dupeyron avait tenté de cantonner la réparation (régularisation) aux vices objectifs et la renonciation (confirmation) aux vices subjectifs. En effet, pour lui, « régularisation et confirmation rendaient ainsi compte d'un même procédé de validation si le particularisme de la régularisation ne résultait de son **aspect objectif** »¹⁴⁴⁸. J. Ghestin n'a pas

¹⁴⁴⁴ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 949.

¹⁴⁴⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 335.

¹⁴⁴⁶ Com. 28 mai 1969, Bull. civ., IV, p. 152, n° 117.

¹⁴⁴⁷ Cf. *Supra*, n° 357.

¹⁴⁴⁸ Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., n° 10. Couturier a critiqué cette idée de « [...] confirmation renonciation et la confirmation réparation » (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 11).

repris cette distinction. Pour lui, la renonciation ne porte pas exclusivement sur des vices subjectifs ; elle peut aussi porter sur les vices objectifs, comme dans le cadre d'un partage¹⁴⁴⁹. On peut citer aussi la renonciation à invoquer un vice de forme dans l'article 1340 C. civ., alors même qu'il s'agit d'un vice objectif. Quant à Farjat, il n'a pas cherché à déterminer les domaines respectifs de la confirmation et de la régularisation ; il les a fusionnés, en estimant que la confirmation est un acte « [...] qui vise à valider rétroactivement un autre acte frappé de nullité, soit par renonciation du titulaire de l'action en nullité, soit par la réparation de l'irrégularité dont l'acte est affecté »¹⁴⁵⁰.

362. Toutes ces difficultés, dans la détermination du champ de la réparation et de la renonciation, sont dues au Code civil. – Chaque conception de la confirmation peut trouver un fondement dans l'article 1338 C. civ. qui dispose dans son deuxième alinéa que la confirmation emporte renonciation au droit d'invoquer la nullité. Mais dans son premier alinéa, cet article et l'article 1339 C. civ. invoquent aussi de l'intention de réparer le vice qui affecte l'acte à annuler. L'emplacement de l'article 1338 C. civ. ne facilite pas les choses. Le législateur, au lieu de placer cet article dans le chapitre des nullités, l'a placé dans celui des preuves. Ce qui a poussé Josserand à voir là, un « vice de méthode évident »¹⁴⁵¹ de la part du législateur. Pour surmonter cet écueil, Gaudemet a tenté de distinguer l'acte confirmatif, c'est-à-dire l'*instrumentum probationis*, qui n'est qu'un mode de preuve régi par cet article, et la confirmation elle-même, qui est le *negotium juris*¹⁴⁵², dont les conditions de validité ne sont pas régies par cet article.

362 bis. Pour régler définitivement ce problème, le projet Catala propose de remplacer l'article 1338 par un nouvel article 1129-4 qui sera désormais inscrit dans le chapitre des nullités¹⁴⁵³. – Mais pour le moment, il est difficile de dire, de façon absolue, qu'une simple renonciation suffit à la confirmation ou s'il faut en plus une réparation. Pour être à l'abri d'une erreur, il est nécessaire de suivre les conseils de Drogoul, pour qui « La confirmation

¹⁴⁴⁹ Ainsi pour **Ghestin**, « Il paraît plus simple d'admettre que la confirmation *strito sensu* n'est qu'une renonciation au droit de critique. La régularisation, sans se confondre avec toute espèce de consolidation, trouve alors son domaine [...] en étant définie comme l'acte juridique apportant l'élément objectif ou subjectif, qui faisait défaut à l'acte initial. A la différence de la confirmation-renonciation, qui n'a d'effet qu'à l'encontre du renonçant [...] la régularisation a effet à l'égard de tous » (**J. Ghestin**, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 951).

¹⁴⁵⁰ Farjat cité par J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 949. ; Voir aussi : C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, op. cit., p. 540.

¹⁴⁵¹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, loc. cit., t2, p. 190.

¹⁴⁵² E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 172.

¹⁴⁵³ P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 96.

répugne à une **systématisation générale**»¹⁴⁵⁴. Cette incertitude apparaît jusque dans les conséquences de la confirmation.

B. Les divergences doctrinales sur les conséquences de l'acte de confirmation

Des divergences doctrinales apparaissent aussi au niveau des conséquences de l'acte de confirmation. Si ces conséquences sont limitées en ce qui concerne les personnes (I), elles le sont moins dans le temps (II).

I. Les conséquences de la confirmation et les personnes

363. **Même ceux, qui admettent la confirmation dans la nullité absolue, estiment que cette confirmation n'est pas opposable à tous, contrairement à la confirmation dans la nullité relative**¹⁴⁵⁵. – Cette position se retrouve aussi bien chez Gaudemet¹⁴⁵⁶ que chez Planiol, pour qui « [...] si l'action en nullité appartient à plusieurs personnes, chacune ne peut y renoncer qu'en ce qui la concerne »¹⁴⁵⁷. C'est au demeurant cette position que reprendra G. Couturier, dans sa théorie de la confirmation, en estimant que « la confirmation n'a donc d'effet direct qu'à l'égard du confirmant lui-même, elle n'affecte en rien la situation des autres titulaires du droit de critique. »¹⁴⁵⁸. Cette relativité de l'effet de la confirmation serait due au fait qu'elle est considérée, par ces auteurs, comme une simple renonciation, or une renonciation ne peut lier que son auteur.

¹⁴⁵⁴ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 255 ; **G. Couturier**, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 12.

¹⁴⁵⁵ C'est pour cela que Japiot a estimé qu'à « la nullité absolue correspondra plus particulièrement la confirmation relative [...] la nullité relative comporte plus naturellement une confirmation absolue » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 729, 784).

¹⁴⁵⁶ Pour **Gaudemet** « il peut y avoir confirmation dès lors qu'il y a droit de critique, même pour une nullité absolue. Mais il est bien entendu que la renonciation d'une personne ne peut éteindre que son propre droit de critique, non celui d'autrui. Donc, la confirmation d'un acte ne le fait échapper à la nullité d'une façon complète que si elle émane de tous les titulaires du droit de critique, en cas de nullité absolue. » (**E. Gaudemet**, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 170.)

¹⁴⁵⁷ **M. Planiol** et **G. Ripert**, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 386 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., p. 420.

¹⁴⁵⁸ **G. Couturier**, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 34.

364. **Cependant, dans certains cas, la confirmation peut lier d'autres personnes que son auteur.** – Ainsi si les parents confirment le mariage d'un mineur, pour lequel ils n'ont pas donné leur consentement, cette confirmation est opposable au mineur qui n'a pourtant pas renoncé à son action. Cependant, pour certains, on peut ne voir là que « [...] solutions particulières »¹⁴⁵⁹. Mais, en droit des sociétés aussi, si la nullité, pouvant être invoquée par plusieurs personnes, est confirmée, personne ne peut plus l'invoquer¹⁴⁶⁰. Il en est de même en cas de mariage polygamique, dont la nullité peut être invoquée par tous (article 184 C. civ.). Mais si ce mariage est régularisé, personne ne pourrait plus invoquer cette nullité, car la confirmation est non seulement absolue ici mais elle est aussi rétroactive¹⁴⁶¹.

II. Les conséquences de la confirmation dans le temps

365. **Quand on confirme un acte vicié, on ne conclut pas un nouveau contrat ; on consolide l'ancien.** – Les sûretés et les délais sont ceux de l'ancien contrat, à la différence de la novation (article 1278 C. civ.). Par conséquent, après « [...] la confirmation, le lien juridique qui unit les parties est créé, non par la confirmation elle-même, mais par le contrat confirmé, qui se trouve validé. Au contraire, en cas de réfaction du contrat, le lien de droit ne date que de la réfaction. »¹⁴⁶². Ainsi, pour Japet, si c'est le contrat original qui est maintenu, c'est parce que « la confirmation est un acte déclaratif [...] »¹⁴⁶³.

Cependant, contrairement à la confirmation, la réfaction n'est pas rétroactive¹⁴⁶⁴. Par conséquent elle est possible dans tous les types de nullité (article 1339 C. civ.). On peut la

¹⁴⁵⁹ *Idem*, p. 12.

¹⁴⁶⁰ Cf. *Infra*, n° 726 et s.

¹⁴⁶¹ Cf. *Infra*, n° 801.

¹⁴⁶² **E. Gaudemet**, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 171. **Contra** : Pour Drogoul, « la rétroactivité n'est donc pas une caractéristique de la confirmation. » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 252.). Pour Touiller aussi « [...] si les nullités absolues peuvent être ratifiées, leur ratification n'a point d'effet rétroactif. Elle ne tire sa force que de l'acte même de ratification [...] » (M. C.B.M. **Toullier**, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 666.)

¹⁴⁶³ R. Japet, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 742. ; C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, op. cit., p. 539.

¹⁴⁶⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 334. ; **E. Gaudemet**, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 175. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 414 ; **E. Hartemann**, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 301 ; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 246. ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 198.

rapprocher du procédé de la formation successive du contrat¹⁴⁶⁵. Le contrat ne se formant que le jour de la rencontre de l'offre et de l'acceptation, on peut assimiler la réfaction à la rencontre d'une nouvelle offre et d'une nouvelle acceptation. De même, certains ont estimé que la régularisation n'est pas rétroactive. Pour justifier une telle affirmation, ils ont estimé que si l'élément ajouté est objectif, comme une forme ou une autorisation, il ne peut s'agir que d'une réfaction mais pas d'une confirmation¹⁴⁶⁶. Ce qui est contredit dans la confirmation des effets de commerce et du contrat de société¹⁴⁶⁷.

366. Pour mieux expliciter cette affirmation, selon laquelle, la réparation du vice à une réfaction, il est nécessaire de l'extrapoler au cas d'un vice du contentement (qui n'est pas un vice objectif). – En cas de vice du consentement de l'acceptant, si on prétend, comme le soutiennent Hébraud et les autres tenants de la réparation, que la régularisation apporte un nouveau consentement, exempt de vice, alors la rencontre entre l'offre et l'acceptation n'a lieu que le jour de la régularisation¹⁴⁶⁸. C'est pour cette raison que Dupeyron a estimé qu'« une partie de la doctrine considère cependant que l'idée de réparation du vice conduit à une application du principe de la formation successive des contrats »¹⁴⁶⁹. Mais pour lui, la réparation du vice n'est pas une nouvelle formation du contrat, car elle rétroagit au jour du contrat initial¹⁴⁷⁰. Ce qui montre les difficultés de la régularisation dans le temps, surtout si on l'assimile à une simple réparation. Ce même temps pose d'autres problèmes, dans la théorie des nullités, liés à la durée de l'action en nullité. Pour régler ces problèmes, il est nécessaire d'étudier la prescription maintenant.

Sous-section 2. La disparition de l'action en nullité par la prescription

367. Un droit que l'on n'exerce pas depuis un certain temps cesse d'être efficace ; on ne peut plus s'en prévaloir. – En réalité la prescription n'atteint pas le droit lui-même, mais l'action qui permet de réaliser ce droit. Par exemple, lorsque l'on paie volontairement une

¹⁴⁶⁵ Ainsi, Drogoul s'est demandé si les contrats se forment « [...] toujours par une offre suivie d'une acceptation, c'est-à-dire par deux manifestations de volonté successives ? Pourquoi donc faire du contrat nouveau et du contrat confirmé deux termes extrêmes et inconciliables ? » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 238).

¹⁴⁶⁶ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, op. cit., p. 540.

¹⁴⁶⁷ Cf. *Supra et infra*, n° 360, 726 et s.

¹⁴⁶⁸ Cf. *Supra*, n° 360.

¹⁴⁶⁹ Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. 26.

¹⁴⁷⁰ *Idem*

dette prescrite, on ne peut plus répéter cette somme¹⁴⁷¹. Ce qui prouve que la prescription n'a pas touché à la dette, mais à l'action qui permettait d'imposer le paiement de cette dernière. La même situation se rencontre dans l'étude des nullités aussi. Dans ce domaine, la prescription permet d'éteindre l'action en nullité mais sans mettre en cause la nullité elle-même. Une nullité dont l'action est prescrite peut être invoquée, perpétuellement, par voie d'exception. Ce qui prouve que c'est l'action qui se prescrit, pas la nullité¹⁴⁷².

Cette prescription de l'action en nullité était connue depuis le droit romain. Dans ce droit, si la nullité était de droit, elle était imprescriptible, car il n'y avait pas d'action en nullité dans ce cas¹⁴⁷³. Les autres formes d'annulabilité étaient soumises à des prescriptions spécifiques. Ainsi l'action *metus causa* pouvait durer un an¹⁴⁷⁴ ; l'*actio redhitoria*, six mois¹⁴⁷⁵. Cependant, pour les contrats de bonne foi, ce délai pouvait aller jusqu'à trente ans si on exerçait l'action du contrat, par exemple, l'action *empti* pour la vente¹⁴⁷⁶. A l'époque de *Justinien*, la nullité de droit pouvait toujours être invoquée perpétuellement¹⁴⁷⁷, mais pour la *restitutio in integrum*, le délai passe de un an à quatre ans¹⁴⁷⁸.

368. Au moyen-âge, on a appliqué, d'abord, le droit d'avant Justinien. – La durée de l'action en nullité était de un an et un jour chez P. de Fontaine¹⁴⁷⁹. Après la redécouverte des compilations de *Justinien*, on a appliqué les quatre ans. Cependant, la prescription de quatre ans, à laquelle le Droit romain avait soumis la *restitutio in integrum*, était tombée en

¹⁴⁷¹ Selon l'article **1235 C. civ.**, « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées » La Cour de cassation s'est fondée sur cette disposition, pour dire qu'une dette prescrite, acquittée ne peut pas être répétée (Req. 17 janv. 1938 : DP 1940. 1. 57, note Chevallier.). Ce principe a été consacré en 2008, dans l'article **2249 C. civ.**

¹⁴⁷² Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris II : th doc, 1983, p. 150.

¹⁴⁷³ C. Mortet, Étude sur la **nullité** des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil, op. cit., p. 8 ; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p.81.

¹⁴⁷⁴ M. C.B.M. **Toullier**, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 706.

¹⁴⁷⁵ Ph. **Bourgeon**, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 132.

¹⁴⁷⁶ *Idem*.

¹⁴⁷⁷ Ainsi pour Mortet, « ce fut la réforme législative de Justinien qui effaça la distinction de la nullité civile et de la nullité prétorienne. » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 60).

¹⁴⁷⁸ C. J. 2, 53, 7.

¹⁴⁷⁹ P. de Fontaine, *Conseil*, ch. XV, p 141 ; Th. **Huc**, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome VIII, p. 238.

désuétude pendant la période coutumière ; elle a été remplacée par la prescription trentenaire commune à toutes les actions¹⁴⁸⁰

369. Aux XIV^{ème} et XV^{ème} siècles, c'est donc ce délai porté à trente ans qui était appliqué¹⁴⁸¹. – Toutefois, les nullités absolues elles, elles faisaient exception à ce principe, car elles étaient imprescriptibles¹⁴⁸². C'est que l'on peut lire dans les travaux de Guyot et de Denisart¹⁴⁸³. C'était la position de Dunod aussi, dont les travaux étaient consacrés exclusivement à la prescription¹⁴⁸⁴.

D'après le recueil des ordonnances il a fallu attendre l'ordonnance de Lyon, prise par Louis XII en 1510¹⁴⁸⁵, pour que ce délai soit porté à dix ans pour les nullités d'intérêt privé. Dans l'article 46 de cette ordonnance, il est dit que dix ans après le vice, on ne peut pas invoquer la nullité des actes si cette nullité était fondée « [...] sur le dol, fraude, circonvention, crainte, violence, déception d'outre moitié du juste prix [...] »¹⁴⁸⁶. Principe qui sera repris par François 1^{er} dans son ordonnance de 1535¹⁴⁸⁷. L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 est venue fixer le point de départ de ce délai, dans son article 134, à la majorité¹⁴⁸⁸. Selon cet article, après « [...] l'âge de trente-cinq ans [donc dix ans après la majorité dans plusieurs ressorts qui fixaient la majorité à 25 ans]...ne se pourra pour le regard du privilège [...] de minorité, plus [...] poursuivre la cassation des contrats par restitution autrement, soit par voie de nullité pour aliénation de biens immeubles sans décret»¹⁴⁸⁹. Ce sont ces règles, posées dans l'article 134 l'ordonnance de Villers-Cotterêts, qui passent dans l'article 1304 C. civ. en

¹⁴⁸⁰ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 139.

¹⁴⁸¹ Th. **Huc**, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome VIII, p. 238.

¹⁴⁸² M. C.B.M. **Toullier**, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 705, 706; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 45.

¹⁴⁸³ J. B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, tome 2, p. 333 ; M. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile*, tome 42, p. 475.

¹⁴⁸⁴ Dunod, *Traité des prescriptions*, pp. 47 et 49.

¹⁴⁸⁵ Pierre Guenois, *Recueil des ordonnances royales*, op. cit., p.597 ; G. Lutzescu, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 379 ; C. **Bufnoir**, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 667; M. C.B.M. **Toullier**, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 707.

¹⁴⁸⁶ D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 74.

¹⁴⁸⁷ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 139.

¹⁴⁸⁸ Pierre Guenois, *Recueil des ordonnances royales*, op. cit., p.597; E. **Hartemann**, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 138.

¹⁴⁸⁹ D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 74.

1804. Cet article fixait le délai de l'action en nullité à dix ans¹⁴⁹⁰. Il a fallu attendre la réforme du 3 janvier 1968 pour que ce délai passe à cinq ans.

370. Mais cet article 1304 C. civ. vise-t-il toutes les actions en nullité ou certaines d'entre elles ? – Le législateur n'a pas clairement répondu à cette question. L'article 192 du projet de Code civil, adressé au Tribunal de cassation, disposait que l'action en nullité durait trente ans, et l'action en restitution dix ans¹⁴⁹¹. Ce qui laisse entendre que ce sont les nullités relatives qui étaient soumises à l'article 1304, qui fixait le délai à dix ans ; les autres nullités étant soumises à l'article 2262 C. civ. anc. (devenu l'article 2224 C. civ., en 2008), qui régit toutes les prescriptions en cas de silence de la loi¹⁴⁹². Cependant, Touiller ne partage pas cette position. Pour lui, « le code ne distingue point si la nullité est absolue ou relative [...] il en fixe pour tous les cas la durée de dix ans »¹⁴⁹³. C'est d'ailleurs cette incertitude qui va pousser la doctrine à préciser le champ de l'article 1304 C. civ. (§ 1). Mais pour atteindre cet objectif, il a fallu donner un fondement à cet article, pour expliquer pourquoi certaines nullités lui sont soumises ou pas (§ 2).

§ 1. La délimitation du champ de l'article 1304 chez les auteurs après le Code civil

371. Avant la réforme de 2008, les nullités relatives étaient soumises aux cinq ans de l'article 1304 C. civ. et les nullités absolues à la prescription de trente ans. – Après cette réforme, l'intérêt de préciser le champ de l'article 1304 est très réduit. En effet, comme la nullité relative, la nullité absolue aussi est soumise, maintenant, à la prescription de cinq ans, comme cela se passe dans le droit belge où la nullité relative et la nullité absolue sont soumises aux mêmes prescriptions¹⁴⁹⁴. Cependant, cet intérêt n'a pas totalement disparu, car, paradoxalement, la prescription de la nullité relative est devenue plus longue que celle de la

¹⁴⁹⁰ M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 396.

¹⁴⁹¹ Cité par E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 246.

¹⁴⁹² Ainsi dans le projet de l'an VIII, l'article CXCI disposait que « l'action tendant à faire déclarer nul un contrat, dure trente ans, excepté dans le cas où la loi restreint certaines actions à un terme moindre. » Quant à l'article CXCV, il soumettait clairement l'action en restitution à un autre délai, en estimant que « l'action en restitution ne dure que dix ans... » Cette action en restitution ne visait que les contrats viciés par une cause de nullité relative, car selon l'article CXCV, « l'erreur, la violence et le dol ne donnent lieu qu'à une simple action en restitution » (Projet de Code civil du 24 thermidor an VIII, loc. cit., p. 254).

¹⁴⁹³ M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 708.

¹⁴⁹⁴ P. Wery, « Nullité, inexistence et réputé non écrit », in *La nullité des contrats*, op. cit., p. 71.

nullité absolue, du fait des points de départ des différents des délais dans les deux nullités¹⁴⁹⁵. Ce qui peut expliquer l'intérêt d'une étude de la position des auteurs dits classiques (A) ou modernes (B) quant à la délimitation du champ de cet article.

A. La délimitation de l'article 1304 dans la théorie classique

L'exclusion des actes inexistants du champ de l'article 1304 par les classiques (I) n'est pas au-dessus de toute critique (II).

I. L'exclusion des actes inexistants du champ de l'article 1304 C. civ.

Si les auteurs classiques ont exclu les actes inexistants du champ de l'article 1304 C. civ. (1), c'est parce qu'ils avaient des raisons sérieuses (2).

1. Les manifestations de cette exclusion

372. La prescription est définie dans le Lexique juridique comme une « consolidation d'une situation juridique par l'écoulement d'un délai. »¹⁴⁹⁶. – Cette définition montre clairement que la prescription ne crée pas une situation juridique, mais consolide une situation préexistante. Si cette situation juridique ne préexiste pas, la prescription ne peut pas partir de rien pour consolider le néant. Aussi, les classiques ont-ils estimé que l'action, contre l'acte inexistant, n'est pas soumise à l'article 1304 C. civ. En effet, pour Zachariae, l'article 1304 n'est pas applicable aux cas « [...] dans lesquels le contrat lui-même fait défaut [...] »¹⁴⁹⁷. On

¹⁴⁹⁵ Car pour F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Il se pourrait d'ailleurs que le délai de prescription de l'action en nullité absolue soit, en pratique, plus court que celui de l'action en nullité relative. » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., p. 425).

¹⁴⁹⁶ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 409.

¹⁴⁹⁷ K. Zachariae, *Droit civil français* annoté par G. Massé et Ch. Vergé, op. cit., tome II, p. 477. ; Pour Simon aussi, l'article 1304 n'est pas applicable au fou (H. Simon, *Du Compromis. Droit français de la Prescription des actions en nullité ou en rescision*, op. cit., p. 131) ; Pour Marcadé, en parlant de l'article 1304, il a estimé que « L'article ne s'applique donc pas aux conventions qui se trouvent n'être qu'un fait sans existence juridique... » (V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, op. cit., tome III, p. 146).

aurait pu croire que si l'action contre un acte inexistant n'est pas soumise à l'article 1304 C. civ., elle serait soumise à l'article 2262 C. civ. anc. qui était le droit commun avant 2008. Cependant, pour les classiques, l'inexistence échappe à l'article 1304 comme à toutes les formes de prescription, parce que « [...] ce qui n'existe pas ne peut en aucun temps produire d'effets juridiques [...] ne s'efface donc pas par prescription [...] »¹⁴⁹⁸.

372 bis. Mais Beudant ne partage pas cette idée. – Pour lui, si les actions contre les actes inexistants ne sont pas soumises à l'article 1304 C. civ., elles sont soumises à l'article 2262 C. civ. anc. Même s'il s'agit d'un acte inexistant, « [...] au bout de trente ans, il ne peut plus être question de la convention, soit pour la faire exécuter soit pour la faire annuler [...] »¹⁴⁹⁹. Ce que ne partagent pas les autres classiques, pour qui, l'action contre les actes inexistants est imprescriptible. Pour ces auteurs, la prescription ne peut être admise que pour les actions visant à demander la nullité d'un contrat annulable. En cas d'annulabilité, on a affaire, non au néant, mais à un acte juridique vicié. Cet acte crée une situation juridique que la prescription de l'article 1304 peut consolider¹⁵⁰⁰. Cette idée était au demeurant partagée par tous les auteurs classiques¹⁵⁰¹. En effet, comme ils considèrent que l'article 1304 était une confirmation, il était logique que seuls les actes, susceptibles d'être confirmés, lui soient soumis¹⁵⁰². Mais dans la délimitation du champ de l'article 1304, les auteurs classiques ont

¹⁴⁹⁸ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p.159. : Ainsi pour Mortet, « [...] ce qui n'existe pas ne peut en aucun temps produire d'effets juridiques [...] ne s'efface donc pas par prescription [...] » ; Voir aussi : Marcadé aussi est allé dans le même sens, en estimant que l'article 1304 « [...] ne s'applique donc pas aux conventions qui se trouvent n'être qu'un fait sans existence juridique[...] » (V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, op. cit., tome III, p. 146 ; voir aussi H. Simon, *Du Compromis. Droit français de la Prescription des actions en nullité ou en rescision*, op. cit., p. 131.

¹⁴⁹⁹ Ainsi pour Beudant, « quand il s'agit d'une nullité proprement dite, théoriquement, il n'est pas nécessaire qu'elle soit invoquée en justice ; à quelque époque que la convention soit invoquée, la nullité peut être opposée. Cependant, cet effet absolu et perpétuel des nullités comporte une limite. **Elle résulte de l'article 2262 [...]** » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op.cit., t8, pp. 202, 204).

¹⁵⁰⁰ Ainsi pour Hartemann, « l'annulabilité se prescrit en elle-même, parce qu'en principe une prescription éteint l'action en annulation » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 310).

¹⁵⁰¹ Car pour Hartemann, « l'annulabilité se prescrit en elle-même, parce qu'en principe une prescription éteint l'action en annulation » (*Idem*). Pour Larombière aussi, « les seules actions en nullité ou en rescision dont s'occupe l'article 1304 sont donc celles qui sont fondées sur le vice de consentement ou d'incapacité » (M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, op. cit., tome V, p. 357). Quant à Aubry et Rau, pour eux, « Pour la saine application de cet article, il faut, avant tout, distinguer les actes simplement sujets à annulation ou à rescision, de ceux qui sont à considérer comme non avenus. La prescription de dix ans ne s'applique qu'aux actes de la première espèce [...] » (C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 271 ; voir aussi J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 278. ; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 201 ; Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome VIII, p. 244).

¹⁵⁰² *Idem*

fait appel aussi à d'autre justification que l'assimilation de l'article 1304 à une confirmation tacite.

2. Les raisons de l'exclusion des actes inexistants du champ de l'article 1304

Pour justifier l'exclusion des actes inexistants du champ de l'article 1304, les auteurs classiques ont fait appel à des justifications rationnelles (a) et juridiques, comme pour la confirmation (b).

a. La justification rationnelle de l'imprescriptibilité de l'action contre les actes inexistants

373. Pour justifier l'impossibilité de prescrire l'action en nullité contre les actes inexistants, les classiques ont fait appel à la logique. – Cette logique a été d'abord mathématique. En mathématique, même le plus grand chiffre de l'univers multiplié par zéro, donnera toujours zéro, car du néant rien ne peut naître. C'est à cette même logique que les classiques ont recours pour dire qu'aussi longtemps que dure le temps, il ne peut pas faire que ce qui n'existe pas existe. Pour appliquer ce principe, Bourgeon a d'abord parlé d'un « droit rationnel [...] pour les actes inexistants [...] »¹⁵⁰³. Pour lui, si on applique ce droit aux actes inexistants, « le temps ne peut rien sur le néant [...] il ne peut non plus lui faire produire effet, car il est impuissant à lui donner de l'existence. L'acte aujourd'hui inexistant restera donc à jamais inexistant [...] car si le néant parvenait à l'existence par le seul fait du temps, la raison nous dit qu'il n'y aurait plus de néant »¹⁵⁰⁴. On retrouve la même position chez Pize et chez Laurent aussi¹⁵⁰⁵.

D'autres, recourent également à la logique biologique, pour justifier l'impossibilité d'appliquer l'article 1304 C. civ. à l'action contre les actes inexistants. Le temps ne peut pas

¹⁵⁰³ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 284.

¹⁵⁰⁴ *Idem*, p. 284.

¹⁵⁰⁵ Ainsi, pour Pize, « le contrat inexistant aujourd'hui restera à jamais inexistant, quel que soit le laps de temps qui s'écoule. Le néant ne peut, en effet, par le seul fait de l'expiration d'un délai quelconque, devenir quelque chose. » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 290). Quant à Laurent, « [...] le néant reste toujours néant » (F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 2, op. cit., n° 269).

ressusciter les morts¹⁵⁰⁶. Or pour les classiques, les actes inexistants sont des actes morts nés. D'autres enfin, en plus de cette justification rationnelle, on fait appel à des justifications purement juridiques.

b. Les justifications juridiques de l'imprescriptibilité de l'action contre les actes inexistants

Pour justifier juridiquement l'imprescriptibilité de l'inexistence, certains auteurs ont invoqué l'absence d'action contre ces actes (i) d'autres ont invoqué la nature de l'action contre ces actes (ii).

i. Une exclusion justifiée par l'absence d'action

374. **Le principe selon lequel, c'est l'action qui se prescrit et pas le droit, est posé dans l'article 2262 C. civ. anc. devenu art 2224 C. civ.**¹⁵⁰⁷ – Cet article précise que toutes les actions se prescrivent par trente ans (cinq ans depuis 2008). Même l'article 1304 C. civ. ne parle pas de la prescription de la nullité, mais celle de l'action en nullité. Par conséquent, une action qui n'existe pas ne peut pas se prescrire. Or, les actes inexistants ne créent pas d'action en nullité, selon les classiques¹⁵⁰⁸. Cette idée apparaissait déjà lors des débats qui ont précédé l'adoption du Code civil. Ainsi, dans son rapport présenté à la séance du 13 pluviôse an XII au Tribunal, le tribun Jaubert expliquait qu'il « [...] était impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés de contrat, et qui ne **produisent aucune action** [...] »¹⁵⁰⁹ et les actes rescindables. Cette idée a été reprise par Bourgeon, pour qui « [...] il n'y a pas lieu pour les actes inexistants de recours à l'action en nullité »¹⁵¹⁰.

375. **Donc, comme l'acte inexistant ne produit pas d'action en nullité, il n'y a pas de prescription possible.** – En effet, c'est l'action qui se prescrit et pas le droit. Aussi, Demolombe a-t-il estimé que comme « la loi n'a pas dû ou plutôt encore pas pu organiser une action d'elle-même impossible [...] donc toute personne, **en tout temps** est fondée à

¹⁵⁰⁶ Ainsi Bourgeon s'est demandé si « Le temps qui guérit tout, ne guérirait-il pas aussi les actes juridiques [...] » (Ph. **Bourgeon**, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 285).

¹⁵⁰⁷ En ce sens *Cf.* article 122 CPC ; *Contra* : Toutefois l'article 2219 C. civ lui, il parle de la disparition du droit.

¹⁵⁰⁸ *Cf. Supra*, n° 260.

¹⁵⁰⁹ Dans la page précédente, il avait affirmé que « la cause illicite [...] vicierait tellement la convention qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable » (*Cf. annexe, Doc N° V*).

¹⁵¹⁰ Ph. **Bourgeon**, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 284.

repousser [...] les effets de ce prétendu mariage (inexistant), sans qu'on puisse lui opposer [...] la prescription [...] »¹⁵¹¹. Position que l'on retrouve chez Aubry et Rau¹⁵¹². Quant à Bufnoir, il a estimé qu'il « [...] ne faut pas parler de prescription contre une action en nullité qui n'existe pas »¹⁵¹³. Cependant, d'autres auteurs parviennent au même résultat sans pour autant faire appel à l'absence d'action en nullité, pour justifier l'imprescriptibilité, mais à la nature de cette action.

ii. Une exclusion justifiée par la nature de l'action

376. L'inexistence est un fait qui s'impose à tous indépendamment de toute décision de justice. – Mais, il peut arriver qu'une action en justice soit nécessaire pour constater cette inexistence¹⁵¹⁴. Une telle action est-elle soumise à la prescription des articles 1304 ou 2262 C. civ. anc. ? Pour Sophie Gaudemet, « le droit constitué et qui ne nécessite pas d'exercice [...] pour être réalisé ne devrait en principe être objet d'aucune prescription extinctive »¹⁵¹⁵. Appliqué à la clause réputée non écrite, ce principe implique que cette clause est inefficace avant l'intervention du juge ; ce dernier ne faisant que constater cette inefficacité ; il ne la crée pas. C'est pour cette raison que « La clause réputée non écrite est privée de valeur obligatoire dès son insertion dans le contrat [...] L'écoulement du temps ne saurait effacer cet état du droit »¹⁵¹⁶. Les tenants de l'inexistence utilisaient déjà le même argument pour les actions en constatation de l'inexistence¹⁵¹⁷.

377. Mais pourquoi cette action ne serait-elle pas soumise à l'article 2262 C. civ. anc. ? – La prescription étant, selon l'article 2219 C. civ. anc., un moyen d'acquiescer ou de se libérer par un certain laps de temps, on peut estimer que cette action, tendant à déclarer

¹⁵¹¹ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 370.

¹⁵¹² C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op.cit., T 1, p. 119.

¹⁵¹³ **C. Bufnoir**, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 659.; Quant à Beudant, pour lui « [...] du moment que la convention ne se forme pas, il n'y a pas besoin de l'attaquer ; s'il n'y a pas lieu à l'action en nullité, il n'y a pas place pour la prescription » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 201.). Pour Pize aussi « s'il n'y a pas de voie de droit spéciale contre de tels contrats, le temps n'y peut donc apporter un terme [...] Là où il n'y a pas d'action, il ne saurait y avoir de prescription » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 290).; Quant à Bourgeon pour lui, « s'il n'y a pas d'action en nullité, comment pourrait-on décider que cette action s'éteint par trente ans ? » (Ph. **Bourgeon**, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 290).

¹⁵¹⁴ Cf. *Supra*, n° 263.

¹⁵¹⁵ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, op. cit., p. 129.

¹⁵¹⁶ *Idem*, n° 231.

¹⁵¹⁷ Ainsi pour **Hartemann**, « L'inexistence ne se prescrit pas en elle-même ; mais chacune des actions par lesquelles on peut arriver à la déclaration d'inexistence suit ses règles propres de prescription » (E. **Hartemann**, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 310).

l'inexistence, ne rentre pas dans les prévisions de cet article¹⁵¹⁸. Or, les articles 1304 et 2262. anc. ne viseraient que les cas prévus dans l'article 2219 C. civ. anc. qui ne concernent pas l'action en déclaration de l'inexistence. Au demeurant, l'idée, qui veut que toutes les actions ne soient pas soumises à l'article 2262 C. civ. anc., n'est pas si iconoclaste. L'action en revendication n'est pas soumise à cet article¹⁵¹⁹. Donc, il est tout à fait possible de soutenir que l'action en déclaration d'inexistence aussi, contrairement à l'action en nullité, ne rentrant pas dans les prévisions de l'article 2219 C. civ. anc., elle n'est pas soumise aux articles 1304 et 2262 C. civ. anc. En conséquence, selon la doctrine, cette action échappe à la prescription, parce qu'elle ne demande pas au juge de créer la nullité, mais de la déclarer¹⁵²⁰.

Cependant, on sait que cette distinction entre l'action en nullité et l'action en déclaration de nullité ne fait pas l'unanimité en doctrine. Une bonne partie des auteurs, y compris O. Gout¹⁵²¹, à juste titre d'ailleurs, continue de soutenir que ces deux actions sont identiques. Si ces deux actions sont semblables, on peut se demander pourquoi l'action en nullité n'échapperait pas elle aussi à la prescription de l'article 2262 anc. ou de l'article 1304. Or dans le droit positif, l'action en nullité, même absolue, est soumise à la prescription¹⁵²². Donc, une action, qui cherche à déclarer la nullité, ne devrait pas échapper à ces articles, contrairement à ce que soutiennent les classiques. D'où la nécessité d'abandonner l'idée de l'imprescriptibilité de l'action contre un acte inexistant, car cette idée connaît des limites.

II. Les limites de l'exclusion des actes inexistants du champ de l'article 1304 C. civ.

378. Malgré les justifications apportées par la doctrine, aucun article ne pose le principe de l'imprescriptibilité de l'action contre les actes inexistants. – Certains ont fait appel à l'article 2267 C. civ. anc. (devenu article 2273 C. civ. depuis 2008). Cet article dispose que « Le titre nul par défaut de forme, ne peut servir de base à la prescription de dix et

¹⁵¹⁸ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, op. cit., p. 129.

¹⁵¹⁹ *Idem*, p.130 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 2 uin 1993; Bull. Cv. I, n°197.

¹⁵²⁰ Ainsi pour O. Gout, « le but de cette action [en constatation de l'inexistence], contrairement à l'action en nullité n'est pas en effet d'obtenir l'anéantissement du contrat mais plus modestement de faire constater une irrégularité préexistante» (O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., p. 66).

¹⁵²¹ Ainsi pour O. Gout, « il faut bannir une telle distinction. Que l'on soit dans le cadre d'une nullité, il faut bien admettre que je juge fait le même examen des faits [...] » (O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., p. 75).

¹⁵²² Civ. 1^{ère}, 1^{er} avr. 2003 : D. 2003. AJ. 1229, obs. Rondey.

vingt ans ». Pour Pize, c'est la preuve que « le titre nul [...] lisez : inexistant [...] pour défaut de forme dit l'article 2267, ne peut servir de base à la prescription [...] »¹⁵²³. Toutefois, cet article ne pose pas ce principe ; il permet tout simplement de dire si l'*usucapion* sera longue ou courte. Prétendre que cet article justifie l'imprescriptibilité de l'action contre les actes inexistants, pour défaut de forme, voudrait dire que l'article 2262 C. civ. anc. pourrait s'appliquer, car cet article n'exclut pas la prescription trentenaire, même si le titre nul est nul pour défaut de forme dans l'article 2272 C. civ. nouv. Cet article n'exclut que la prescription de dix à vingt ans (dix ans depuis 2008). Il ne peut donc pas justifier l'imprescriptibilité des actions contre les actes inexistants.

Ainsi, en cas de vente de la chose d'autrui, la vente est inexistante, pour absence d'objet, selon la logique des classiques. Mais la nullité de cette vente est soumise au délai de l'article 1304 C. civ..¹⁵²⁴. Pour la donation, faite à une congrégation qui n'existe pas, l'action contre elle est prescriptible selon la jurisprudence¹⁵²⁵. L'acte d'un dément est considéré également, par les classiques, comme inexistant pour défaut de consentement¹⁵²⁶. Or, malgré cette inexistence, l'article 414-2 C. civ. soutient qu'en pareil cas, cette « ...action en nullité s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 1304 C. civ. »¹⁵²⁷. Ainsi, alors même que l'acte est inexistant, dans tous ces cas, selon les critères des classiques, l'action contre lui est soumise à l'article 1304 C. civ. Ce qui démontre la pertinence de la première hypothèse de ce travail qui soutient que les distinctions des nullités, issues de la théorie classique, ne coïncident pas avec le régime de nullité prévu par le droit positif.

379. Cependant, dans certains cas, il peut paraître nécessaire de reconnaître que l'action en nullité pourrait être imprescriptible. – Ainsi, comme l'a montré Japet, « si, malgré la suppression de l'esclavage, on vend un individu comme esclave, l'acquéreur qui le possède comme tel ne pourra pas par le laps de temps, en devenir propriétaire »¹⁵²⁸. Il en est

¹⁵²³ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 202.

¹⁵²⁴ Cf. *Supra*, n° 280.

¹⁵²⁵ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 363.

¹⁵²⁶ Cf. *Supra*, n° 91.

¹⁵²⁷ Certes cet article n'est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 2009, mais il ne fait que reprendre ce qui était dit implicitement dans les articles 1304 et 502 et s de la version originale du Code civil de 1804. Ce qui prouve que le principe qu'il pose existait déjà à l'époque des classiques. (Code civil des français, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806).

¹⁵²⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 866.

de même si on vend une portion du domaine public, l'action contre cette vente serait imprescriptible, car le domaine public est imprescriptible¹⁵²⁹.

C'est dans un arrêt du 30 décembre 1902 que la chambre des requêtes a pris en compte cette nécessité de reconnaître, dans certains cas extrêmes, l'imprescriptibilité¹⁵³⁰. Cet arrêt a été accueilli comme la première consécration de l'inexistence dans le droit positif. Cette position a été réitérée par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 juin 1986¹⁵³¹. Il s'agissait d'une donation qui n'avait pas été acceptée. La Cour avait estimé qu'« il ne pouvait y avoir de prescription de l'action en nullité d'un acte auquel faisait défaut l'un de ses éléments essentiels »¹⁵³².

Mais malgré ces admissions exceptionnelles de l'imprescriptibilité, plusieurs auteurs modernes soutiennent que toutes les actions en nullité sont prescriptibles, car, pour eux, si la Cour recourt à l'imprescriptibilité, c'est pour dire que l'article 1304 n'est pas applicable, non pour juger que l'action est imprescriptible¹⁵³³. D'où, d'ailleurs, la nécessité d'étudier cette position maintenant.

B. La délimitation de l'article 1304 C. civ. dans la théorie moderne

Si la position de Japiot sur le champ de l'article 1304 C. civ. est incohérente (I), il n'en reste pas moins vrai que les autres auteurs modernes ont cherché à bien délimiter les contours de cet article (II).

¹⁵²⁹ Les articles L. 622-13 et L. 622-17 du Code du patrimoine semblent d'ailleurs confirmer la position de Japiot (*Idem*, p. 864). **Quant à Planiol et Ripert**, pour eux, dans « [...] les sociétés à objet illicite, l'action en nullité dure aussi longtemps que l'exécution du contrat, qui la fait renaître sans cesse » (**M. Planiol et G. Ripert**, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 394).; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 317.

¹⁵³⁰ Req., 30 décembre 1902, S 1903. 1. 257, note Tissier.

¹⁵³¹ **Civ. 1^{ère}**, 10 juin 1986, Bull. civ., I, n° 159, p. 159.

¹⁵³² **J. Ghestin**, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 996. D'ailleurs la Cour de cassation est revenue sur cette position, en estimant que toutes les actions en nullité sont prescriptibles (**Civ. 1^{ère}**, 1^{er} avr. 2003 : D. 2003. AJ. 1229, obs. Rondey).

¹⁵³³ **Civ.**, 16 novembre 1932, *D. H.* 1933. 1. 4.

I. Les ambiguïtés de Japiot sur le champ de l'article 1304 C. civ.

C'est parce que la théorie de nullités, proposée par Japiot, est incompatible avec l'article 1304 C. civ. (1) que ses tentatives pour intégrer cet article, dans sa théorie, sont devenues infructueuses (2).

1. L'incompatibilité de la théorie de Japiot avec l'article 1304 C. civ.

380. **En droit, c'est l'action qui se prescrit et pas le droit.** – C'est pour cette raison que la prescription n'est pas rangée parmi les défenses au fond de l'article 71 CPC, mais parmi les fins de non-recevoir de l'article 122 CPC. Quant à l'article 1304 C. civ., il évoque la prescription de l'action et pas de la nullité. Or, dans la théorie proposée par Japiot, il n'y a pas d'action en nullité¹⁵³⁴. D'où la question de savoir quel est le champ de l'article 1304 C. civ. dans cette théorie.

Pour intégrer cet article dans sa théorie de droit de critique, qui assimile l'action et le droit substantiel, Japiot a mis en cause l'idée selon laquelle c'est l'action qui se prescrit et pas la nullité en estimant que « [...] la théorie classique nous paraît prendre la cause pour l'effet lorsqu'elle considère que, toute **action étant prescriptible**, l'existence d'une action engendre la prescriptibilité de la nullité ; il est plus rationnel et plus conforme aux réalités pratiques de dire, au contraire, que si l'action doit être intentée c'est parce que **la nullité est déclarée prescriptible** par la loi et qu'il y a lieu de prévenir l'accomplissement de cette prescription : c'est donc la menace d'une prescription qui engendre la nécessité de l'action »¹⁵³⁵. Cette position, soutenant que c'est la nullité qui est soumise à la prescription et non l'action en nullité, contredit certains principes fondamentaux du droit civil et de la procédure civile. Pour justifier cette innovation, Japiot a proposé des explications qui sont contestables.

¹⁵³⁴ Cf. *Supra*, n° 267.

¹⁵³⁵ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 506.

2. Les tentatives infructueuses de Japiot pour intégrer l'article 1304

381. Puisque, d'après Japiot, ce n'est pas l'action en nullité qui se prescrit mais la nullité, il est nécessaire que les parties prennent position sur cette nullité avant qu'elle ne disparaisse. – Cette prise de position se ferait par une action en justice. C'est cette action qui soumise à l'article 1304, car « quoique nous ayons rejeté en principe la conception classique de l'action nommée en nullité, nous lui avons reconnu une certaine valeur en ce sens que l'action en justice, envisagée comme une forme solennelle de la **déclaration d'option** pour la nullité, peut seule donner à cette déclaration, sa valeur entière et définitive : cette action qui tend à faire établir, d'une manière définitive, que l'option est faite dans le sens de la nullité, **c'est elle seule que vise l'article 1304 [...]**»¹⁵³⁶.

Dans ce cas, si la prescription de l'article 1304 ne vise que la déclaration d'option, quelle est la conséquence de son écoulement? Japiot ne donne pas de réponse convaincante à cette question. Pour lui, il n'y a pas d'action en nullité ; l'action ne devant viser que les conséquences de l'acte et non l'acte lui-même¹⁵³⁷. Ainsi cette action peut être une action en revendication ou une action en répétition de l'indu¹⁵³⁸. Donc, si un acte nul, d'une nullité relative, a dépassé cinq ans (dix ans à l'époque de Japiot) après le point de départ de ce délai, l'action serait toujours possible. En effet, cette action, étant une action en revendication qui est imprescriptible¹⁵³⁹ ou une action en répétition de l'indu qui elle est soumise à la prescription de trente ans¹⁵⁴⁰ (cinq ans depuis 2008), elle peut dépasser les cinq ans prévus par l'article 1304 C. civ., car on pourrait agir ici perpétuellement dans certains cas.

382. On aurait pu croire que l'écoulement du délai de cet article aurait empêché l'action en revendication, car Japiot admet ici une action, qui vise à déclarer l'option de nullité, soumise à la prescription de l'article 1304. – Mais Japiot rejette une telle possibilité, en estimant qu'il « [...] **n'y a pas d'action en nullité**, mais seulement les actions de droit commun [revendication], directement ouvertes ; il est inexact de dire qu'avant

¹⁵³⁶ *Idem*, p. 842.

¹⁵³⁷ Cf. *Supra*, n° 267.

¹⁵³⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière juridique essai d'une théorie nouvelle*, loc. cit., p.399.

¹⁵³⁹ **Civ. 1^{ère}**, 2 uin 1993: Bull. Civ. I, n°197: Cet arrêt a connu une consécration législative dans l'article 2227 civ.

¹⁵⁴⁰ **Com.** 1er mars 1994: Bull. Civ. IV, n°89. Toutefois, la Cour de cassation a, dans une affaire du 24 sept 2002, estimé que l'action visant à obtenir la restitution du prix versé après l'annulation d'une vente n'est pas soumise à la prescription de l'action en répétition de l'indu, mais à la prescription de l'article 1304 C. civ. (**Civ. 1^{ère}**, 24 sept. 2002 : Bull. Civ. I, n° 218)

d'intenter ces actions, avant même de les posséder, l'intéressé doit d'abord faire tomber l'acte, intenter une action préalable en nullité. Il n'y a pas une action en nullité, **elle ne se prescrit pas**. Les actions de droit commun s'intentent directement, **elles ne peuvent se prescrire qu'en elles-mêmes**, depuis le jour de l'exécution, **sans qu'on puisse leur opposer, comme une sorte de question préalable, l'extinction d'une action à laquelle elles seraient subordonnées** »¹⁵⁴¹.

Alors, si l'écoulement de la prescription de l'article 1304 C. civ. n'empêche pas d'agir, quel est donc son intérêt ? Japiot ne donne aucune réponse à cette question. Aussi, Gaudemer n'a pas partagé cette position. En effet, pour lui, il y a une action en nullité soumise à l'article 1304 C. civ. qui ne peut plus être invoquée après l'écoulement du délai de cet article¹⁵⁴². Mais même si Gaudemer, admet que l'article 1304 puisse s'appliquer à une nullité, cela ne veut pas dire qu'il admet que cet article puisse viser les nullités absolues.

II. L'exclusion de la nullité absolue du champ de l'article 1304 C. civ. par les autres modernes

Certains auteurs modernes ont, à la différence de Japiot, cherché à délimiter le champ de l'article 1304 en montrant qu'il ignore la nullité absolue (1), même si cette délimitation est contredite par certaines solutions (2)

1. L'ignorance de la nullité absolue par l'article 1304 C. civ.

383. Aubry et Rau avaient refusé d'utiliser la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative pour préciser le champ de l'article 1304 C. civ. – Pour eux, « le caractère de la nullité [...] est, en général, sans influence sur l'application de l'art. 1304. Il importe peu que la nullité soit [...] relative ou absolue [...] »¹⁵⁴³. Quant à Japiot, il a clairement renoncé à toute entreprise générale de détermination du champ de l'article 1304, en estimant que la

¹⁵⁴¹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 877.

¹⁵⁴² E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 150 ; S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 146.; D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 146.

¹⁵⁴³ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 272.

question de « [...] savoir si la nullité peut être couverte, même partiellement, par les prescriptions de droit commun, ne doit pas être résolue à l'aide de la distinction des nullités absolues et des nullités relatives [...] elle doit être résolue à l'aide d'un critère qu'il faut chercher plus près des faits eux-mêmes [...] »¹⁵⁴⁴.

Cette démission n'a pas empêché d'autres, auteurs modernes, d'utiliser la distinction entre la nullité absolue et relative pour fixer le champ de l'article 1304 du Code civil¹⁵⁴⁵. Ainsi, pour Planiol et Ripert, « l'article 1304 ne s'applique qu'aux nullités protectrices d'intérêts privés et non aux nullités d'intérêt public »¹⁵⁴⁶, ce qui revient à dire que les nullités absolues ne sont pas soumises à l'article 1304 C. civ. En effet, pour Gaudemet, avec « [...] l'article 1304 [...] il ne s'agit que des nullités relatives [...] hors de la, on doit appliquer la prescription trentenaire »¹⁵⁴⁷. Position que l'on retrouve aussi bien chez Lutzesco¹⁵⁴⁸ que chez les frères Mazeaud¹⁵⁴⁹ ou chez F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette¹⁵⁵⁰.

384. Pour justifier l'exclusion de la nullité absolue du champ de l'article 1304, certains auteurs ont estimé que l'action en nullité absolue est imprescriptible¹⁵⁵¹. – Ainsi, pour B. Starck, H. Roland et L. Boyer, en cas de nullité absolue, si le contrat a reçu exécution, « c'est dans cette mesure seulement qu'il est exact de dire que la nullité absolue se prescrit par trente ans »¹⁵⁵². Ce qui revient à dire que c'est l'action en restitution qui se prescrit. Cependant, ce raisonnement est critiquable, puisque, en cas de nullité absolue, le délai commence à courir le jour de la formation du contrat¹⁵⁵³ – mais depuis 2008 ce n'est plus systématiquement le jour de la formation du contrat – et non le jour de la remise de la chose. Or, affirmer qu'en cas de nullité absolue, ce n'est pas l'action en nullité qui se prescrit mais l'action en restitution, cela voudrait dire qu'une action pourrait se prescrire avant même de commencer à courir. En effet, l'action visant la restitution, comme la répétition de l'indu, ne naît qu'à la remise de la

¹⁵⁴⁴ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 866.

¹⁵⁴⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., pp. 422 et 424.

¹⁵⁴⁶ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 399.

¹⁵⁴⁷ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 184.

¹⁵⁴⁸ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1002.

¹⁵⁴⁹ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 299.

¹⁵⁵⁰ Ainsi en parlant de l'article 1304, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette ont estimé que « Malgré la généralité des termes de ce texte, on est d'accord pour admettre qu'il ne concerne que les actions en nullité relative. » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 421).

¹⁵⁵¹ H. Simon, *Du Compromis. Droit français de la Prescription des actions en nullité ou en rescision*, op. cit., p. 131.

¹⁵⁵² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd, op. cit., p. 363.

¹⁵⁵³ R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^e éd, op. cit., p. 85. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 425.

chose, alors que la prescription de l'action en nullité absolue naît avec le contrat¹⁵⁵⁴. Toutes ces difficultés conduisent à relativiser l'utilisation de l'intérêt général pour déterminer le champ de l'article 1304, car certaines nullités d'intérêt général sont soumises à cet article.

2. La prise en compte de la nullité absolue par l'article 1304 C. civ..

385. La position des auteurs qui excluent, la nullité fondée sur l'intérêt général du champ de l'article 1304 C. civ., de façon absolue est critiquable. – En effet, on rencontre des nullités sanctionnant l'intérêt général, mais qui sont soumises à l'article 1304, alors qu'il y a des nullités d'intérêt privé qui ne sont pas soumises à l'article 1304. Ainsi, en matière de vente, l'idée que cet article ne vise que les actes portant atteinte à l'intérêt privé ne se vérifie pas dans tous les cas. Un contrat peut violer une règle d'intérêt général et être soumis à l'article 1304 C. civ. C'est le cas de la vente qui viole l'article 1596 C. civ. Cet article interdit à un fonctionnaire de se porter acquéreur d'un bien dont il a la gestion. Cette interdiction s'applique à tous les fonctionnaires¹⁵⁵⁵.

Mais quel est le but d'une telle interdiction? Les rédacteurs du code ont essayé de répondre à cette question en recourant à l'intérêt général. Ainsi, pour Duchy, à la séance du 30 frimaire an XII, cette interdiction « sera le moyen de prévenir les abus possibles »¹⁵⁵⁶. Ce qui veut dire que cette interdiction est justifiée par la protection de la morale publique et la lutte contre la corruption et le détournement. Tous ces objectifs visent la protection de l'intérêt général. C'est au demeurant ce qu'a affirmé Portalis aussi, à la séance du 7 ventôse an XII (27 février 1804) devant le corps législatif, en affirmant que « nous avons renouvelé la défense faite aux [...] administrateurs et officiers publics, de se rendre adjudicataires [...] des biens qui sont sous leur protection ou leur surveillance. Les raisons de sûreté et d'**honnêteté publiques** qui motivent ces défenses sont trop évidentes [...] »¹⁵⁵⁷. Au regard de la justification de cette règle, qui est l'intérêt général, comme l'a dit Portalis, sa violation aurait dû être sanctionnée par la nullité absolue. Or, dans un arrêt du 29 novembre 1988, la Cour de cassation a jugé que

¹⁵⁵⁴ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 669; *Conf*: Cic. 1^{er}, 18 juin 1969, *JCP* 1969. II. 16131, note P. L ; *Voir aussi* : Articles 1235, 1377 et 2261 C. civ.

¹⁵⁵⁵ P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 4, op. cit, p. 23.

¹⁵⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁵⁷ *Ibid*, p. 116.

la nullité fondée sur l'article 1596 est une nullité qui se prescrit en cinq ans comme le prévoit l'article 1304 du Code civil¹⁵⁵⁸.

386. Cela montre que l'intérêt protégé n'est pas toujours un critère qui peut permettre de délimiter le champ de l'article 1304 C. civ. – Cette affirmation est d'autant plus vraie que la Cour de cassation a exclu des nullités du champ de cet article, alors même que l'intérêt général n'était pas en jeu. Ce qui est le cas de la nullité de la vente pour absence de prix¹⁵⁵⁹ ou pour un prix dérisoire¹⁵⁶⁰. Dans toutes ces ventes, l'intérêt général n'est pas en jeu, ce qui n'a pas empêché la Cour d'estimer que la nullité ici est soumise à la prescription de trente ans.

387. En ce qui concerne la nullité de la donation, pour non-respect des formes de l'article 931 C. civ., si on suit les critères établis chez plusieurs auteurs modernes, cette nullité devrait être une nullité relative et soumise à l'article 1304. – En effet, selon Jean Maury, l'article 931 C. civ. permet de « [...] **protéger** [...] **les héritiers** réservataires que le formalisme aidera à mieux s'informer sur les dispositions consenties par leur auteur »¹⁵⁶¹. Donc, si cet article protège l'intérêt des réservataires, la sanction de sa violation devrait être une nullité relative, soumise à l'article 1304 C. civ. Mais ce n'est pas la solution qui a été choisie par la jurisprudence. En effet, les juges ont jugé que la sanction de la violation de l'article 931 C. civ., est la nullité absolue soumise à la prescription de trente ans¹⁵⁶².

Toutes ces difficultés, pour trouver le champ de l'article 1304, prouvent la première hypothèse de ce travail : ces théories générales sont incapables de dégager des catégories capables d'expliquer le régime des nullités dans le droit positif. Ces difficultés sont dues, aussi bien chez ceux qui utilisent l'intérêt protégé que ceux qui utilisent l'état de l'acte, à l'absence de précision sur le fondement de cet article. En effet, on ne sait toujours pas pourquoi une nullité est soumise ou non à cet article. Pour certains, c'est parce que cette nullité est confirmable, car cet article serait fondé sur une confirmation tacite. D'où la nécessité de vérifier cette idée.

¹⁵⁵⁸ **Civ. 1^{ère}**, 29 nov. 1988 : *Bull. civ.* I, n° 341 ; voir aussi l'article 1597 ; Code civil, Dalloz, 2004, p. 1395 .

¹⁵⁵⁹ **Com.** 30 nov. 1983: *Gaz. Pal.* 1984. 2. 675, note Calvo.

¹⁵⁶⁰ **Civ. 1^{ère}**, 20 oct. 1981: *Bull. civ.* I, n° 301.

¹⁵⁶¹ J. Maury, *Successions et libéralités*, 4^{ème} éd, Paris : Litec, 2003, p. 163.

¹⁵⁶² **Civ 1^{ère}**, 14 mai 1996 : *Defrenois* 1997. 1257, note Gelot.

§ 2. La recherche du fondement de l'article 1304 C. civ.

L'article 1304 C.civ., en soustrayant les nullités relatives aux règles de l'article 2262 C. civ. anc., instaure un régime particulier pour ce type d'action. Pour justifier cette soumission de certaines nullités à cet article, certains auteurs ont fait appel à la confirmation tacite (A), d'autres ont fait appel à l'intérêt général (B).

A. La recherche du fondement de l'article 1304 C. civ. dans une confirmation tacite

Pour justifier l'application de l'article 1304 à certaines nullités et pas à d'autres, les auteurs classiques ont fait appel à la confirmation tacite (I), ce qui n'est pas au-dessus de toute critique (II).

I. Les manifestations du rattachement de l'article 1304 C. civ. à une confirmation tacite

388. **Pour les auteurs classiques, cette prescription abrégée est fondée sur l'idée d'une confirmation tacite.** – Aussi, seules les nullités confirmables seraient soumises à cet article¹⁵⁶³. Le fait de ne pas engager une action en nullité pendant cinq ans présumerait que le titulaire du droit de critique a renoncé à ce droit. C'est pour cette raison que l'article 1304 serait fondé sur une présomption de confirmation.

Cette idée apparaissait déjà dans les débats, qui ont précédé l'adoption du code, où Jaubert avait estimé, dans son rapport, présenté au Tribunat à la séance du 13 pluviôse an XII, qu'un « laps de temps sans réclamation doit faire présumer la ratification »¹⁵⁶⁴. Cette idée est reprise par les auteurs classiques. Ainsi, pour Aubry et Rau, l'article 1304 C. civ. serait fondé sur « [...] une confirmation présumée »¹⁵⁶⁵. Il en est de même pour Hartemann, selon lequel

¹⁵⁶³ M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, op. cit., tome V, p. 356.

¹⁵⁶⁴ Cf. annexe, Doc N° V.

¹⁵⁶⁵ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 270.

« [...] l'art. 1304 [...] est fondé sur une présomption de ratification tacite [...] »¹⁵⁶⁶. Cette idée sera reprise par presque tous les auteurs classiques¹⁵⁶⁷. Même Drogoul, qui était pourtant un moderne, n'exclut pas cette possibilité¹⁵⁶⁸.

389. Comment expliquer qu'une prescription soit considérée comme une confirmation ? – La confirmation et la prescription sont, *a priori*, deux concepts antinomiques. L'un est fondé sur l'écoulement du temps, l'autre sur la volonté des parties. Dédire de cet écoulement du temps l'expression d'une volonté, c'est soumettre cette volonté à un principe autre que celui du libre arbitre des parties¹⁵⁶⁹. On attribue aux parties une volonté qu'elles n'ont pas exprimée, mais que l'écoulement du temps fait présumer l'expression. Ce qui peut expliquer la nécessité de chercher une justification à ce rattachement.

Pour atteindre ce but, on a fait appel aux mécanismes de la confirmation. La confirmation peut être expresse, mais aussi tacite, c'est-à-dire résulter du simple comportement de celui qui pouvait confirmer. Ceux qui veulent rattacher l'article 1304 à une confirmation ont estimé que le fait de ne pas agir pendant le délai prévu dans cet article est un comportement qui prouverait une confirmation tacite. Ainsi, pour Josserand, « la confirmation tacite peut revêtir une forme particulière ; elle s'induit de l'action du temps, elle résulte de l'expiration d'un certain délai qui a été fixé à dix ans »¹⁵⁷⁰. Cette assimilation de l'inaction, pendant le délai de l'article 1304 C. civ., à une confirmation tacite se retrouve chez tous ceux qui soutiennent que l'article 1304 est fondée sur une confirmation présumée¹⁵⁷¹.

¹⁵⁶⁶ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 317.

¹⁵⁶⁷ C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., pp. 650, 740; Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome VIII, p. 245; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., tome II, p. 193; 191.

¹⁵⁶⁸ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 261 ; J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 191.

¹⁵⁶⁹ Pour lui, « la prescription n'opère pas en vertu de la volonté individuelle, mais seulement en vertu du laps de temps [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 824).

¹⁵⁷⁰ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., t2, p. 191.

¹⁵⁷¹ Pour Beudant, « [...] le temps suffit par lui-même à confirmer une convention annulable » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 201).; Pour Lacantinerie, celui qui n'a pas agi dans les délais de l'article 1304 a « renoncé tacitement au bénéfice de son action, et par suite comme ayant confirmé l'acte qu'il était autorisé à attaquer. L'art. 1304 a donc son fondement dans une présomption de confirmation tacite » (G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, op. cit., tome II, p. 268.). J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 204; A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd, op. cit., tome V, p. 501.

390. **On explique également ce rattachement de l'article 1304, à la confirmation tacite, par le fait que l'article 1304 C. civ. ne fait courir son délai qu'au jour où la confirmation est devenue possible**¹⁵⁷². – En outre, quant à l'article 1115 C. civ., il établirait une certaine équivalence entre la prescription et la confirmation. Cependant, si on étudie les conditions de la confirmation, cette assimilation de la prescription de l'article 1304 à la confirmation tacite est loin d'être logique. L'article 1338 C. civ. cite parmi ces conditions, la connaissance du vice qui affecte l'acte. Or Planiol et Ripert ont montré que l'article 1304 fait courir le délai du seul fait que l'incapacité a cessé, sans s'interroger si le titulaire du droit de critique est informé de l'existence du vice¹⁵⁷³. Ce qui prouve que, si l'article 1304 est une confirmation tacite, il ne respecte pas les conditions de la confirmation, en l'occurrence la connaissance du vice. C'est au demeurant cette incohérence qui a poussé Pize à ajouter la connaissance du vice à l'article 1304 C. civ. En effet pour lui, le législateur a estimé que « [...] le fait de ne pas profiter de l'action en nullité pendant un laps de temps déterminé alors que l'on n'ignore pas le vice de l'acte peut constituer une ratification tacite [...] »¹⁵⁷⁴. Ce qui l'a conduit à dire que l'article 1304 est fondé sur la confirmation, sauf pour les mineurs, car le délai peut courir contre eux avant même qu'ils ne soient au courant du vice¹⁵⁷⁵.

391. **Cela complique, encore plus, ce rattachement de l'article 1304 à la confirmation tacite.** – C'est sans doute pour cette raison que Zachariae n'a pas partagé cette position. En effet, pour lui, repris par Japiot ici, « dans l'article 1304 [...] il ne faut pas voir une confirmation tacite »¹⁵⁷⁶. Si cette position de Zachariae, – sans oublier celle de Drogoul – démontre la troisième hypothèse émise dans ce travail qui soutient l'absence d'unité doctrinale au sein des classiques et des modernes sur la prescription, elle est tout à fait justifiée, parce que la survie de l'exception de nullité contredit l'assimilation de l'article 1304 à une confirmation tacite.

¹⁵⁷² Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op.cit., t8, p. 201 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., t2, p. 192.

¹⁵⁷³ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., t. 6, p.396.

¹⁵⁷⁴ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 311.

¹⁵⁷⁵ Ainsi Pize a montré que si « la prescription des actions du mineur pour lésion ou omission des formalités protectrices ne commence à courir qu'à dater de sa majorité. La prescription n'a plus ici pour base une idée de confirmation tacite » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 280).

¹⁵⁷⁶ Cité ici par R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 831. Mais malgré tout, Zachariae a tenu à préciser que l'article 1304 n'est pas « une prescription proprement dite, mais [...] un simple délai » (K. Zachariae, *Droit civil français* annoté par G. Massé et Ch. Vergé, op. cit., tome II, p. 480).

II. Les limites du rattachement de l'article 1304 C. civ. à une confirmation tacite

Si la justification de l'article 1304 par la confirmation tacite est critiquable (2), il n'en reste pas moins vrai que les critiques de Japiot sur ce principe sont à nuancer, car sa position est plus proche des classiques qu'il ne le croit (1).

1. La relativité des critiques de Japiot sur le rattachement de l'article 1304 C. civ. à une confirmation tacite

392. Japiot a critiqué les classiques qui ont assimilé l'article 1304 C. civ. à une confirmation. – D'après lui, on ne peut pas voir dans la prescription de l'article 1304 C. civ.. « [...] une confirmation tacite ou présumée [...] La prescription repose sur des considérations d'utilité pratique [...] »¹⁵⁷⁷. Néanmoins, sa définition du champ de l'article 1304 et de la confirmation le rapproche plus de la position des classiques qu'il ne le croit. Pour lui, s'il n'y a pas d'action en nullité, il y a tout de même une action qui manifeste l'option des parties, car « [...] cette action [...] tend à faire établir d'une manière définitive que l'option est faite dans le sens de la nullité, c'est elle seule que vise l'article 1304 [...] »¹⁵⁷⁸. Ce qui revient à dire que, si ce délai passe sans action, c'est qu'il n'y a pas eu d'option pour la nullité. Donc le fait de ne pas opter pendant le délai peut être rapproché, chez Japiot, d'une renonciation, parce que pour lui « la prescription de dix ans a été créée par le législateur en vue de contraindre l'ayant droit à prendre parti irrévocablement dans un délai assez bref réglementé par l'article 1304 [...] »¹⁵⁷⁹.

393. Or, la confirmation est justement définie par Japiot comme une « renonciation »¹⁵⁸⁰. – En conséquence, dire que, si le délai de l'article 1304 passe, sans agir, on a renoncé à l'option, revient à dire que, si le délai de l'article 1304 passe, on a confirmé. Ce qui revient au même résultat que les classiques, qui assimilent l'article 1304 à une confirmation. Aussi, paradoxalement, les critiques de Japiot contre les classiques, le rapprochent d'eux plus qu'il ne le croit. Par conséquent, les critiques les plus pertinentes devraient tourner au tour de la survie de l'exception.

¹⁵⁷⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 817.

¹⁵⁷⁸ *Idem*, p. 842.

¹⁵⁷⁹ *Ibid*, p. 887.

¹⁵⁸⁰ *Ibid*, p. 711.

2. La pertinence des critiques du rattachement de l'article 1304 C. civ. à une confirmation tacite tirées de la survie de l'exception de nullité

La justification de l'article 1304 C. civ. par la confirmation tacite est critiquable, parce que l'article 1304 n'éteint pas l'exception de nullité, contrairement à la confirmation (a). Même si les classiques ont cherché à relativiser cette critique, cette tentative est restée infructueuse, car leurs arguments ne sont pas convaincants (b).

a. La survie de la nullité à la prescription et la mise en cause du rattachement de l'article 1304 C. civ. à une confirmation tacite

394. Si on admet que cette prescription de l'article 1304 C. civ. est une présomption de confirmation, cela voudrait dire qu'on appliquerait à cette confirmation l'article 1338 C. civ. – Or, cet article prévoit que l'acte confirmé ne peut plus être attaqué, ni par voie d'action ni par voie d'**exception**. Donc, si l'article 1304 organise une confirmation tacite, au même titre que l'exécution volontaire, l'exception de nullité ne devrait plus pouvoir jouer contre les nullités relatives. Mais si l'article 1304 est une prescription, le principe *Quê temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* devrait pouvoir s'appliquer¹⁵⁸¹.

Il est vrai que le principe de la perpétuité de l'exception n'est pas applicable aux délais préfix¹⁵⁸², mais, contrairement à l'article 1676 du Code civil¹⁵⁸³, l'article 1304 n'est pas un délai préfix¹⁵⁸⁴. Ce qui fait que toutes les nullités régies par l'article 1304 peuvent être invoquées par voie d'exception, si l'acte n'a pas été exécuté, après l'écoulement du délai de cet article¹⁵⁸⁵. En effet la survie de l'exception est aussi valable pour la nullité absolue que la nullité relative¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸¹ Traduction : Ce qui est temporaire pour l'action est perpétuel pour l'exception (V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, op. cit., tome III, p. 693).

¹⁵⁸² Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 338.

¹⁵⁸³ **J. C. arbonnier**, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 192.

¹⁵⁸⁴ G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, op. cit., tome II, p. 468; Ainsi pour Gaudemet, « L'article 1304 édicte un véritable délai de prescription [...] » (**E. Gaudemet**, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 180).; Pour **Planiol** et **Ripert aussi**, l'article n'est pas « [...]délai préfix. Il en était ainsi sous l'ancien droit [...] » (**M. Planiol** et **G. Ripert**, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 396).; H. Simon, *Du Compromis. Droit français de la Prescription des actions en nullité ou en rescision*, op. cit., p. 142.

¹⁵⁸⁵ Cass. Civ. 3^e 1^{er} fevr. 1978: Bull. Civ. III, n°68; Bruschi, Dr et patr., janv. 2003, p. 69 ; Cass. Civ. 3^e, 24 nov. 1999 : Bull. civ. III, n° 223. : Dans cette affaire, la Cour de cassation a estimé que la nullité de la clause

395. **Cela contredit l'article 1338 C. civ., qui dispose qu'en cas de confirmation, l'exception de nullité ne peut plus être invoquée.** – Si l'article 1304 C. civ. avait mis en place une confirmation, comme le soutiennent certains classiques, l'exception de nullité ne serait pas perpétuelle. Aussi, pour échapper à cette contradiction, un grand nombre d'auteurs n'ont pas hésité « [...] à soutenir que l'article 1304 doit être appliqué aussi bien à l'**exception** qu'à l'action [...] »¹⁵⁸⁷. Ce qui est une tentative pour sauver leur théorie, en contestant la perpétuité de l'exception. Mais ces arguments sont très faibles.

b. La faiblesse des arguments des classiques contre la survie de l'exception de nullité

Pour relativiser la survie de l'exception de nullité, qui vient contredire l'assimilation de l'article 1304 à une confirmation tacite, les classiques ont estimé que la perpétuité de l'exception de nullité est anachronique(i). Certains ont même contesté cette perpétuité, définissant l'exception comme une action, exercée en défense, donc comme toute action, elle devrait être prescriptible (ii). Mais tous ces arguments ne sont pas suffisamment forts pour mettre en cause la perpétuité de l'exception de nullité.

i. La faiblesse des arguments tirés de la disparition des raisons de la survie de l'exception

396. **L'exception de nullité a été créée à Rome, pour pallier l'absence d'une action en nullité**¹⁵⁸⁸. – La victime d'un dol devait attendre que l'autre demande l'exécution du contrat

d'un bail excluant toute indemnité d'éviction (nullité soumise à l'article 1304 C. civ puisque relative), peut être invoquée par voie d'exception à perpétuité. Dans un de ses avis, la Cour a confirmé cette affirmation en estimant que cette exception perpétuelle ne serait exclue que pour les délais de forclusion ou préfix, or l'article 1304 ne met pas en place un délai préfixe mais un véritable délai de prescription (Cass., avis, 9 octobre. 1992 : Bull. civ. n° 4).

¹⁵⁸⁶ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3è éd, op. cit., p. 555.

¹⁵⁸⁷ Th. **Huc**, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome VIII, p. 241. ; Pour Demante « En rattachant l'article 1304 à la théorie de la confirmation des actes annulables, nous avons pris parti sur une question fort controversée. Il s'agit de déterminer la durée de l'exception de nullité [...] » (A. M. Demante continué / par E. **Colmet de Santerre**, *Cours analytique de code civil*, 2è éd, op. cit., tome V, p. 501-502.). *Comp* : Pour Dupeyron aussi, cette idée de confirmation tacite instituée par l'article 1304 est « [...] contraire au droit positif ; puisqu'il demeure possible de soulever l'exception de nullité [...] » (Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. 21). C'est pour cette raison que si Pize admet la perpétuité de l'exception, il distingue deux cas, si le contrat a été exécuté, il s'agit d'une confirmation, s'il n'y a pas eu d'exécution, il ne s'agit pas d'une confirmation (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 209).

¹⁵⁸⁸ Justinien, § 1, Inst, 4, 13, 1.

pour pouvoir lui opposer l'exception de dol. L'action de dol étant délictuelle, elle ne pouvait pas agir si elle n'avait pas encore subi un préjudice¹⁵⁸⁹. Or, si on ne peut pas demander la nullité, avant la demande d'exécution du contrat, il est nécessaire de ne pas faire courir la prescription contre l'exception, sinon l'autre n'aurait qu'à attendre l'écoulement de ce délai pour demander l'exécution du contrat vicié. Ce qui peut expliquer la perpétuité de l'exception de nullité à Rome¹⁵⁹⁰.

Mais cette situation a changé depuis, car on admet maintenant une action en nullité. D'où la mise en cause de la pertinence de la perpétuité de l'exception de nullité par certains auteurs. Ainsi, pour Josserand, « [...] l'action en nullité n'est jamais subsidiaire, même lorsqu'elle est fondée sur le dol ; la victime ou l'incapable peuvent toujours prendre l'initiative de la destruction du contrat. Dans ces conditions, la survie de la maxime *quoe temporalia sunt ad agendum*, dont la Cour de cassation affirme qu'elle est en vigueur dans notre législation actuelle [...] constitue un anachronisme»¹⁵⁹¹.

397. Cette perpétuité de l'exception serait d'autant plus anachronique que l'ancien droit avait rompu, avec le droit romain, sur ce point. – En effet, l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, contrairement au droit romain, avait estimé qu'aussi bien l'action que l'exception étaient prescriptibles¹⁵⁹². Cependant, cette critique, liée à l'anachronisme, doit être relativisée. En effet, certes, l'ordonnance de Villers-Cotterêts avait rompu avec le droit romain, en excluant la perpétuité de l'exception de nullité, mais le Code civil aussi a rompu avec l'ordonnance de Villers-Cotterêts sur ce point¹⁵⁹³.

Certains éléments des débats, qui ont précédé l'adoption du Code civil, laisseraient même entendre que le Code a rétabli le principe du droit romain qui admettait la perpétuité de l'exception. Ainsi, lors de ces débats, on a estimé que parce que l'« **exception est perpétuelle**

¹⁵⁸⁹ Cf. *Supra*, n° 21.

¹⁵⁹⁰ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 289. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, op. cit., tome III, p. 694.

¹⁵⁹¹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., tome II, p. 198.

¹⁵⁹² Même si la lettre de cette ordonnance ne fait pas explicitement allusion à la prescriptibilité de l'exception, plusieurs auteurs ont estimé qu'elle rendait l'exception prescriptible (En sens, cf. Pierre Guenois, *Recueil des ordonnances royales*, op. cit., p. 597 ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 140 ; Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome VIII, p. 240. ; M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 708. ; A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2^e éd., op. cit., tome V, p. 502).

¹⁵⁹³ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 188 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd., op. cit., p. 312.

[...] trente ans de silence [...] ne détruiraient pas l'effet de l'exception»¹⁵⁹⁴. Mais le législateur n'ayant pas dit explicitement dans le Code civil, que l'exception est perpétuelle, certains ont souhaité une réforme, prenant parti, sur ce point¹⁵⁹⁵. Cependant, la jurisprudence applique déjà le principe de l'imprescriptibilité, car la Cour de la cassation l'a rappelé dans un de ses avis¹⁵⁹⁶. Par conséquent, les arguments contre la survie de l'exception sont faibles, au même titre que ceux assimilant l'exception de nullité à l'action en nullité.

ii. La faiblesse des arguments tirés de l'assimilation de l'exception de nullité à l'action en nullité

398. Dans le Code civil, les textes, qui évoquent de la prescription, ne parlent pas de l'exception. – En effet, comme l'a montré Japiot, « [...] l'article 1304 ne mentionne que l'action [...] »¹⁵⁹⁷. Ce qui peut expliquer l'exclusion de l'exception du champ de cet article. Aussi, Aubry et Rau, tout en assimilant l'article 1304 à une confirmation, ont-ils estimé que « [...] l'art. 1304, ne parlant que des actions en nullité [...] ne peut être étendu aux exceptions de cette nature»¹⁵⁹⁸.

Toutefois, pour surmonter cet obstacle, à la prescription de l'exception, certains auteurs classiques ont cherché à assimiler l'action à l'exception. Pour ces auteurs, l'exception est une action, ce qui fait qu'elle pourrait, comme toute action, être soumise à l'article 1304 du Code civil¹⁵⁹⁹. Cette assimilation de l'exception à l'action, exercée en défense, se retrouve même chez des auteurs du XX^{ème} siècle. Ainsi, pour plusieurs auteurs, « [...] l'exception [...] n'est rien d'autre qu'une action exercée en défense [...] »¹⁶⁰⁰. C'est ce qu'exprimait, autrement,

¹⁵⁹⁴ P. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris : au dépôt, tome II., 1827, p.597.

¹⁵⁹⁵ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 930.

¹⁵⁹⁶ Civ. 3è 1^{er} fevr. 1978: Bull. Civ. III, n°68; Bruschi, Dr et patr., janv. 2003, p. 69 ; Dans une autre affaire, la Cour de cassation a estimé que la nullité de la clause d'un bail, excluant toute indemnité d'éviction (**nullité soumise à l'article 1304 C. civ puisque relative**), peut être invoquée par voie d'exception à perpétuité. Cette exception perpétuelle ne serait exclue que pour les délais de forclusion (Cass. Civ. 3è, 24 nov. 1999 : Bull. civ. III, n° 223.; Cass., avis, 9 octobre. 1992 : Bull. civ. n° 4).

¹⁵⁹⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 857.

¹⁵⁹⁸ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 278.

¹⁵⁹⁹ Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome VIII, p. 241. Ainsi pour Demante « En rattachant l'article 1304 à la théorie de la confirmation des actes annulables, nous avons pris parti sur une question fort controversée. Il s'agit de déterminer la durée de l'exception de nullité [...]» (A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2è éd, op. cit., tome V, p. 501-502 ; Cf. *supra*, n° 395).

¹⁶⁰⁰ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 303; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10è éd, op. cit., pp. 427, 428. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6è éd, op. cit., p. 366.

Marcadé en estimant que l'exception de nullité est une demande reconventionnelle, c'est-à-dire une action exercée en défense¹⁶⁰¹.

399. Cependant, cette assimilation est contestable. – En effet, une exception de nullité n'est pas une demande reconventionnelle, au sens de l'article 64 CPC. Selon cet article, une demande est reconventionnelle quand elle vise à obtenir plus que le rejet de la demande adverse¹⁶⁰². Ce qui n'est pas le cas de l'exception de nullité, où il est possible de se contenter d'obtenir, simplement, le rejet de la demande de celui qui veut obtenir l'exécution du contrat vicié. En outre, une demande reconventionnelle peut toujours être une demande initiale, alors que l'exception est toujours une défense si le délai est passé. En fin, la demande reconventionnelle n'est pas exclue si le contrat a déjà été exécuté, alors que l'exception de nullité est impossible si le contrat, dont on demande la nullité, est déjà exécuté.

400. Donc l'exception de nullité n'est pas une action en nullité, exercée en défense, c'est un simple moyen de défense, comme le fait de soulever la prescription ou l'absence de preuve (en ce sens, *cf.* les articles 1208, 2258 et 2313 C. civ.). – Ce qui s'illustre en procédure civile, où on peut mettre en cause la validité de certains actes de procédure pour contester leur valeur probatoire, à l'aide d'une « exception de procédure » prévue à l'article 73 CPC¹⁶⁰³. On peut donc dire qu'une exception est un simple moyen de défense et non une action exercée en défense. C'est pour cette raison qu'il a été affirmé dans cet article 73 CPC que « constitue une exception de procédure, tout moyen de défense [...] ». Ce qui est valable pour les exceptions de procédure l'est aussi pour l'exception de nullité. Par conséquent, l'exception de nullité n'est pas plus une action que le fait de contester une preuve au cours d'un procès ; c'est un simple moyen de défense. N'étant pas une action, son imprescriptibilité est tout à fait justifiée.

En conséquence, on ne peut pas rattacher la prescription de l'article 1304 à une confirmation, car si elle éteint l'action, elle n'éteint pas l'exception, qui est perpétuelle, alors que la confirmation, selon l'article 1338 C. civ., éteint non seulement l'action mais aussi l'exception. Par conséquent, les auteurs modernes ont-ils cherché un autre fondement à l'article 1304 C.

¹⁶⁰¹ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, op. cit., tome III, p. 693. Pour Bandrac, citée ici par Ghestin, la survie de l'exception de nullité « [...] la défense tirée du vice ne peut s'analyser que comme une demande reconventionnelle et constitue à ce titre l'exercice du droit éteint [...] » (**J. Ghestin**, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1006).; *Contra* : Mais pour Sophie Gaudemet, l'exception de nullité n'est pas une demande reconventionnelle. (**S. Gaudemet**, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 138).

¹⁶⁰² S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd, op. cit., p. 1002.

¹⁶⁰³ *Idem*, p. 200.

civ., différent de la confirmation tacite, car ce fondement est contredit par la survie de l'exception de nullité.

B. Le rattachement de l'article 1304 C. civ. à l'intérêt général

401. Loin de se limiter à la critique des classiques, la théorie moderne a tenté de proposer un autre fondement à l'article 1304 C. civ., axé sur l'intérêt général. – Ainsi, pour Japiot, « [...] l'article 1304 a donc pour fondement l'intérêt du crédit menacé plus gravement par les nullités relatives »¹⁶⁰⁴. Quant à E. Gaudemet, il a rattaché explicitement l'article 1304 à un « [...] motif **d'intérêt public** [...] »¹⁶⁰⁵, parce que pour lui, « L'existence d'une action en nullité, qui peut bouleverser les situations acquises [...] présente des dangers pour la sécurité des relations et le crédit [...] Aussi est-il nécessaire d'enfermer l'exercice dans un certain délai qui sera la plupart du temps plus bref [...] »¹⁶⁰⁶, cette action.

Donc, dans la théorie moderne, l'article 1304 aurait pour fondement la protection d'un intérêt général qui veut qu'on ne vienne pas troubler l'ordre public par la contestation des contrats anciens. Cet intérêt, c'est la sécurité des transactions et du crédit. Cette idée se retrouve chez presque tous les tenants de la théorie moderne, car la majorité d'entre eux considère que c'est l'intérêt général « [...] qui justifie le raccourcissement du délai, à savoir le besoin de sécurité juridique [...] »¹⁶⁰⁷.

402. Certes, ce fondement, lié à l'intérêt général, est apparu lors des débats, qui ont précédé l'adoption du Code -même si ces débats sont loin d'être clairs¹⁶⁰⁸-, mais il ne peut pas expliquer le droit positif avec satisfaction. – Dans un procès, il y a plusieurs types de moyen de défense : les exceptions de procédure et la défense au fond et entre les deux, les fins de non-recevoir. L'article 122 CPC cite la prescription parmi ces fins de non-recevoir.

¹⁶⁰⁴ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 836.

¹⁶⁰⁵ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 179.

¹⁶⁰⁶ *Idem*

¹⁶⁰⁷ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd, op. cit., p. 364. ; Voir aussi : C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd, op. cit., p. 552 ; J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., pp. 900, 998 ; M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 405.

¹⁶⁰⁸ Pour étayer cette affirmation, Gaudemet a cité un extrait du rapport de Jaubert, ou il affirme que « la nécessité d'un délai était commandée par l'intérêt public : c'est pour que les propriétés ne restent pas longtemps incertaines » (E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 179 ; Cf. annexe, Doc N°V). Mais on a soutenu des idées contraires dans une autre partie de ces débats, ou on a dit qu'« Un laps de temps sans réclamation doit faire présumer la ratification. » (H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 300 ; Cf. annexe, Doc N°V).

L'article 125 CPC reconnaît au juge le pouvoir de soulever d'office les fins de non-recevoir « qui ont un caractère d'ordre public ». La question qui se pose, est de savoir si la prescription fait partie de ces moyens d'ordre public ? Si la prescription de l'article 1304 a pour fondement l'intérêt général, l'article 125 CPC devrait pouvoir s'appliquer. Or l'article 2223 C. civ. anc.-devenu l'article 2247 C. civ.- est venu mettre en cause cette idée d'intérêt général en disposant que « les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ».

403. Ce qui pousse à s'interroger sur le fondement de la prescription de l'article 1304.

C. civ. – Peut-on dire que cet article est fondé sur l'intérêt général, alors même que le législateur a interdit au juge de le soulever d'office ? Si la prescription de cinq ans était fondée sur un motif d'intérêt général, le juge devrait pouvoir soulever d'office le moyen tiré de cette prescription, puisque l'intérêt général ne peut pas être laissé à la discrétion des parties ; il s'impose à elles. Donc on peut dire qu'elle n'est pas fondée sur l'intérêt général, puisque l'article 2223 anc. interdit au juge de la soulever d'office.

Toutefois, on peut rétorquer que cet article 2223 anc. ne concerne que le droit commun des prescriptions, or l'article 1304 C. civ. constitue un droit spécial des prescriptions, qui peut déroger au droit commun, de sorte que la prescription de la nullité relative n'est pas forcément soumise à l'article 2223 C. civ. anc. Cependant, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la prescription de l'article 1304 C. civ. n'échappe pas au principe posé par l'article 2223 C. civ. anc.¹⁶⁰⁹. Par conséquent, ce fondement, lié à l'intérêt général, est certes cohérent, mais il ne rend pas compte du droit positif avec satisfaction.

404. La solution la plus pertinente, pour expliquer le fondement de l'article 1304, est celle proposée par J. Ghestin. – Pour lui, « la prescription quinquennale s'explique par la nécessité de mettre fin plus rapidement à l'incertitude sur le sort de l'acte, qui résulte de ce que l'action en nullité est à la discrétion d'une seule des parties »¹⁶¹⁰. Il est vrai que dans le cadre d'une nullité relative, le droit de critique n'appartient qu'à la partie protégée. Ce qui donne à celle-ci un pouvoir de vie ou de mort sur le contrat. D'où une certaine insécurité pour

¹⁶⁰⁹ **Civ. 1^{ère}**, 11 janv. 1983 : Bull. civ. I, n°14. Dans cette affaire, il s'agissait d'une nullité pour dépassement de pouvoir dans le régime matrimonial de communauté. Comme l'intérêt général n'est pas en jeu, cette nullité est une nullité relative, donc soumise à l'article 1304 C. civ. La Cour a refusé que les juges du fond relèvent d'office le moyen tiré de la prescription de cet article 1304. E. Verna a montré que c'est l'inverse du principe posé par l'article 2223 qui a été retenu en droit pénal où « la prescription est d'ordre public, puisque qu'elle n'est pas fondée sur l'intérêt du délinquant mais sur l'intérêt social supérieur. Dès lors le délinquant ne peut y renoncer, le juge doit au besoin la relever d'office [...] » (E. Verna, *Procédure pénale*, Paris : Dalloz, 2006, p. 92).

¹⁶¹⁰ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 998.

celle qui n'a pas de droit de critique, qui est obligée de rester dans l'incertitude jusqu'à la fin de la prescription.

On peut estimer que c'est pour remédier à cette incertitude que le législateur de 1804 a institué une prescription, plus courte de dix ans, dans l'article 1304. D'ailleurs, certains ont même estimé que ces dix ans étaient trop longs pour remédier à cette incertitude. Ce qui a poussé Chevallier à proposer d'étendre le droit de critique à toutes les parties, même dans le cadre d'une nullité relative¹⁶¹¹. Quant à Planiol et Ripert, ils ont proposé de réduire encore ce délai¹⁶¹². C'est cette dernière solution qui a été adoptée par le législateur en réduisant le délai de l'article 1304 de dix à cinq ans¹⁶¹³.

Conclusion de la section

405. La disparition de l'action en nullité s'opère par la confirmation et la prescription. – En ce qui concerne la confirmation, il a été montré dans cette section que si un relatif consensus existait au XIX^{ème} siècle, ce consensus fut rompu par Touiller et Merlin. Pour eux, l'acte inexistant pouvait se confirmer. Ce qui est tout à fait pertinent, car plusieurs actes, considérés par les classiques comme inexistants, peuvent être confirmés dans le droit positif. Ce qui a permis de démontrer la première hypothèse de ce travail, qui soutient que les catégories de la théorie classique ne reflètent pas le droit positif. En effet, il ne suffit pas de dire qu'un acte est inexistant pour qu'on ne puisse pas le confirmer. En ce qui concerne les modernes, Japiot a tenu à fixer un critère, lié à la pérennité du vice, pour dire si l'acte est confirmable ou pas. Dans cette section, il a été montré que, contrairement à ce qu'il soutient, dans certains cas, même si le vice n'est pas pérenne la confirmation est impossible. Il en est de même pour ceux qui utilisent les catégories nullité absolue ou relative. Ces catégories ne permettent pas toujours de dire quel type d'acte peut être confirmé.

¹⁶¹¹ M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 520.

¹⁶¹² M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., t6, p. 396

¹⁶¹³ Mais F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, ont relativisé la pertinence de cette solution qui a été rattrapée par le temps, car pour eux, cette solution « parfaitement cohérente tant que le délai de prescription de l'action en nullité absolue était de trente ans, cette explication porte à faux depuis que la loi du 17 juin 2008 l'a ramené à cinq ans. » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 423.)

S'agissant de l'acte de confirmation, si G. Couturier a cherché à montrer que chez les auteurs du XIX^{ème} siècle c'est la réparation du vice qui était exigée, plusieurs auteurs du XIX^{ème} siècle envisagent aussi la notion de renonciation, ce qui là a encore relativise l'unité doctrinale de ces auteurs. Il a été également montré que ni la renonciation ni la réparation ne peuvent expliquer la validité de l'acte de confirmation. Des auteurs, comme Farjat ont cherché à fusionner la réparation et la renonciation, mais même cette fusion est incapable de refléter le droit positif de l'époque. Elle ne peut pas expliquer les régularisations législatives ni les confirmations résultant d'une cohabitation ou de l'écoulement du temps¹⁶¹⁴. D'où la nécessité d'éviter toute théorie générale, comme il a été soutenu dans la première hypothèse de ce travail.

406. En ce qui concerne la prescription, il a été montré, dans cette section, que l'article 1304 C. civ., contrairement à ce que soutiennent les classiques, vise aussi des actes considérés par eux comme inexistant. – Il a été aussi montré que même l'intérêt protégé ne permet pas toujours de bien fixer le champ de ce texte. Il a été ensuite montré que cette difficulté, de préciser le champ de cet article, est due au fondement qu'on lui attribue. Pour les tenants de l'état de l'acte, il est fondé sur une confirmation tacite, ce qui fait que seuls les actes confirmables lui sont soumis. Pour les tenants du droit de critique, c'est l'intérêt général qui le fonde. Or tous ces deux fondements ne reflètent pas absolument le droit positif, comme il a été soutenu dans la première hypothèse de ce travail et démontré dans cette section.

¹⁶¹⁴ Dans la version originale du Code civil, l'article 185 qui prévoyait cette solution a été abrogée. (Code civil des français, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806).

Conclusion du chapitre

407. Ce chapitre a permis de mesurer combien, les conditions relatives à l'existence de l'action en nullité et celles relatives à sa disparition ont été précisées par les auteurs. –

Ces conditions permettent de dire, si on est en face de telle ou telle nullité, et les conditions d'existence d'exercice et de disparition de l'action en nullité. Chaque catégorie a ses conditions, car c'est tout l'intérêt d'une classification. Mais il a été montré dans ce chapitre que, dans la réalité, ces catégories ne déclenchent pas toujours le régime proposé par les auteurs. Les classiques considèrent que la catégorie inexistance fait que l'action en nullité n'est pas nécessaire, la confirmation est impossible et tout le monde peut invoquer la nullité. Or dans le droit positif, une telle réalité n'existe pas de façon générale. Tout au long de ce chapitre, il a été montré que les catégories construites par les auteurs ne déclenchent pas toujours les régimes prévus.

408. La même situation se rencontre chez les modernes aussi. – En effet, même si la position Japiot est plus souple, parce qu'il ne solidarise pas systématiquement les catégories qu'il crée et le régime prévu, ce qui est une négation de l'idée de même de classification. Mais à sa suite, plusieurs auteurs modernes ont rétabli ces liens en affirmant que si la nullité est absolue, il n'y a pas de confirmation, et tout le monde peut agir en nullité. Or dans ce chapitre, il a été montré que ces solidarités, même si elles existent, ne sont pas générales.

409. Il a été aussi montré dans ce chapitre que les positions des auteurs sont très diverses sur une question. – Cette diversité est telle que l'on peut relativiser l'idée de « doctrine » classique ou moderne pour préférer faire référence aux auteurs, comme on l'a soutenu dans la troisième hypothèse de ce travail. Par exemple, s'agissant de la nécessité d'une action en nullité, il a été montré que Japiot est plus proche des classiques que de Gaudemet. En ce qui concerne les conséquences de l'action en nullité aussi, il sera montré dans le chapitre suivant que Gaudemet est plus proche d'Aubry et Rau que de Japiot.

CHAPITRE 2 : L'IMPOSSIBILITE D'UNE THEORIE GENERALE DES NULLITES SE MANIFESTANT DANS LES CONSEQUENCES DE L'ACTION EN NULLITE

410. Le vice du contrat déclenche une possibilité de saisir le juge pour demander la nullité de ce contrat. – Une fois que cette action est déclenchée, le juge doit rendre une décision¹⁶¹⁵. Cette décision va constater que le contrat est vicié dès son origine et en tirer les conséquences en annulant ce dernier. Ce qui pousse à se demander quelle est la portée de cette décision. Faut-il la faire remonter au jour du vice de l'acte ou au jour où le juge s'est prononcé? S'étend-elle à tout le contrat ou se limite-t-elle à une de ses parties? Pour répondre à toutes ces questions, la doctrine après le Code civil a reconnu une nature particulière à la décision prononçant la nullité (Section 1), tout en sachant que cette nature peut avoir des conséquences sur les effets de cette dernière (Section 2). Mais cette position de la doctrine sur la décision prononçant la nullité ne reflète pas toujours le droit positif, et il est impossible de proposer une théorie générale des nullités réglant le régime de la décision prononçant la nullité.

¹⁶¹⁵ Cette obligation, qui est faite au juge de prononcer la nullité si ses conditions sont réunies, est très peu influencée par l'opposition entre la nullité facultative et la nullité de droit. Plusieurs auteurs soutiennent que si « la nullité est [...] **facultative** [...] le juge saisi d'une demande en nullité dispose, en ce cas d'un pouvoir **discrétionnaire** ». Pour illustrer cette affirmation, on cite l'article 465-2° C. civ. qui exige un préjudice pour que certaines nullités soient prononcées, car ces nullités seraient facultatives. Quant à l'article 465-3°, parce qu'il n'exige pas un préjudice, la nullité qu'il prévoit n'est pas facultative (F. Terré & Ph. Simler et Y. Laquette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., . 406 et 407 ; voir aussi Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., pp. 330 et 331). Mais dans ce travail, nous nous pensons que le pouvoir du juge est le même dans le prononcé d'une nullité, que cette nullité exige un préjudice ou pas. Ainsi, dans ces deux types de nullités, si les conditions fixées par la loi sont remplies, la nullité n'est pas une faculté pour le juge. Dans les nullités exigeant un préjudice, si le vice et ce préjudice existent, le juge n'a plus le choix ; il doit prononcer la nullité. Dans ce cas en quoi cette nullité est-elle facultative pour lui ? Donc la nullité qui ressemble le plus à une nullité facultative est la nullité virtuelle, car selon Aubry et Rau, « au point de vue de l'office du juge, il y a cette différence à établir entre les nullités textuelles et les nullités virtuelles, que pour les premières, le juge a uniquement à examiner en fait si le précepte prescrit à peine de nullité a été violé, tandis que pour les secondes, il doit non-seulement vérifier en fait si tel précepte légal a été ou non violé, mais encore apprécier en droit si la violation de ce précepte est [...] de nature à entraîner la nullité de l'acte attaqué » (C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome I, p. 120).

Section 1 : L'impossibilité d'une théorie générale des nullités se manifestant dans la nature de la décision

Si le juge prononce la nullité d'un contrat, c'est bien parce qu'il est vicié. Mais ce juge se contente-t-il de constater ce vice ou doit-il aussi prononcer la fin de ce contrat ? La nature de sa décision dépendra de la réponse apportée à cette question. Si cette décision contient une situation nouvelle, elle n'aura pas la même nature que si elle se contente de constater une situation déjà existante. (Sous-section 1) Or, même si ce n'est pas le cas dans plusieurs décisions prononçant la nullité, certaines décisions ont des incidences qui peuvent laisser entendre que ces décisions ne font que constater une situation déjà existante (Sous-section 2.

Sous-section 1. La nature de la décision de nullité déterminée par son contenu

Si le contenu des décisions de justice détermine leur nature déclarative ou constitutive (§ 1), l'application de cette distinction à la nullité crée des divergences au sein de la doctrine (§ 2).

§ 1. La distinction des décisions de nullité selon leur contenu déclaratif ou constitutif

411. La plupart du temps, si on saisit le juge, c'est pour obtenir de lui qu'il se prononce sur le bien-fondé du droit qu'on prétend avoir (article 30 CPC.). – La décision qu'il prend, s'il accueille l'action, ne crée pas le droit qu'on lui demande de reconnaître, mais le constate. Aussi, presque tous les jugements sont-ils déclaratifs d'un droit préexistant, car la décision de justice ne contient pas un droit nouveau, mais une reconnaissance d'un droit préexistant. C'est d'ailleurs un des points sur lesquels l'acte administratif se distingue de l'acte juridictionnel¹⁶¹⁶. L'acte juridictionnel constate un droit préexistant, alors que l'acte administratif crée un droit nouveau. Ce qui s'illustre dans les décisions portant sur le

¹⁶¹⁶ S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd, op. cit., p. 255.

divorce¹⁶¹⁷ et l'adoption¹⁶¹⁸. Les droits résultants de ces décisions n'existaient pas avant elles. C'est pour cette raison que certains auteurs les considèrent comme des actes administratifs, qui auraient pu être faits par l'officier de l'état civil¹⁶¹⁹, et pas de véritables actes juridictionnels, car ces décisions ne se contentent pas de constater un droit préexistant¹⁶²⁰. Ce qui risque de restreindre le champ des actes juridictionnels.

412. Pour éviter cette vision restrictive, on a cherché à dépasser l'opposition entre le contenu déclaratif et le contenu constitutif des décisions¹⁶²¹. – Ainsi, pour C. Guelfucci-Thibierge, les décisions de justice peuvent être à la fois déclaratives et constitutives¹⁶²². Si la situation résultant d'un jugement existait avant ce jugement, il est déclaratif¹⁶²³; si cette situation n'est créée que par ce jugement, il est constitutif. Mais ces deux contenus cohabitent souvent dans une même décision et correspondent à des étapes différentes du raisonnement juridique des juges, celle par laquelle « [...] le juge recherche si les éléments constitutifs d'une règle de droit sont réunis et celle par laquelle il en tire les conséquences en prononçant ou non les effets juridiques que la règle en cause prévoit »¹⁶²⁴. La première étape de ce raisonnement serait déclarative et la seconde, constitutive.

Cependant, même si les décisions de justice doivent contenir ces deux étapes, il peut arriver qu'une décision ne contienne que la première étape, il s'agit des décisions que l'on appelle

¹⁶¹⁷ Ce principe ne connaît une exception que pour le jugement prononçant le divorce. Ce jugement est constitutif dans ses effets personnels, puisque les époux ne sont considérés comme célibataires et donc aptes à contracter un nouveau mariage qu'à partir du jour de ce jugement et non du jour de leur séparation effective. Pour les effets patrimoniaux, le jugement est déclaratif, puisque l'article 262-1 C. civ dit que la communauté est dissoute depuis le jour de l'assignation. Ce qui veut dire qu'entre ce jour l'assignation et le jour où le jugement de divorce est rendu le revenu des époux ne rentre pas dans l'actif de la communauté (Ch. Lefort, *procédure civile*, op. cit., p. 340).

¹⁶¹⁸ S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd, op. cit., p. 254.

¹⁶¹⁹ Sachant que, pendant la période révolutionnaire, le divorce était prononcé non par le juge mais par l'officier de l'état civil.

¹⁶²⁰ S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd, op. cit., p. 254.

¹⁶²¹ Ainsi pour Sophie Gaudemet, un acte juridictionnel peut à la fois créer un droit nouveau et déclarer un droit préexistant, car pour elle, ce qui importe pour dire si un jugement est déclaratif d'un droit ou constitutif d'un droit nouveau « [...] c'est de déterminer si la situation de droit qui résulte de la décision juridictionnelle- et non pas simplement le droit exercé- existait avant le jugement ou si elle a été créée par celui-ci » (S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, op. cit., p. 88).

¹⁶²² Mais C. Guelfucci-Thibierge a relativisé cette distinction, car pour elle « Toute décision produit, en réalité, un double effet, déclaratif et constitutif, en ce que le juge doit préalablement constater la présupposition de la norme appliquée dans la situation de fait... La qualification serait déclarative d'une situation préexistante alors que la sanction qui en découle relèverait de l'aspect constitutif de la décision » (C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 319).

¹⁶²³ Car pour S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, le jugement déclaratif « [...] consolide le droit des plaideurs et ne leur en confère pas de nouveaux » (S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd, op. cit., p. 255).

¹⁶²⁴ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 87.

déclaratives¹⁶²⁵. Ce qui peut expliquer la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs, selon leur contenu ; celles qui ne contiennent que la première étape sont déclaratives, celles qui contiennent les deux étapes sont constitutives. Dans la théorie des nullités, on a cherché justement à préciser le champ de ces types de décision en fonction de la nature de la nullité.

§ 2. Les manifestations de cette distinction des décisions fondée sur leur contenu dans la théorie des nullités

Si certains auteurs ont pris en compte la distinction des décisions déclaratives et constitutives en se fondant sur le contenu de ces décisions dans la théorie des nullités (A), d'autres l'ont tout simplement rejetée (B).

A. La prise en compte de la distinction des décisions selon le type de nullité chez les auteurs classiques

413. La distinction entre les décisions déclaratives et les décisions constitutives a été reprise par certains auteurs classiques, estimant que si la décision, reconnaissant l'inexistence, est déclarative, celle reconnaissant l'annulabilité est constitutive. – Aussi, Lutzesco a-t-il montré que pour les classiques, en ce qui concerne l'inexistence, « le juge n'aura qu'à constater la rupture du lien obligatoire, tandis que pour la nullité absolue il aura à prononcer [...] »¹⁶²⁶ la nullité. Ce qui s'illustre chez Barde¹⁶²⁷ et chez Laurent aussi. Pour lui, s'il s'agit d'un acte inexistant « le demandeur conclura à ce que le tribunal déclare qu'il n'y a jamais eu de mariage »¹⁶²⁸.

¹⁶²⁵ *Idem*

¹⁶²⁶ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 252. Ainsi pour **Ghestin**, les classiques « [...] observaient que, dans le cas d'inexistence, le juge se bornait à constater l'inefficacité de l'acte, au lieu de prononcer celle-ci » (**J. Ghestin**, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 876). Quant à Durry, il montre lui aussi que chez les classiques « En cas d'inexistence, dit-on, le juge n'a qu'à constater l'inefficacité de l'acte, alors que pour une nullité absolue il lui appartient de prononcer la nullité » (G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 618); O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., p. 75.

¹⁶²⁷ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 252.

¹⁶²⁸ F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 2, op. cit., n° 440 ; voir aussi F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 47; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 406.

S. Gaudemet a repris la même distinction entre la nullité et le réputé non écrit. Ainsi, pour elle, « [...] le jugement de nullité crée un état de droit nouveau [...] Le jugement de nullité est donc [...] un jugement constitutif [...] »¹⁶²⁹. En revanche, « le jugement du réputé non écrit consiste en une simple déclaration de l'absence de force obligatoire d'une disposition contractuelle. Il constate une situation de droit préexistante et n'en crée pas une nouvelle »¹⁶³⁰. Toutefois, d'autres auteurs ont rejeté cette distinction estimant que dans tous les cas, le juge ne fait que déclarer la nullité ou la prononcer.

B. Le rejet de la distinction des décisions selon le type de nullité chez certains auteurs

Le rejet de la distinction entre les décisions déclaratives et constitutives s'est manifesté par une relativisation de cette distinction (I) ou par un choix exclusif d'une seule de ces distinctions (II).

I. La relativisation de la distinction des décisions selon le type de nullité

414. Certains auteurs ne semblent pas donner une réelle importance à la distinction des jugements, selon le type de nullité. – Ainsi, Aubry et Rau n'ont-ils pas hésité à parler indifféremment des jugements qui prononcent la nullité et des jugements qui déclarent la nullité, en parlant de « L'acte déclaré nul. »¹⁶³¹, et en ajoutant, plus loin, que « Toute nullité

¹⁶²⁹ Pour **S. Gaudemet** «[...] s'il ne fait pas de doute que la cause de la nullité préexiste au jugement de nullité, la sanction de la nullité ne résulte, quant à elle, que de son prononcé par le juge» (**S. Gaudemet**, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., pp. 88, 93).

¹⁶³⁰ Mais il y a des réputés non écrits qui sont inventés par le juge, peut-on dire ici aussi que c'est déclaratif ? Pour elle, « répondre par la négative serait, nous semble-t-il, confondre le rôle du juge en tant que source du droit et son rôle en tant qu'autorité chargée d'appliquer la règle de droit. Certes, le juge crée bien du droit lorsqu'il décide en dehors de toute disposition légale du caractère non écrit d'une clause ; mais ce qu'il crée, c'est une règle de droit [...] Dans l'application qu'il fait ensuite de la dite règle à l'espèce qui lui est soumise, il se contente de révéler une situation qui préexiste à sa décision » (*Idem*, p. 89, 90). Lutzesco montre que Bonnet est allé plutôt dans le sens inverse, car il distingue « [...] entre les nullités tirant leur force d'une disposition précise de la loi et ou la mission du juge doit se réduire à une simple constatation et les nullités relevant de son pouvoir même, parce que la loi est confuse [...] ou il pourra, pour ainsi dire, décréter l'inefficacité de l'acte juridique » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 298).

¹⁶³¹ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op.cit., T 1, p. 123.

doit, en règle générale, être prononcée par jugement. »¹⁶³². C'est ce qui a conduit Lutzesco à estimer que dans tous les cas « [...] le juge s'intéressera peu aux limites que la doctrine veut lui imposer. Dans un cas comme dans l'autre, constatant ou décrétant, il sera toujours guidé par le souci de condamner ce qui est illicite [...] »¹⁶³³. Quant à Drogoul, il enseigne que si « [...] la science du langage ne met pas sur la même ligne la sentence qui déclare et celle qui prononce, en fait la différence n'est pas grande [...] »¹⁶³⁴ entre les deux.

415. Par conséquent, Glason et Tissier ont critiqué la distinction des jugements selon le type de nullité¹⁶³⁵. – Quant à Esmein et Boyer, ils ont tout simplement proposé son abandon dans la théorie des nullités¹⁶³⁶. Il en est de même pour Cohendry¹⁶³⁷. Cette hostilité est due au fait que, contrairement à ce que soutiennent les classiques, en affirmant qu'en cas d'inexistence le juge déclare et en cas de nullité il prononce, on ne peut pas dire avec clarté à partir de quand il déclare ou il prononce¹⁶³⁸. C'est sans doute pour cette raison que plusieurs auteurs ont abandonné la distinction des décisions, selon le type de nullité, en choisissant le caractère exclusivement déclaratif ou constitutif pour tous les types de nullité.

II. Le choix exclusif d'un type de décision pour tous les types de nullités

416. Japiot n'a pas utilisé la distinction entre les décisions déclaratives et les décisions constitutives. – En effet, pour lui, dans tous les cas, le jugement est déclaratif, car « le juge [...] constate en passant la nullité qui préexiste et s'impose à lui comme à tous ; ce n'est pas sur cette nullité que porte sa sentence, il ne prononce pas la nullité, il se borne à la constater [...] »¹⁶³⁹. Il a même critiqué les classiques, d'après lesquels le juge prononce la nullité en cas d'annulabilité, car, pour lui, dans tous les cas le juge ne fait que constater la nullité¹⁶⁴⁰. Donc

¹⁶³² *Idem*, p. 122.

¹⁶³³ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 299.

¹⁶³⁴ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 217.

¹⁶³⁵ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 85.

¹⁶³⁶ *Idem*, p. 86.

¹⁶³⁷ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 253.

¹⁶³⁸ C'est pour cela que Lutzesco est très réservé face à cette distinction, car pour lui on ne sait pas « [...] vraiment distinguer où commence sa compétence de constater et où celle de prononcer ? » (*Idem*).

¹⁶³⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, loc. cit., p. 396.

¹⁶⁴⁰ *Idem*, p. 335 et s ; D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 13.

chez lui, la nature de la décision ne change pas selon le type de nullité. Contrairement à C. Guelfucci-Thibierge, il justifie cette affirmation par l'antériorité du vice en estimant que le jugement d'annulation est considéré comme un « jugement [...] **déclaratif** parce que la cause de nullité est originaire : le juge, ne pouvant refuser l'annulation dès que cette cause existe, semble constater le droit du demandeur»¹⁶⁴¹.

Or, si C. Guelfucci-Thibierge reconnaît l'antériorité du vice à la décision, elle ne tire pas les mêmes conséquences de cette antériorité que Japiot, car pour elle, « si la cause de nullité existe bien depuis la conclusion de l'acte, la sanction de nullité, qui doit nécessairement être **prononcée** par le juge, n'existe que du jour du jugement. C'est pourquoi il y a lieu d'abandonner la terminologie classique selon laquelle le juge **constate** la nullité [...]»¹⁶⁴². C. Guelfucci-Thibierge semble, paradoxalement, tirer ici les conséquences de la logique de la théorie de Japiot plus que Japiot lui-même. Aussi, cette position de Japiot a elle-même été critiquée par plusieurs autres auteurs pour son incohérence. Ainsi, pour M. Cumyn, « Japiot se contredit »¹⁶⁴³ par cette affirmation, parce qu'il prône l'état de l'acte. Quant à D. Guggenheim, il a estimé qu'il est « ...difficile de suivre Japiot dans son raisonnement. En effet, du moment qu'il définit le droit que confère l'invalidité d'un acte aux sujets de droit comme un droit de critique dirigé contre les effets de l'acte, il semble que le jugement devra nécessairement avoir un effet constitutif »¹⁶⁴⁴.

417. Néanmoins, malgré l'incohérence de cette position, plusieurs autres auteurs l'ont suivie. – Ainsi, pour Colin et Capitant, dans tous les cas, « le juge qui prononce la nullité [...] ne fait aussi que constater [...] »¹⁶⁴⁵ l'annulation. On rencontre la même position chez le doyen Carbonnier aussi, pour qui si « Si le jugement d'annulation est rétroactif, c'est qu'il ne fait que constater, **déclarer** un vice qui minait le contrat dès l'origine »¹⁶⁴⁶. Ce qui n'a pas

¹⁶⁴¹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 528. *Contra*: Mais C. Guelfucci-Thibierge refuse de qualifier la décision de déclarative, car pour elle, « [...] qualifier le jugement de nullité de déclaratif d'une situation préexistante, c'est considérer que la nullité existe depuis le jour de la formation du contrat et qu'elle constitue une situation, un état de nullité, que le juge se borne à constater [...] » (C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 1).

¹⁶⁴² S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 83.

¹⁶⁴³ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 39.

¹⁶⁴⁴ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 13.

¹⁶⁴⁵ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 85.

¹⁶⁴⁶ Pour **Carbonnier** aussi, « Le jugement qui constate la nullité est déclaratif : il constate une nullité qui a toujours existé ; le contrat nul ne s'est jamais formé et n'a jamais produit d'effet. » (J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, pp. 193, 200 ; voir aussi H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 306).

empêché d'autres auteurs de continuer à soutenir que ce jugement est exclusivement constitutif.

418. Ainsi, pour plusieurs auteurs modernes, la nullité n'étant pas dans l'état de l'acte, elle n'existe pas dès la formation de l'acte ; elle ne naît qu'avec la décision de justice qui la prononce. – Par conséquent, contrairement à ce qu'a soutenu Japiot, cette décision est systématiquement constitutive. La nature de la décision ne change pas selon le type de nullité. Ainsi, pour Gaudemet, si le jugement prononçant la nullité détruit l'apparence de validité de l'acte¹⁶⁴⁷, elle crée une situation nouvelle, et, pour cette raison, se présente comme une décision constitutive¹⁶⁴⁸. Ranald et Vieu-Jean eux-aussi sont allés dans le même sens¹⁶⁴⁹. Comme on l'a montré ci-dessus, c'est cette position qui est reprise par C. Guelfucci-Thibierge aussi pour qui « [...] la nullité doit être **prononcée**, et non **constatée** par le juge »¹⁶⁵⁰.

Ainsi, pour ces auteurs du XX^{ème} siècle, la décision de nullité ne peut pas être déclarative. Mais si cette affirmation démontre la troisième hypothèse de ce travail, qui soutient qu'il n'y a pas d'unité doctrinale au sein des modernes, elle n'est pas justifiée par l'incidence de la décision de nullité qui prouve que cette décision peut être déclarative.

Sous-section 2. La nature déclarative de la décision de nullité justifiée par son incidence

Si la nature déclarative de la décision de nullité est prouvée par son incidence sur les droits des parties et des tiers (§ 1), cette affirmation est à relativiser dans d'autres cas (§ 2).

¹⁶⁴⁷ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 149.

¹⁶⁴⁸ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 13.

¹⁶⁴⁹ *Idem*, p. 17.

¹⁶⁵⁰ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 517.

§ 1. L'explication de la nature déclarative de la décision de nullité par son incidence sur certains droits

Si on rattache à un jugement le qualificatif de déclaratif, c'est pour dire qu'il constate une situation qui lui préexiste, comme c'est le cas du partage et de la transaction¹⁶⁵¹. On peut dire que le jugement de nullité aussi constate une situation qui lui préexiste dans tous les cas comme le prouve les incidences de ce jugement sur certains droits. Cette affirmation peut être justifiée aussi bien par l'opposabilité de la décision de nullité aux tiers (A), que par l'absence d'une seconde mutation en cas de nullité d'une vente (B).

A. La nature déclarative de la décision de nullité et son incidence sur les tiers : l'opposabilité de cette décision aux tiers

Si une décision de justice n'est pas opposable aux tiers, on ne peut pas en dire autant des décisions prononçant une nullité (I), car ces décisions sont déclaratives (II).

I. L'opposabilité des décisions de nullité aux tiers

419. La décision de justice n'a qu'un effet relatif (art 1351 C. civ.) ; elle ne lie pas les tiers. – Tel est le sens de l'adage *Res inter alios judicata nec nocet, nec prodest*¹⁶⁵². Pour qu'un jugement soit opposable aux tiers, ils doivent intervenir au procès, conformément aux articles 554 et 555 C.P.C. Aussi, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette ont-ils estimé qu'en ce qui concerne la nullité, « [...] la rétroactivité ne saurait s'appliquer de plein droit aux tiers. Pour que la nullité ait un effet à leur égard, leur mise en cause dans l'instance d'annulation est nécessaire, faute de quoi le jugement qui interviendrait entre les seules parties à l'acte nul ne leur serait pas opposable »¹⁶⁵³. Demante aussi exigeait l'intervention des tiers au procès¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁵¹ G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 618.; C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 319.

¹⁶⁵² Traduction : la chose jugée qui lie les plaideurs n'a aucun effet à l'égard des tiers (S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd, op. cit., p. 274).

¹⁶⁵³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 445.

¹⁶⁵⁴ M. Duranton, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, op. cit., tome XII, p. 655. Ainsi le jugement de divorce est entre les parties, mais il est opposable à tous après publicité car par exemple la solidarité pour les

420. **Cependant, il peut arriver dans certains cas qu'une décision soit opposable au tiers, alors même qu'il n'est pas partie au procès.** – Ce principe était explicitement prévu dans l'article 311-10 C. civ. anc. qui disposait que « les jugements rendus en matière de filiation sont opposables même aux personnes qui n'y ont point été parties [...] ». Or pour S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, ce même principe est applicable à la décision de nullité aussi¹⁶⁵⁵. Ce qui est tout à fait défendable¹⁶⁵⁶. En effet, l'article 28- 4^{ème}, du décret du 4 janvier 1955, prévoit la publicité des jugements de nullité des ventes d'immeuble¹⁶⁵⁷. Or si on prévoit cette publicité, c'est que l'on veut opposer aux tiers cette nullité¹⁶⁵⁸.

C'est pour cette raison que, pour plusieurs auteurs, l'annulation d'un contrat translatif de propriété est opposable au tiers sous-acquéreur de la chose, seulement « L'action en revendication ne peut être dirigée contre le tiers détenteur qu'après que l'annulation du contrat a été prononcée contre la partie contractante ; on ne saurait [...] demander l'annulation d'un engagement personnel contre un tiers qui y est étranger [...] »¹⁶⁵⁹. Pour Aubry et Rau, cette possibilité est due au fait que « [...] les conséquences de l'action en nullité ou en rescision réfléchissent contre les tiers [...] »¹⁶⁶⁰. On retrouve la même idée chez Pize aussi, pour qui « l'action en annulation réfléchit [...] contre les tiers. »¹⁶⁶¹. D'ailleurs, ce principe existe depuis l'ancien droit : Domat soutenait la même idée en estimant que « lorsqu'il y a lieu à rescision, elle a son effet non seulement contre les personnes de qui le fait y a donné lieu,

créanciers de l'article 222 ne peut plus jouer. Ce qui prouve que la décision peut être opposable, alors même que l'on n'est pas partie.

¹⁶⁵⁵ S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*, 29^{ème} éd, op. cit., p. 275. ; Voir aussi : F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 329.

¹⁶⁵⁶ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 579.

¹⁶⁵⁷ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 308.

¹⁶⁵⁸ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1080.

¹⁶⁵⁹ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 197; Pour lui « L'action en revendication ne peut être dirigée contre le tiers détenteur que lorsque l'annulation du contrat a été prononcée contre le contractant ; on ne saurait demander l'annulation d'un contrat contre un tiers, qui y est resté complètement étranger [...] L'action par laquelle on les attaque est purement réelle » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 238).

¹⁶⁶⁰ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 259.

¹⁶⁶¹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., pp. 236, 237; Ainsi pour Mortet aussi, le véritable propriétaire peut intenter « [...] une action réelle pour rentrer en possession de sa chose ; il peut la reprendre soit entre les mains de celui qui l'a reçue, soit entre les mains des tiers acquéreurs [...] » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 166 ; voir aussi C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 701). Quant à Savaux, pour lui c'est le principe « *Nemo plus juris* [...] » qui permet de revendiquer la chose entre les mains entre les main du tiers (E. Savaux, « Les nullités en cascade », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, (Dir M. Boudot et P. M. Vecchi), Poitiers : LGDJ, 2008, p. 112).

mais aussi contre ceux qui le représentent et les tiers possesseurs »¹⁶⁶². Les raisons d'un tel effet sont dues au caractère déclaratif de la décision de nullité.

II. Les raisons de cette opposabilité

421. Si cette décision, annulant la vente entre A et B, est opposable à C, à qui B a revendu la chose achetée, c'est parce qu'elle ne transfère pas la propriété du tiers sous-acquéreur au propriétaire initial, mais elle déclare la propriété du propriétaire initial A, depuis la formation du premier contrat. – Le tiers sous acquéreur C se trouve en face du propriétaire dans la même situation que sa situation avant la vente. Aussi, E. Javaux a estimé que si un premier achat est annulé, les droits du second acheteur « [...] tombent automatiquement par l'effet de la nullité »¹⁶⁶³. Ce que résumait Pothier par la formule, empruntée au droit savant médiéval, selon laquelle : « *résolut jure dantis, resolvitur jus accipientis [...]* »¹⁶⁶⁴.

C'est donc parce que la décision est déclarative qu'elle est opposable au tiers, alors même qu'il n'est pas intervenu au procès au sens de l'article 554 C.P.C. Ce qui se justifie par le fait que la nullité n'opère pas un nouveau transfert de propriété ; elle déclare l'ancienne propriété, qui, parce que c'est un droit réel, est opposable à tous (article 544 C. civ.). C'est pour cette raison que la Cour de cassation juge que le véritable propriétaire peut agir directement en revendication contre l'acheteur en cas de vente de la chose d'autrui¹⁶⁶⁵. D'où la nécessité de prouver cette absence de nouveau transfert de propriété dans le rapport entre les parties aussi.

¹⁶⁶² Cité par E. Javaux (*Idem*).

¹⁶⁶³ *Ibid*, p. 116.

¹⁶⁶⁴ Traduction : le droit de celui qui a transféré un droit étant résolu, le droit de celui qui l'a reçu est résolu. (J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1080 ; D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 75).

¹⁶⁶⁵ Cf. *Supra*, n° 278 et 280.

B. La nature déclarative de la décision de nullité et son incidence sur les droits des parties : l'absence d'une seconde mutation en cas de nullité d'une vente

422. **En cas de vente mobilière d'un corps certain, l'acheteur devient propriétaire le jour même du contrat (article 1583 C. civ.).** – Mais si cette vente est annulée ensuite, la chose retourne dans le patrimoine du vendeur. Ce qui pousse à se demander si la décision, qui a prononcé cette nullité, est un acte translatif de propriété. Dire que le jugement est constitutif, c'est dire qu'il a transféré la propriété de l'acheteur au vendeur le jour où il est rendu. Dire que le jugement est déclaratif, c'est dire qu'il ne fait que reconnaître la propriété que le vendeur a conservée depuis toujours.

L'enjeu de cette question n'est pas que théorique ; il est aussi pratique. Si le jugement est constitutif, il faut payer les droits de mutation, car il y a eu un nouveau transfert de propriété¹⁶⁶⁶. C'est pour cette raison que Bartole soutenait, contrairement à Balde qui pensait le contraire, que la nullité opérerait un nouveau transfert de propriété¹⁶⁶⁷. Ainsi l'annulation d'une vente par une transaction dans le droit actuel a été considérée comme une nouvelle revente, parce que la transaction n'a pas été considérée comme déclarative¹⁶⁶⁸.

423. **Mais si cette annulation est déclarée par le juge, il n'y a pas de nouveau transfert de propriété.** – Aussi, Toullier a estimé que « [...] les rescissions [...] de contrats pour cause ancienne, ne sont pas considérées comme des mutations proprement dites, mais plutôt comme la rentrée dans une propriété ancienne qui n'avait jamais cessé d'exister [...] »¹⁶⁶⁹. Par conséquent, on ne paie pas de droit de mutation en cas de nullité d'un acte translatif de propriété¹⁶⁷⁰. Si la décision annulant la vente n'est pas un nouveau transfert de propriété, c'est parce qu'elle la déclare, comme l'a souligné Duranton, en estimant que « le jugement prononçant l'annulation ou la rescision n'est pas une **rétrocession de propriété** [...] ce jugement est simplement **déclaratif** du fait que l'aliénation n'a pas été faite valablement »¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁶ Le droit de mutation taxe les actes translatifs de propriété.

¹⁶⁶⁷ M. C.B.M. **Toullier**, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 652.

¹⁶⁶⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et P-Y. Gautier, *Droit civil : les contrats spéciaux*, 5^e éd, Paris : Defrénois, 2011, p. 626.

¹⁶⁶⁹ M. C.B.M. **Toullier**, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 650.

¹⁶⁷⁰ **Toullier** a montré que l'on ne peut pas restituer le droit déjà versé, car selon l'article 60 de la loi sur l'enregistrement du 22 frimaire an VII « Tout droit d'enregistrement régulièrement perçu, ne pourra être restitué quelques soient les événements ultérieurs sauf les cas prévus par la loi. » (*Idem*, pp. 629, 633).

¹⁶⁷¹ M. **Duranton**, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, op. cit., tome XII, p. 658.

Cette affirmation est tout à fait pertinente, même si elle a été relativisée par le transfert des risques.

§ 2. La relativisation du rattachement de la décision de nullité aux jugements déclaratifs par le transfert des risques

424. **Si l'article 1583 C. civ. permet le transfert de la propriété, dès la formation de la vente¹⁶⁷², il ne dit rien sur le transfert des risques.** – C'est dans les articles 1138 Civ et 1647 al. 2 C. civ. que l'on trouve le régime du transfert des risques. Le second de ces textes dispose que « [...] la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur ». Ce qui veut dire que, dès lors que le transfert de propriété a été effectué, c'est l'acheteur qui supporte les risques, même si la chose n'est pas encore livrée, car c'est le propriétaire qui assume les risques¹⁶⁷³.

Cependant, en cas de nullité, cet acheteur est censé n'avoir jamais été propriétaire, et, si on lui a livré la chose, les articles 550 et 2267 C. civ. le considèrent comme un simple possesseur. D'où la question de savoir si c'est le vendeur ou l'acheteur qui supporte la perte de la chose par cas fortuit entre le transfert de propriété et la décision prononçant la nullité. Cette question a fait l'objet d'intenses débats doctrinaux¹⁶⁷⁴. Pour les uns, c'est l'acheteur qui supporte les risques, puisque c'est lui qui était propriétaire au moment de la perte; pour d'autres, c'est le vendeur, puisque la propriété est rétroactivement retournée dans son patrimoine du fait de la nature déclarative de la décision¹⁶⁷⁵.

425. **La Cour de cassation a d'ailleurs admis ce principe en jugeant que si la chose périt par un cas de force majeure, entre le transfert de propriété et la nullité, l'acheteur n'a pas à la restituer**, car c'est le vendeur qui « [...] supportait les risques de la perte, sauf à prouver une faute de l'acheteur »¹⁶⁷⁶. Pour expliquer cette décision, Chevallier a-t-il estimé que pour la Cour, en application de « ...l'effet **rétroactif** de l'annulation [...] le vendeur étant censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire [...] devait supporter le risque de

¹⁶⁷² D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Paris : Economica, 2007, p. 233 et s.

¹⁶⁷³ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd, op. cit., p. 383.

¹⁶⁷⁴ D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 3^e éd., op. cit, p. 118 ; F. C. Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 6^e éd., op. cit, p. 188.

¹⁶⁷⁵ M. Duranton, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, op. cit., tome XII, p. 655.

¹⁶⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 6 dec 1967, Bull. Civ., I, n° 358 ; D. 1968, somm. P. 37.

[...]»¹⁶⁷⁷ la chose. C'est donc parce que la décision d'annulation n'a pas fait du vendeur un nouveau propriétaire, mais a déclaré sa situation d'ancien propriétaire qu'il supporte les risques de la chose.

Cependant, cette décision a été critiquée, malgré son analogie avec l'article 1182 du Code civil¹⁶⁷⁸. Et la chambre commerciale n'a pas suivi la première chambre civile sur ce point¹⁶⁷⁹. Ce qui a poussé cette première chambre à abandonner cette jurisprudence en estimant que la restitution est possible en cas de nullité, même si la chose ne périt pas par la faute de l'acheteur, parce que les risques sont pour l'acheteur¹⁶⁸⁰. Ce qui nuance la nature déclarative de la décision. En effet, ici, on considère, indirectement, que la décision de nullité opère un nouveau transfert des risques, et donc de la propriété. Il est donc impossible d'établir une théorie générale affirmant que les décisions sont systématiquement déclaratives ou variables selon le type de nullité. Comme on l'a soutenu dans la première hypothèse de ce travail, les juges décident selon la nature du litige, sans tenir compte des critères abstraits et généraux.

Conclusion de la section

426. Certains auteurs ont donc proposé de différencier la nature de la décision rendue selon le type de nullité. – S'il s'agit d'une inexistance, la décision est déclarative ; s'il s'agit d'une annulabilité, elle est constitutive. Quant aux auteurs modernes, ils ont préféré rejeter cette distinction. Ainsi, pour Japiot, alors même que cela contredit son idée de droit de critique, toutes les décisions sont déclaratives. Au contraire, Gaudemet a tiré les véritables conséquences du droit de critique, en affirmant que toutes les décisions sont constitutives, ce qui là aussi montre les divergences au sein de la doctrine moderne. Ce qui ne veut pas dire que la position de Gaudemet soit plus cohérente que celle de Japiot. En effet, tout en soutenant que la décision est constitutive, il admet qu'elle puisse être rétroactive¹⁶⁸¹. Ce qui

¹⁶⁷⁷ J. Chevallier, « Obligations et contrats spéciaux », *RTD*, 1968, p. 709.

¹⁶⁷⁸ J. Ghestin et B. Desché, *Traité des contrats : la vente*, op. cit., p. 591.

¹⁶⁷⁹ *Idem*, p. 592.

¹⁶⁸⁰ **Civ. 1^{ère}**, 2 juin 1987, Bull. Civ., I, n° 183, p. 137 ; **Contra** : Mais malgré cette jurisprudence, pour F. C. Dutilleul et Ph. Delebecque «[...] en cas de perte fortuite entre la livraison de la chose et l'anéantissement du contrat par annulation, la jurisprudence semble prendre en compte [...] la qualité de propriétaire du vendeur et mettre les risques à la charge de celui-ci » (F. C. Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 6ème éd., Paris : Dalloz, 2002, p.188).

¹⁶⁸¹ Cf. *Infra et supra*, n° 418 et 453.

est contradictoire ; d'où la nécessité d'étudier cette contradiction maintenant en étudiant les effets de la nullité, car la qualification de la décision a des impacts sur ses effets¹⁶⁸².

Section 2 : L'impossibilité d'une théorie générale des nullités se manifestant dans les effets de la décision de nullité

Tous ces débats sur la nature de la décision, prononçant la nullité, ont des conséquences sur les effets de cette décision. Selon que la décision est déclarative ou constitutive, elle n'aura pas les mêmes effets. Ces effets ne sont pas les mêmes selon qu'ils se manifestent sur l'acte ou dans le temps, même si les deux sont souvent confondus. Ce qui peut expliquer la nécessité de distinguer l'étendue de la nullité sur l'acte (Sous-section 1) et dans le temps (Sous-section 2), afin de montrer les limites de la théorie générale sur ces points.

Sous-section 1. Les limites de la doctrine sur l'étendue de la nullité sur l'acte

La nullité une fois prononcée est en général totale (§ 1), même si, dans certains cas, elle peut être partielle, sans qu'il y ait un critère précis permettant de dire à partir de quand cette nullité est partielle (§ 2).

§ 1. La nullité totale de l'acte

427. Un contrat, comme le contrat de travail, est composé de plusieurs clauses. – Parmi ces clauses, on peut citer les clauses fixant le lieu de travail, la rémunération, les fonctions, le temps de travail et les autres obligations réciproques de l'employeur et du salarié. La plupart du temps, la nullité n'affecte qu'une seule de ces clauses. La question qui se pose, est de

¹⁶⁸² C'est pour cela que Durry a estimé qu'à la distinction « [...] des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs, on attache en général l'intérêt de la rétroactivité des jugements déclaratifs, à l'inverse des jugements constitutifs [...] » (G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 618). Voir aussi : D'ailleurs même C. Guelfucci-Thibierge semble aller dans le même sens, en estimant que « L'intérêt de la distinction réside donc dans l'effet rétroactif du jugement déclaratif opposé à l'effet immédiat du jugement constitutif. » (C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 319).

savoir si cette nullité doit rejaillir sur tout le contrat ou si elle doit se limiter à la seule clause nulle.

L'article 1108 C. civ. apporte un début de réponse à cette question. Cet article donne une liste d'éléments qui doivent figurer dans tout contrat. Si un de ces éléments manquait au contrat, sa nullité serait totale. Par exemple, un contrat dont l'objet est illicite est nul totalement ; il en est de même pour la cause illicite (1131 C. civ.). Aussi, peut-on estimer que « si c'est l'acte en lui-même, par l'illicite de son objet ou de sa cause ou par l'incapacité de l'une des parties, qui porte atteinte aux exigences légales, le rétablissement de la légalité exigera la suppression de tous ses effets juridiques par l'annulation **totale**. Mais si l'illicéité n'entache qu'une clause, un quantum ou une partie d'un acte ou d'une opération, ce n'est que dans cette mesure que leurs effets juridiques devront en être supprimés : la nullité n'atteindra alors que la clause, le quantum, dans la mesure de son dépassement du maximum légal ou la partie illicite »¹⁶⁸³. La nullité d'une clause ne rejaillit donc pas forcément sur tout le contrat, sauf si cette clause exprime l'objet, la cause ou un des éléments essentiels du contrat. Mais à partir de quand une clause exprime-t-elle un objet, une cause ou un élément essentiel au contrat ? Pour répondre à cette question, la doctrine a élaboré une théorie des nullités partielles.

§ 2. Les nullités partielles de l'acte

428. **On peut définir la nullité partielle comme** « la sanction qui frappe un acte vicié seulement dans un de ses éléments accessoires ou dans le quantum d'un élément essentiel, et qui se réalise par la suppression dans l'acte de l'élément accessoire vicié ou par la réduction du quantum excessif à la mesure de ce qui est permis. »¹⁶⁸⁴. Ce concept était déjà connu du droit romain. Ainsi, l'impubère sorti de l'*infentia*, ne pouvait pas faire un acte valable¹⁶⁸⁵, mais si les actes qui le défavorisent étaient nuls, ceux qui rendent sa situation meilleure

¹⁶⁸³ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 293.

¹⁶⁸⁴ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 221.

¹⁶⁸⁵ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 25.

étaient valables¹⁶⁸⁶. Dans ce cas, si un contrat contenait ces deux types de clause, les clauses défavorables étaient nulles et pas les autres¹⁶⁸⁷.

Dans le droit contemporain, cette nullité partielle existe aussi, mais il n'y a pas de critère fixe pour dire à partir de quand la nullité est partielle. Ce qui peut expliquer la tentative de la doctrine pour construire des théories des nullités partielles afin de trouver ce critère (A). Mais tous les critères dégagés par la doctrine ne sont pas capables d'expliquer toutes les nullités partielles (B).

A. Les théories des nullités partielles

Pour construire une théorie des nullités partielles, la doctrine est partie des diverses nullités partielles (I) afin de tenter de les systématiser (II).

I. Les diverses manifestations des nullités partielles

Si la nullité partielle s'est manifestée de façon controversée dans la *culpa in contrahendo* (1), on la retrouve explicitement consacrée dans plusieurs dépositions spéciales (2).

1. La manifestation polémique des nullités partielles dans la *culpa in contrahendo* chez Jhéring

429. Si on conclut un contrat, tout en étant responsable de son vice, en cas de nullité de ce contrat, l'autre partie pourrait demander des dommages et intérêts si elle subit un préjudice du fait de cette nullité. — La question qui se pose, est de savoir sur quel

¹⁶⁸⁶ Ulpien, D. 19, 1, 13, 7. ; *Voir aussi* : Article 1312 C. civ.

¹⁶⁸⁷ E. **Hartemann**, Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil, op. cit., p. 26. Dans l'ancien droit, Domat admettait lui aussi les nullités partielles. En effet pour lui, « les conventions principales étant résolues, celles qui en étoient des suites & accessoires, le sont aussi ». Ce qui laisse entendre qu'à contrario si c'est une clause accessoire qui est nulle, la clause principale va subsister. Toutefois on ne peut pas se fonder sur cette simple affirmation pour dire que Domat a élaboré une théorie des nullités partielles. (J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, p. 34).

fondement. Dans le droit romain, ce fondement pouvait être contractuel dans la vente, car même si ce contrat disparaissait après une résolution par exemple, son action pouvait lui survivre¹⁶⁸⁸. On peut penser que si cette disparition est due à une nullité, l'action du contrat pourrait ici aussi lui survivre pour fonder l'action contre le responsable de la nullité. Ce qui fait qu'à Rome, cette responsabilité pouvait être contractuelle.

430. Cependant, pour la doctrine classique des nullités, cette responsabilité ne pouvait pas être contractuelle¹⁶⁸⁹. – Il est vrai que dans la théorie classique, l'acte nul, à la différence du droit romain qui admettait la survie de l'action du contrat, est censé n'avoir jamais existé¹⁶⁹⁰. Par conséquent, il ne pouvait pas servir de fondement à une action en responsabilité. Toutefois, la théorie moderne n'admettant pas la rétroactivité systématique de la nullité, elle permet que l'acte nul puisse produire un effet. Aussi, dans cette théorie, la responsabilité pourrait être contractuelle¹⁶⁹¹. Ce qui s'illustre parfaitement chez Japiot, selon qui, l'effet de la nullité peut être limité « [...] pour que l'acte nul puisse, malgré la nullité, produire des effets [...] par application de la théorie de la *culpa in contrahendo* [...] »¹⁶⁹².

431. Ce qui revient à dire que si l'on admet la limitation de la rétroactivité de la nullité, la théorie de la culpa in contrahendo, qui veut que la responsabilité soit contractuelle en cas de nullité, devrait être possible. – Cependant, C. Guelfucci-Thibierge, qui est pourtant contre la rétroactivité¹⁶⁹³, soutient que cette responsabilité n'est pas contractuelle¹⁶⁹⁴. En effet, pour elle, en cas de nullité, « tout comme les obligations que le contrat était destiné à produire, la possibilité d'une responsabilité contractuelle sanctionnant leur inexécution ou leur mauvaise exécution disparaîtra avec les autres effets juridiques [...] »¹⁶⁹⁵. Par conséquent, on peut se demander si la *culpa in contrahendo* n'est pas à rattacher à la nullité partielle plutôt qu'à la limitation de la rétroactivité. Pour répondre à cette question, il faut plutôt regarder du

¹⁶⁸⁸ Pomponius, D. 28, 1, 6, 1.

¹⁶⁸⁹ C'est pour cette raison que D. Deroussin s'est demandé si l'exclusion de la *culpa in contrahendo* ne résulte pas pour partie « [...] de la théorie classique des nullités [...] ? » (D. Deroussin, « Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., pp. 189, 217).

¹⁶⁹⁰ Cf. *Infra*, n° 452.

¹⁶⁹¹ D. Deroussin, « Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 222.

¹⁶⁹² R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 670, 673. Mais Pour Gaudemet, « L'auteur de la nullité est responsable indépendamment de toute faute. La responsabilité n'est ni délictuelle, ni conventionnelle, elle est légale. » (E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 198).

¹⁶⁹³ Cf. *Infra*, n° 461.

¹⁶⁹⁴ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., préface.

¹⁶⁹⁵ *Idem*, pp. 191, 196.

côté de Jhéring qui est le père de la théorie de la *culpa in contrahendo*, inspirée du droit romain¹⁶⁹⁶.

432. **Cette théorie de la *culpa in contrahendo* veut que la responsabilité, de celui qui a causé la nullité, soit contractuelle**¹⁶⁹⁷. – Pour atteindre ce but, Jhéring a mélangé le maintien de l'effet de l'acte nul et la nullité partielle. Pour lui, en contractant on s'engage à **éviter une cause de nullité**, et à **exécuter les obligations résultant du contrat**. En cas de nullité du contrat principal, la clause qui est nulle, c'est celle par laquelle on s'est engagé à exécuter le contrat¹⁶⁹⁸. C'est ce qu'il a affirmé, en estimant que « L'expression nullité, correctement établie, ne peut donc avoir qu'un sens restreint. Elle désigne, non l'absence de tous les effets, mais seulement celle de certains effets. Le but de tout contrat est l'exécution : l'effet qu'on y a en vue consiste dans la production d'une obligation d'exécuter. Si maintenant, à cause du défaut de quelque condition nécessaire, cet effet est exclu, si de cette manière, le but du contrat est manqué, nous l'appelons nul...d'après le but du contrat. Mais cela n'empêche nullement que le contrat ne puisse **produire des obligations d'une autre espèce, en tant du moins que celles-ci ne visent point l'exécution**, mais par exemple la restitution de la chose donnée, les arrhes et les dommages et intérêts [...] pourquoi donc le contrat ne pourrait-il pas produire entre les parties une obligation, du moment que celle-ci n'a pas pour objet la prestation de l'objet même [...] La conclusion d'un contrat n'engendre pas seulement une obligation d'exécuter, mais encore, selon les circonstances, une **obligation de réparer le dommage**, lorsque l'exécution est rendue impossible par suite de quelque empêchement légal. L'expression nullité du contrat, d'après le langage romain et le langage actuel, désigne seulement l'absence de cet effet et non celle de tous les effets en général »¹⁶⁹⁹. Donc, il apparaît clairement ici que chez Jhéring, la *culpa in contrahendo* est justifiée par le fait qu'en cas de nullité, ce qui disparaît, c'est la clause relative à l'obligation d'exécuter le contrat, et pas celle relative à l'obligation de verser des dommages et intérêts en cas de nullité. Ce qui ressemble plus à une nullité partielle, qui ne vise qu'une des obligations du contrat, mais non le maintien de l'effet passé de l'acte nul¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁶ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 574 ; M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 411.

¹⁶⁹⁷ Jhéring, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites dans les œuvres choisies*, trad. O. de Meulenaere, Paris 1893, t. 2, p. 1 à 100.

¹⁶⁹⁸ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 197.

¹⁶⁹⁹ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., pp. 200, 201.

¹⁷⁰⁰ Cf. *Infra*, n° 462.

433. **D'ailleurs, Gaudemet a critiqué cette conception de Jhéring qui consiste à distinguer deux types d'obligation** : la nullité ne touchant qu'à un type et pas à l'autre. En effet, pour lui, « Le contrat ne peut pas, à la fois, **être et n'être pas** ; être nul au point de vue de l'exécution et valable au point de vue des dommages-intérêts. »¹⁷⁰¹ Cette conception de Jhéring pourrait être valable si on rattache l'obligation de verser des dommages et intérêts à une obligation précontractuelle. En effet, comme l'a montré S. Pimont, parler de « la responsabilité précontractuelle »¹⁷⁰² dans la *culpa in contrahendo* chez Jhéring, c'est dire qu'il y a un précontrat qui fonde la faute¹⁷⁰³. Néanmoins, même dans ce cas, Gaudemet a montré qu'en cas de révocation abusive de l'offre, en l'absence d'un précontrat, la responsabilité est délictuelle et pas contractuelle¹⁷⁰⁴. Aussi, D. Deroussin a estimé qu'« Il n'est [...] pas besoin d'imaginer l'existence d'un précontrat et la sanction d'une obligation spécifiée par les termes c.i.c : le préjudice éventuel sera réparé par le moyen de **l'action contractuelle** car, d'une certaine façon l'on se trouve sur le terrain contractuel »¹⁷⁰⁵.

434. **Cela reviendrait à dire que, la culpa in contrahendo si on l'applique, pourrait être rattachée, non à la nullité de l'obligation d'exécution et au maintien de la clause régissant le pré contrat, mais au maintien de l'effet passé du contrat.** – Ce qui est en rupture avec Jhéring. Au demeurant, en droit français, les dispositions du Code semblent prouver cela. Ainsi, pour Saleilles, la responsabilité après l'annulation peut être contractuelle¹⁷⁰⁶ sur le fondement de l'article 1599 C. civ. sans faire appel à une clause spécifique régissant le précontrat¹⁷⁰⁷. Parlant de l'article 1599 C. civ., il estime que cet article « suppose admis le principe de la responsabilité pour contrat nul »¹⁷⁰⁸ et il ajoute que « cet article contient [...] pour un cas particulier, l'application d'une idée bien générale et bien plus féconde [...] il n'y a plus qu'à extraire et formuler le principe juridique qui s'en dégage et à

¹⁷⁰¹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 197.

¹⁷⁰² S. Pimont, « La responsabilité en cas de nullité d'un contrat dans le code civil », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, (Dir M. Boudot et P. M. Vecchi), Poitiers : LGDJ, 2008, p. 128.

¹⁷⁰³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 448.

¹⁷⁰⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 198.

¹⁷⁰⁵ D. Deroussin, « *Culpa in contrahendo*. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 205.

¹⁷⁰⁶ Cité par : S. Pimont, « La responsabilité en cas de nullité d'un contrat dans le code civil », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 130.

¹⁷⁰⁷ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 200.

¹⁷⁰⁸ Cité par : S. Pimont, « La responsabilité en cas de nullité d'un contrat dans le code civil », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 137.

lui donner toute l'extension qu'il comporte»¹⁷⁰⁹ ce principe, c'est la « *culpa in contrahendo* »¹⁷¹⁰.

Ce qui prouve que pour la doctrine française, contrairement à la doctrine allemande¹⁷¹¹, la *culpa in contrahendo* est plutôt à rattacher à l'effet produit par l'acte nul qu'à une nullité partielle, maintenant la clause régissant la période pré contractuelle¹⁷¹². Par conséquent, la *culpa in contrahendo* ne sera pas considérée dans ce travail comme une nullité partielle, même si telle est la conception allemande, ce qui explique que l'on l'évacue ici, avant l'étude des véritables nullités partielles.

2. Les manifestations classiques des nullités partielles

435. Dans plusieurs cas, il peut arriver qu'une partie de l'acte soit nulle sans que tout l'acte le soit. – Ainsi l'article L 140-4 C. trav. anc. a permis, sans le mettre en cause, de remplacer une rémunération inégalitaire par une rémunération égalitaire dans le contrat de travail¹⁷¹³. Il en est de même dans les articles 1152 et 1231 C. civ. qui permettent au juge de modérer ou d'augmenter une clause pénale nulle. Quant à l'article 920 C. civ, en cas de dépassement de la quotité disponible, il permet la réduction de la donation sans la mettre en cause totalement¹⁷¹⁴. On retrouve la même technique dans l'article 2290 C. civ., qui réduit les cautionnements excessifs sans les annuler totalement.

Mais c'est surtout dans le Code du travail que l'on rencontre plusieurs nullités partielles¹⁷¹⁵. Dans tous ces cas, c'est une partie du contrat qui est nulle et pas sa totalité. Cependant, il n'y

¹⁷⁰⁹ *Idem*

¹⁷¹⁰ *Ibid* ; R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 44 ; R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, *RTD civ.* 1907. 697.

¹⁷¹¹ Mais plus récemment, le fondement contractuel de la *culpa in contrahendo* dans le droit allemand a été exclu dans le *BGB*. (C. Witz, « la nouvelle jeunesse du *BGB* insufflée par la réforme du droit des obligations », *D*, 2002, n°42, pp. 3156 et 3157).

¹⁷¹² Toutefois pour construire sa théorie, Saleilles est parti du droit allemand en se fondant sur l'article 122 *BGB*. Partant de cet article, il estime qu'en cas de nullité, une des parties peut poursuivre l'autre pour la réparation «[...] du préjudice que cette personne ou le tiers a éprouvé pour avoir cru à la validité de la déclaration, mais sans que le montant de l'indemnité puisse dépasser la valeur même de l'intérêt que la partie en cause aurait eu à ce que cette déclaration fut valable» Ce qui laisse entendre que le fondement de la responsabilité en cas de nullité est contractuelle dans le droit allemand. (R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 44).

¹⁷¹³ **J. Ghestin**, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1047.

¹⁷¹⁴ *Idem*, p. 1052.

¹⁷¹⁵ En ce sens, Cf : L. 122-14-12 « ancien » C. trav ; article L. 141-9 « ancien » C. trav ; article L. 123-2 « ancien » C. trav ; article R. 517-1 « ancien » C. trav

a pas de critère général qui permet de dire à partir de quand une nullité est partielle ou pas. C'est pour trouver ce critère que les auteurs ont cherché à construire des théories des nullités partielles.

II. La systématisation de ces nullités partielles par la doctrine

436. A partir de quand une nullité est-elle partielle ou totale ? – Cette frontière n'a pas été fixée dans le Code civil. Les articles 900 et 1172 C. civ. prévoient des cas de nullité partielle et totale, mais sans fixer un critère. L'article 900 visant les actes gratuits et l'article 1172, les actes onéreux, on peut soutenir que, pour les actes gratuits, la nullité serait partielle et pour les actes onéreux, la nullité serait totale¹⁷¹⁶. Cependant, la doctrine n'a pas retenu un tel critère pour fixer la frontière entre la nullité partielle et la nullité totale¹⁷¹⁷. Pour fixer cette frontière, elle a proposé des théories des nullités partielles qui sont des sous théories de la théorie générale des nullités. En effet, pour Ph. Simler, « la notion même de nullité partielle fait partie intégrante de la théorie générale des nullités »¹⁷¹⁸. Ces théories ont d'abord émergé chez Lutzesco (1) avant de se parfaire chez Ph. Simler (2) et de se restreindre chez C. Guelfucci-Thibierge (2) et chez S Gaudemet (3).

1. Les nullités partielles chez Lutzesco

437. Pour fixer la frontière entre la nullité partielle et la nullité totale, Lutzesco a utilisé d'abord l'indivisibilité, au sens de l'article 1217 C. civ. – Pour lui, « [...] l'étendue de la nullité serait tantôt réduite à quelques effets, tantôt appliquée à tout le lien juridique,

¹⁷¹⁶H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, pp. 304, 305.

¹⁷¹⁷Pour Lutzesco, les classiques n'avaient pas fait cette théorie, mais avec la théorie moderne, « la nullité ne s'attachera plus aux organes de l'acte, mais à ses effets juridiques, et il s'en suivra que, contrairement à la théorie classique, la nullité pourra très bien frapper un effet de l'acte, en laissant subsister les autres. » (G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 324).; Mais Pize avait bien travaillé sur cette théorie des nullités partielles et il a bien concilié les articles 1172 et 900 en estimant que si « [...] la charge impossible ou illicite est la cause impulsive et déterminante de la donation » la nullité sera totale. (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 155.)

¹⁷¹⁸P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 30.

suyant qu'il s'agit d'obligation divisible ou indivisible»¹⁷¹⁹. Ce qui peut s'illustrer dans les groupes de contrats. Ainsi, le cautionnement est nul si la dette qu'il garantit est nulle (article 2289 C. civ.), car les deux sont indivisibles¹⁷²⁰. Si la vente est nulle, le prêt contracté pour cette vente sera, lui aussi, nul aussi¹⁷²¹. En effet, selon l'article L. 311-21 C. consomm. « [...] le contrat de crédit [...] est [...] annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement [...] annulé ».

Toutefois, pour une partie de la doctrine, il ne s'agit pas de nullité du second contrat ici, mais d'une caducité, parce que la cause de l'inefficacité du second contrat est postérieure à sa formation¹⁷²². Cependant, cette critique doit être relativisée, car l'article L. 311-21 C. consomm. parle d'un second « [...] contrat [...] annulé » et non caduc. Mais malgré tout, la doctrine est restée très critique sur l'indivisibilité, comme critère de la nullité partielle. Ainsi Boulanger a estimé que l'indivisibilité « s'affirme, elle ne se prouve pas »¹⁷²³. Quant à J. Ghestin, « la notion d'indivisibilité n'ajoute rien au véritable critère »¹⁷²⁴.

438. Mais Lutzesco a aussi utilisé la « cause impulsive et déterminante »¹⁷²⁵ pour déterminer si la nullité est partielle. – Ainsi il a montré que, certes, l'article 900 C. civ. dispose que la condition illicite est nulle sans toucher au contrat, mais si cette condition est la cause impulsive et déterminante, le contrat sera nul totalement. Ce qui a suscité des critiques dans la doctrine. Ainsi, pour Ph. Simler, l'indexation est utilisée comme la cause déterminante pour justifier l'annulation totale, or il a montré qu'on ne prête pas pour indexer, donc la clause ne peut pas être la cause¹⁷²⁶. D'où la nécessité d'abandonner la notion de cause, parce que dans les actes gratuits, on peut se demander si un acte de « donation ou un testament, dont une condition ou une charge a été considérée comme la cause impulsive et déterminante, peut-il encore être qualifié d'acte gratuit ? »¹⁷²⁷. Aussi, J. Ghestin a estimé que « l'intervention de

¹⁷¹⁹ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 319.

¹⁷²⁰ Com. 17 nov. 1982, Note. M. Contamine-Raynaud, *D*, 1983, p. 527.

¹⁷²¹ E. Savaux, « Les nullités en cascade », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 120.

¹⁷²² E. Savaux, « Les nullités en cascade », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 114.

¹⁷²³ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1033.

¹⁷²⁴ *Idem*

¹⁷²⁵ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 320.

¹⁷²⁶ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1023.

¹⁷²⁷ *Idem* ; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 157.

la notion de cause n'est donc pas, sur le plan logique, très heureuse»¹⁷²⁸. Ce qui peut expliquer l'abandon de ces concepts chez des autres auteurs, comme Ph. Simler.

2. Les nullités partielles chez Ph. Simler

439. Ph. Simler, après avoir critiqué la cause, comme critère de distinction des nullités partielles et totales, a proposé deux autres critères. – Son premier critère est fondé sur l'autonomie de la volonté. Plutôt que de se demander si la clause nulle est la cause de l'obligation de celui qui demande la nullité¹⁷²⁹, il vaudrait mieux se demander si la clause nulle est celle qui a déterminé le consentement des parties¹⁷³⁰. Si la partie du contrat qui est nulle est un élément déterminant du consentement des parties, sans lequel, elles n'auraient pas contracté, c'est tout le contrat qui devrait être annulé. En effet, pour lui, « La nullité partielle est la sanction qui se réalise par la suppression dans l'acte d'un élément vicié ou par la réduction d'un quantum excessif et qui, lorsqu'elle est conforme à l'intention des parties, laisse subsister l'acte lui-même. »¹⁷³¹.

440. Mais à côté de ce consentement, il recourt également à l'efficacité de la sanction. – Pour lui, même si la clause nulle n'a pas déterminé le consentement de celui qui demande la nullité, la nullité pourrait être totale si l'efficacité de la sanction le justifie. En effet, si l'application d'un critère « conduit à priver d'efficacité la sanction de la disposition légale violée, il est certain que ce critère doit être écarté et que le juge doit appliquer la sanction appropriée »¹⁷³². C'est d'ailleurs là qu'apparaît l'influence de Japiot sur Ph. Simler, qui enseignait, lui aussi, que les effets de la nullité doivent être limités par le but de la règle violée¹⁷³³.

441. Même la Cour de cassation a semblé consacrer cette conception des nullités partielles. – Dans le but de frauder le fisc, certains vendeurs, indéliçables, peuvent stipuler un prix moindre sur l'acte de vente apparent, et préciser le véritable prix dans un contrat caché.

¹⁷²⁸ Car pour lui, «[...] l'utilisation constante des notions de cause impulsive et déterminante et d'indivisibilité apporte à la matière une part de l'obscurité qui caractérise leur usage de façon générale» (J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., pp. 1023, 1043).

¹⁷²⁹ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 311.

¹⁷³⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., pp. 431, 432 ; J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1988, p. 1016.

¹⁷³¹ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 11.

¹⁷³² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 433.

¹⁷³³ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 29.

L'article 1840 du code général des impôts sanctionne par la nullité l'acte caché (*Cf.* article 1321 C. civ.). Si la volonté des parties était de lier l'existence de l'acte apparent à l'acte caché, l'acte apparent aurait dû lui aussi être annulé. Mais le but de la règle fiscale ici est de sanctionner les fraudeurs. Or cette sanction consiste à dire que, comme le vendeur a caché le vrai prix, il ne devrait bénéficier que du prix modique apparent. Par conséquent, même si l'existence de l'acte caché est un élément qui a déterminé le consentement des parties, la disparition de cet acte ne va pas rejaillir sur l'acte apparent¹⁷³⁴.

Dans plusieurs autres décisions, la Cour de cassation a repris ce raisonnement¹⁷³⁵. Pour comprendre la logique de cette jurisprudence, il convient de faire un bref exposé des conclusions du premier avocat général à la Cour de cassation, M. J. Cabannes, qui furent suivies par la Cour. Pour lui, au «[...] delà de l'**intention des parties** , il paraît appartenir à votre Cour suprême de déterminer par interprétation de la volonté du législateur, les cas dans lesquels **l'efficacité de la sanction interdit de tenir compte de la volonté des parties** quant au caractère essentiel de la clause illicite ou son indivisibilité à l'égard de l'ensemble du contrat »¹⁷³⁶. Ces conclusions, qui ont été suivies par la Cour de cassation, montrent que l'efficacité de la sanction doit primer le caractère déterminant, pour le consentement des parties, de la clause nulle. Ce qui revient à limiter le champ de la volonté des parties par l'ordre public. En revanche, pour d'autres auteurs, comme C. Guelfucci-Thibierge, il faut tout simplement supprimer cette volonté dans les critères des nullités partielles.

3. Les nullités partielles chez C. Guelfucci-Thibierge

442. **L'importance prise par l'efficacité de la sanction dans les nullités partielles a poussé C. Guelfucci-Thibierge à supprimer la volonté parmi les critères des nullités partielles.** – Elle a critiqué l'utilisation de l'intention des parties. En effet, pour elle, on ne connaît pas réellement cette intention¹⁷³⁷. En plus, elle a estimé que cette intention des parties n'est qu'une résurgence de l'autonomie de la volonté dans la théorie des nullités, car on fait dépendre l'étendue de la nullité de la volonté des parties¹⁷³⁸. Ce qui peut expliquer la

¹⁷³⁴ Cass. Civ., 25 mars 1931, *D. P.* 1931. 1. 62.

¹⁷³⁵ Com. 26 février 1973, *Bull. Civ.*, IV, n°99, p. 84.

¹⁷³⁶ Cass. Ch. Mixte, 12 juin 1981, *Bull. Ch. Mixte*, n°5, p. 7 ; D. 1981, p. 413, concl. Cabannes.

¹⁷³⁷ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 288.

¹⁷³⁸ *Idem*, p. 287.

nécessité, pour elle, d'abandonner l'autonomie de la volonté afin de déterminer l'étendue de la nullité sur le contrat.

443. Cette exclusion de l'intention des parties a pour effet, dans cette théorie, de ne garder que l'efficacité de la sanction comme critère de la nullité totale ou partielle¹⁷³⁹. – Aussi, «[...] l'**illicite** se suffisant à lui-même, sans qu'il soit nécessaire qu'il se double de circonstances subjectives, comme l'existence d'une faute précontractuelle, ou d'une **intention des parties** de faire d'une clause ou d'un quantum un élément essentiel de l'acte. »¹⁷⁴⁰, le seul critère de la nullité partielle est l'efficacité de la sanction de la règle violée¹⁷⁴¹. Si cette sanction l'exige, la nullité sera totale, dans le cas contraire, elle sera partielle.

444. Cependant, cette exclusion totale de l'intention des parties, dans l'étude de l'étendue de la nullité, n'est pas partagée par J. Ghestin. – Pour lui, « On peut [...] reprocher à Mme Guelfucci-Thibierge d'avoir fait exagérément abstraction de la volonté des parties, notamment pour fixer l'étendue des nullités partielles. »¹⁷⁴². Ce qui peut étonner, car cette idée a été inspirée par J. Ghestin lui-même. En effet, pour lui, « [...] le dogme de l'autonomie de la volonté fait considérer le respect de l'intention des parties, au moins en apparence, comme un principe de solution unique. Or sur le fond, la volonté des parties, si respectable soit-elle, ne peut prévaloir sur la règle dont il s'agit d'assurer la sanction »¹⁷⁴³. Sans doute, ce que reproche J. Ghestin à son élève, c'est d'être allée trop loin dans la mise en cause de l'intention des parties, car lui, il ne veut pas mettre en cause l'intention des parties, mais il est « [...] en faveur d'une meilleure analyse, qui tend à donner à l'efficacité de la sanction la place qui lui revient dans le choix entre une annulation partielle ou totale du contrat »¹⁷⁴⁴. Toutefois, cette théorie n'est la seule à ne pas tenir compte de l'intention des parties, on retrouve la même dans la théorie de Sophie Gaudemet aussi.

¹⁷³⁹ **S. Gaudemet**, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., n°97.

¹⁷⁴⁰ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 292.

¹⁷⁴¹ Ce qui fait que pour Guelfucci-Thibierge la «[...] référence subsidiaire à l'intention des parties perd donc toute utilité propre puisqu'elle est soumise au but de la loi et consécutivement, **à l'efficacité de la sanction** qui permet son respect» (*Idem*, p. 287).

¹⁷⁴² *Idem*, p. XIV.

¹⁷⁴³ **J. Ghestin**, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1043.

¹⁷⁴⁴ *Idem*, p. 1044.

4. Le réputé non écrit et les nullités partielles chez S. Gaudemet

445. **Dans certains cas, c'est la loi elle-même qui précise que la nullité n'est pas totale mais partielle. – Ce qui est le cas des clauses réputées non écrites.** Dans ce cas, peut-on appliquer la théorie des nullités partielles pour dire que la nullité est totale ou pas ? Si la nullité peut être totale, quel peut être le critère ? Les termes réputés non écrits sont très flous en ce qui concerne l'étendue de la nullité. En effet, la loi parle indistinctement des clauses « qui sont nulles et de nul effet »¹⁷⁴⁵, qui sont « réputées non écrites »¹⁷⁴⁶ ou emploie l'expression : le contrat sera valable « nonobstant toute clause contraire »¹⁷⁴⁷. Selon les termes choisis par le législateur, certains pensent qu'il peut tenir compte de l'intention des parties ou pas dans la détermination de l'étendue de la nullité¹⁷⁴⁸. Cependant, pour Ph. Simler, si « ce système est tout à fait séduisant, il est à craindre, cependant, qu'il n'accorde une trop grande valeur aux termes employés par le législateur »¹⁷⁴⁹. Quant à J. Ghestin, il estime que. « [...] la formule réputée non écrite si elle limite l'exigence initiale d'annulation à la clause visée, ne préjuge pas en l'état actuel du droit positif, de son extension au contrat entier »¹⁷⁵⁰. Par conséquent, le réputé non écrit a été rattaché systématiquement aux nullités partielles, sans lui appliquer un des critères des nullités partielles, parce que, en sa présence, il était exclu que la nullité puisse être totale.

446. **C'est ce qu'a fait S. Gaudemet aussi dans ses travaux.** – Pour cet auteur, si le réputé non écrit est une nullité partielle, cette nullité ne peut pas être totale, même si la clause nulle a déterminé le consentement des parties. En effet, pour elle, dans le réputé non écrit, « **la question de la détermination de l'étendue de la sanction ne se pose pas.** Le maintien de l'acte juridique apparaît comme étant l'essence du procédé de la clause réputée non écrite »¹⁷⁵¹. Aussi, en cas de réputés non écrits « [...] le contrat qui les contient doit continuer

¹⁷⁴⁵ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 405.

¹⁷⁴⁶ *Idem.*

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*

¹⁷⁴⁹ C'est pour cela que Farjat, cité ici par Simler a ajouté qu'il « est en tout cas plus hasardeux de construire une théorie de l'annulation partielle sur les termes employés par un législateur dont les techniciens mettent en doute qu'il connaisse toujours la portée des termes qu'il emploie [...] Il n'y a pas d'emploi systématique par le législateur d'expressions consacrées » (*Ibid.*; pp. 405, 406).

¹⁷⁵⁰ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1988, p. 1024.

¹⁷⁵¹ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., n°106.

à produire effet pour le reste, sans semble-t-il qu'il y ait à rechercher l'importance que la clause a pu revêtir pour l'une ou l'autre des parties»¹⁷⁵².

447. **Toutefois, dans certains cas, la clause peut être réputée non écrite et emporter la nullité totale du contrat, si l'intention des parties était de faire de cette clause un élément essentiel.** – C'est ce qui est affirmé dans l'article L. 132-1 C. consomm., qui dispose que « [...] Les clauses abusives sont réputées non écrites [...] Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans les dites clauses [...] ». Par conséquent, Y. Lequette a estimé que l'on peut objecter à S. Gaudemet l'article L. 132-1 du Code de la consommation¹⁷⁵³. Mais il a aussi montré que l'on peut faire appel au droit comparé pour surmonter cette critique¹⁷⁵⁴. En effet, en ce qui concerne l'article L. 132-1 C. consomm. « la recherche de ses origines doit permettre d'en préciser le sens et de se convaincre que cette disposition ne devrait qu'**exceptionnellement** recevoir application. L'ensemble de la question est éclairé par le droit allemand [...] »¹⁷⁵⁵. Cependant, même quand cet article est appliqué, cet auteur a estimé qu'il ne peut pas être effectif, car cet article concernant le « consommateur, on conçoit difficilement qu'une clause qui crée à son détriment un déséquilibre significatif ait pu être une condition impulsive et déterminante de son engagement»¹⁷⁵⁶.

Certes, mais cette clause abusive peut être déterminante du consentement du professionnel, qui entendait faire un bénéfice, en introduisant une clause déséquilibrée dans le contrat. Donc si la clause est réputée non écrite, ce bénéfice, qui a déterminé son consentement, disparaît, ce qui permettra à ce professionnel de demander la nullité totale du contrat. On aurait pu rejeter un tel raisonnement en soutenant que le professionnel ne peut pas invoquer cette clause, parce qu'elle protège le consommateur. Mais, dans la logique même de cet auteur, « L'action en constatation du réputé non écrit devrait être ouverte à toute personne, sous la seule réserve de la démonstration d'un intérêt direct et personnel. Ce devrait être notamment le cas en matière de **clauses abusives**. Si la loi n'envisage pas la possibilité pour le **professionnel** de se prévaloir du caractère non écrit d'une clause, elle ne l'exclut pas non plus formellement»¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵² Pour S. Gaudemet, dans la nullité partielle, l'entendue de la nullité dépend de la volonté, mais « En toute hypothèse, il n'y a pas lieu de se livrer à une telle recherche en présence d'une clause réputée non écrite. Quelle que soit l'importance que l'une ou l'autre des parties a attachée à la clause, l'acte doit être maintenu sans la clause [...] » (*Idem*, n° 27 et 100).

¹⁷⁵³ *Ibid*, p. VI.

¹⁷⁵⁴ *Ibid*.

¹⁷⁵⁵ *Ibid*, n°65.

¹⁷⁵⁶ *Ibid*, n°64.

¹⁷⁵⁷ *Ibid*, p. 111.

Donc, l'idée selon laquelle l'article L. 132-1 C. consomm. ne serait pas applicable, parce que le consommateur ne l'invoquerait pas, pour des raisons d'opportunité, est à rejeter. En effet, selon la logique même de S. Gaudemet, le professionnel lui, il pourrait l'invoquer pour demander la nullité totale.

448. Evidemment, dans la réalité, un tel résultat serait impossible, car il serait incompatible avec le but de l'article L. 132-1 C. consomm. – Mais ce rejet de la nullité totale, ici, ne serait pas dû, au fait qu'il s'agit d'un réputé non écrit, mais au fait qu'une telle solution serait contraire à l'efficacité de l'article L. 132-1 du Code consommation¹⁷⁵⁸. Si c'était une autre loi, qui avait prévu cette sanction du réputé non écrit, la nullité pourrait être totale. Ainsi l'article 900 C. civ. a été le premier texte à mettre en place le réputé non écrit, car il date de la Révolution française¹⁷⁵⁹. Or, lors de l'interprétation de cet article, la Cour de cassation a estimé que « [...] la nullité d'une condition contraire à la loi **entraîne la nullité de la donation à laquelle elle était jointe**, s'il est reconnu [...] que la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité »¹⁷⁶⁰. Par conséquent, Lutzesco a estimé que « malgré les dispositions de l'article 900 C. civ., la jurisprudence a fait application de la nullité totale, lorsque la condition illicite était la cause impulsive et déterminante de la libéralité. »¹⁷⁶¹. Donc la théorie de S. Gaudemet sur la nullité partielle doit être relativisée, comme toutes les autres théories d'ailleurs.

B. Les limites des théories des nullités partielles

449. Dans le droit français, si l'efficacité de la sanction constitue un critère moins discutable que les autres critères, ni l'indivisibilité ni la cause, ni l'intention des parties ne sont des critères généraux. – Dans plusieurs cas, la nullité est partielle, sans se soucier de tous ces éléments. Ce qui s'illustre parfaitement dans l'article 1227 C. civ. qui dispose que « la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale ». Ce qui veut dire que même si la clause pénale a déterminé le consentement des parties, sa nullité n'entraînerait pas celle du contrat.

¹⁷⁵⁸ Cf. *Supra*, n° 441.

¹⁷⁵⁹ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 43.

¹⁷⁶⁰ Req., 3 mai 1863, S. 1864. 1. 269 ; D. P. 1863. 1. 429 ; J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1022.

¹⁷⁶¹ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 322.

On rencontre la même logique dans la clause compromissoire, ou la nullité du principal n'entraîne pas la nullité de la clause¹⁷⁶², sans se demander si cette sanction est efficace ou si le maintien de la clause compromissoire est conforme au consentement des parties ou pas.

Quant aux articles 944 et 945 C. civ., contrairement à l'article 900 C. civ. où la nullité de la condition n'entraîne pas celle de la donation, la nullité de la condition entraîne celle de la donation, sans qu'on n'utilise un des critères proposés par la doctrine. Ce qui prouve que le droit français ne contient pas de critère général, permettant de fixer la frontière entre la nullité partielle et la nullité totale. On trouve certes des cas dans les articles 1172 et 900 C. civ.¹⁷⁶³, mais ces cas sont loin d'être généraux.

450. Ce qui n'est pas le cas de plusieurs droits étrangers qui fixent un critère général lié à l'intention des parties. – Ainsi en droit allemand, ce critère existe dans l'article 139 *BGB*, qui dispose que « lorsqu'une partie seulement d'un acte juridique est nulle, l'acte **tout entier est nul**, à moins qu'on ne doive admettre que l'acte aurait été tout aussi bien réalisé, même sans la partie qui se trouve nulle»¹⁷⁶⁴. Il en est de même dans le droit italien, où l'article 1419-1 du Code civil italien dispose que « la nullité d'une clause emporte celle du contrat tout entier, **s'il apparaît que les contractants ne l'auraient pas conclu sans la partie de son contenu entachée de nullité** »¹⁷⁶⁵. Quant au code suisse des obligations, il dispose, dans son article 20, al 2, que « Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces dernières sont, seules, frappées de nullité à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que **le contrat n'aurait pas été conclu sans elles.** »¹⁷⁶⁶.

Tous ces textes utilisent, plus ou moins, la volonté, comme critère, pour dire si la nullité est partielle ou pas¹⁷⁶⁷. Ce qui n'est pas le cas du Code civil français. Partant, J. Ghestin a estimé que « par rapport au droit français, les dispositions étrangères [...] ont au moins le mérite de poser une solution de principe »¹⁷⁶⁸. Toutefois, le droit français commence à se rapprocher de

¹⁷⁶² Ph. Malaurie, L. Aynès et P-Y. Gautier, *Droit civil : les contrats spéciaux*, 5^e éd, op. cit., p. 651; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 341 ; J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1029.

¹⁷⁶³ *Idem*, p. 1021.

¹⁷⁶⁴ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 302.

¹⁷⁶⁵ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1014.

¹⁷⁶⁶ J. Ghestin a montré qu'il en est de même dans le projet Québécois de code civil, où on a estimé que « la nullité d'une clause n'entraîne pas la nullité du contrat, à moins qu'il ne résulte de sa nature ou de la volonté des parties qu'il n'aurait pas été conclu sans elle » (*Idem*)

¹⁷⁶⁷ *Ibid*, p. 1015.

¹⁷⁶⁸ *Ibid*

ces droits étrangers, parce que l'article L. 132-1 C. consomm, issu de la loi du 1^{er} février 1995, a repris le même critère que celui de ces droits étrangers, en disposant que « [...] les clauses abusives sont réputées non écrites [...] Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses [...] ». Dans l'article 1130-1 du projet Catala, sur réforme du Code civil, on propose de généraliser cet article à tous les types de contrat¹⁷⁶⁹. Mais en attendant cette réforme, les théories de nullités partielles restent incomplètes. On rencontre les mêmes limites dans l'étude des effets de la nullité dans le temps.

Sous-section 2. Les limites de la doctrine sur l'étendue de la nullité dans le temps

L'étendue de la nullité dans le temps pousse à s'interroger sur les effets de la décision prononçant la nullité dans le passé. Selon l'article 453 CPC « La date du jugement est celle à laquelle il est prononcé [...] ». Ce qui ne veut pas dire que les effets de ce jugement commencent à cette date. Dès lors que l'on considère que cette décision est déclarative¹⁷⁷⁰, ses effets peuvent rétroagir selon les classiques (§ 1) ; même si les modernes ont cherché à limiter cette rétroactivité (§ 2).

§ 1. La rétroactivité systématique des nullités chez les classiques

Si cette rétroactivité est systématique dans la théorie classique (A), elle n'est pas au-dessus de toute critique pour autant (B).

¹⁷⁶⁹ P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 97.

¹⁷⁷⁰ Ce qui n'a pas empêché E. Gaudemet, tout en estimant que la nullité est rétroactive, à dire que le jugement de nullité est constitutif. Mais en général si on dit que le jugement est déclaratif, c'est pour dire que ses conséquences sont rétroactives. (E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 161).

A. L'affirmation de la rétroactivité systématique de la nullité

451. La nullité vise à sanctionner le non-respect d'une condition de formation du contrat. – Son but est de rétablir les parties dans la situation dans laquelle elles étaient avant la formation du contrat. Or pour atteindre un tel but, il est nécessaire que la décision prononçant la nullité remonte au jour de la formation du contrat. Aussi, les auteurs classiques ont estimé que la décision prononçant la nullité est rétroactive. En effet, pour Toullier, « un acte déclaré nul par la loi est comme si jamais il n'avait existé, ses effets sont anéantis d'avance »¹⁷⁷¹. Cette position sera reprise par plusieurs autres auteurs, comme Mortet, pour qui « L'annulation d'un contrat prononcée en justice a pour effet de remettre les choses dans le même état que si le contrat n'avait jamais existé »¹⁷⁷².

452. Au demeurant, les auteurs ne font pas de différence ici entre les actes inexistantes et les actes annulables ; dans tous les cas la nullité est rétroactive. – Par conséquent, Baudry-Cantineriez a tenu à préciser que « La nullité ou la rescision prononcée en justice a pour résultat de remettre les choses dans l'état où elles étaient avant la formation de l'obligation [...] »¹⁷⁷³. Cependant, Beudant n'est pas aussi catégorique, car, en se fondant sur l'article 131 du projet de Code civil, devenu l'article 1234 C. civ.¹⁷⁷⁴, il a estimé que l'annulabilité peut être soumise à cet article, ce qui revient à limiter sa rétroactivité, car cet article est très ambigu sur ce point¹⁷⁷⁵.

Quant à Aubry et Rau, après avoir estimé que « la conséquence de tout jugement qui annule un acte, est de le faire considérer comme n'ayant jamais eu d'existence juridique »¹⁷⁷⁶, ils ont admis qu'un acte nul puisse produire une obligation naturelle¹⁷⁷⁷. Ce que contestent les autres auteurs classiques. Mortet, par exemple, ne croit pas « qu'il faut décider que le contrat annulé ne laisse jamais subsister d'obligation naturelle »¹⁷⁷⁸, car « [...] admettre qu'un acte nul peut cependant avoir une certaine efficacité juridique ce serait supposer qu'il existe dans le code

¹⁷⁷¹ M. C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, op. cit., tome VII, p. 578.

¹⁷⁷² C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p.192.

¹⁷⁷³ G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, op. cit., tome II, p. 271.

¹⁷⁷⁴ D. Deroussin, « C I C. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., pp. 215 et s.

¹⁷⁷⁵ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op.cit., t8, p. 198.

¹⁷⁷⁶ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op.cit., T 1, p. 123.

¹⁷⁷⁷ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 193.

¹⁷⁷⁸ *Idem*, p. 193.

[...] une nullité improprement dite, dans laquelle le contrat pourrait à certains égards **produire des effets** [...]»¹⁷⁷⁹. Mais en dépit de ces légères divergences, les classiques sont en général d'accord sur la rétroactivité de la décision prononçant la nullité.

453. Pour expliquer cette rétroactivité systématique, les auteurs contemporains ont invoqué l'influence de l'état de l'acte dans la théorie classique. – C'est ce qu'a affirmé G. de la Pradelle¹⁷⁸⁰. On rencontre d'ailleurs la même position chez C. Guelfucci-Thibierge pour qui ce principe de rétroactivité de la nullité est à rattacher à « [...] la conception de la nullité comme un état de l'acte »¹⁷⁸¹, car « [...] affirmer que l'acte annulé est censé n'avoir jamais existé [...] c'est apparenter la nullité à un état de l'acte existant dès sa conclusion [...]»¹⁷⁸².

Néanmoins, sans recourir à l'état de l'acte, certains admettent la rétroactivité systématique de la nullité. Ainsi, pour Gaudemet, qui rejette pourtant l'état de l'acte¹⁷⁸³, il « [...] faut que pour atteindre le but de la nullité, que l'annulation agisse, non seulement sur l'avenir, mais aussi sur le passé, qu'il y ait un **effet rétroactif** »¹⁷⁸⁴. Cela se rencontre chez d'autres auteurs du XX^{ème} siècle qui ne sont pas forcément à ranger parmi les classiques. Ainsi, pour Planiol et Ripert, « la nullité ou la rescision prononcée en justice a pour effet de remettre les parties dans l'état ou elles se trouvaient avant la formation du contrat [...] »¹⁷⁸⁵. Quant à Carbonnier, il enseignait que l'acte nul « [...] est censé n'avoir jamais existé »¹⁷⁸⁶. Ce qui montre que ce ne sont pas que des auteurs du XIX^{ème} siècle qui exigent la rétroactivité. En revanche, malgré ce consensus, qui transcende l'opposition entre les classiques et les modernes, cette rétroactivité systématique peut être critiquable.

B. La critique de cette rétroactivité systématique

454. Ce principe, qui consiste à voir dans la décision prononçant la nullité une décision rétroactive, souffre de certaines critiques. – Si le droit allemand l'a explicitement

¹⁷⁷⁹ Ibid

¹⁷⁸⁰ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 61.

¹⁷⁸¹ C. Guelfucci-Thibierge, nullité restitution responsabilité, , op. cit., p 322.

¹⁷⁸² *Idem*, p.1.

¹⁷⁸³ Cf. *Supra*, n° 163.

¹⁷⁸⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 161.

¹⁷⁸⁵ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., t6, p. 406.

¹⁷⁸⁶ J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, op. cit., t 4, p 200.

inscrit dans l'article 142 *BGB*, qui dispose que « lorsqu'un acte annulable est argué de nullité, il doit être considéré comme **nul dès l'origine** »¹⁷⁸⁷, le Code civil ne l'a pas précisé. Aussi, le projet Catala a-t-il tenu à le préciser dans son article 1130-3 qui dispose que « la convention nulle est censée n'avoir jamais existé [...] »¹⁷⁸⁸. Ce qui ne veut pas dire que le Code civil l'ignore. Par exemple, l'article 1131 C. civ. prévoit que l'acte nul ne produit aucun effet¹⁷⁸⁹.

455. Toutefois, l'article 1234 C. civ. est venu jeter un doute sur la rétroactivité des nullités dans le Code civil. – Cet article cite la nullité parmi les causes qui éteignent l'obligation au même titre que le paiement et la prescription. Donc, comme le paiement, la nullité n'opèrerait que pour l'avenir. D'où une mise en cause du principe selon lequel l'acte nul est censé n'avoir jamais existé. Cette contradiction de l'article 1234 C. civ. pousse à se demander « [...] comment mettre un terme à ce qui est censé n'avoir pas existé ? »¹⁷⁹⁰. Ce scepticisme se rencontre chez plusieurs autres auteurs, qui sont allés encore plus loin dans la critique, en voyant dans cet article une erreur législative. Ce qui fut le cas de Gaudemet¹⁷⁹¹, mais aussi de Bufnoir¹⁷⁹².

456. Cette anomalie est due à la déformation des idées de Domat par Pothier. – Comme le livre IV du tome I du traité de Domat, relatif à la rescision, s'intitulait « Des suites qui anéantissent ou diminuent les *engagemens* », il était logique de ranger cette rescision dans ce titre, parce qu'il s'agissait ici d'anéantissement du contrat¹⁷⁹³. Mais chez Pothier, ces développements ont été renommés « Des plusieurs autres manières dont s'éteignent les obligations ». Ce qui pose problème, parce qu'il n'est plus question « d'anéantissement du contrat », mais d'extinction du contrat. Ce qui revient à dire que la rescision n'a plus sa place dans ce titre, sauf à considérer que la nullité est une cause d'extinction du contrat. Or, c'est exactement ce qu'il a fait, en estimant que « Certaines causes, telles que le dol, la violence, l'erreur, l'incapacité [...] peuvent donner lieu à une demande en annulation ou en rescision

¹⁷⁸⁷ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 352.

¹⁷⁸⁸ P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 97.

¹⁷⁸⁹ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 197.

¹⁷⁹⁰ D. Deroussin, « C I C. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 215.

¹⁷⁹¹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 161; A. M. Demante continué / par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2è éd, op. cit., tome V, p. 492.

¹⁷⁹² Ainsi pour Bufnoir « [...] l'art. 1234 [...] énumère les actions en nullité ou en rescision parmi les modes d'extinction des obligations. Cette idée n'est pas parfaitement exacte. Si nous prenions le texte dans sa lettre, nous en concluons que l'obligation annulée ou rescindée devrait être considérée comme [...] s'étant éteinte. Or ce serait faux ; l'obligation doit être considérée comme n'ayant pas existé » (C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 695).

¹⁷⁹³ J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, p. 313.

[...] Si la demande est admise, l'obligation est **éteinte** [...] »¹⁷⁹⁴. C'est cette position de Pothier qui a été reprise dans l'article 1234 C. civ. et qui peut expliquer l'anomalie que présente cet article.

457. D'où la nécessité de corriger cet article, comme l'a souhaité Demogue, en estimant que « Des modes d'extinction énumérés par notre article, il faudrait **éliminer** d'abord la nullité ou la rescision. En effet, la nullité de l'acte juridique générateur de l'obligation efface tous les effets de cet acte ; elle n'éteint pas, elle anéantit rétroactivement l'obligation qu'il a engendrée »¹⁷⁹⁵ Dans le projet Catala de réforme du Code civil, on tient compte de ces critiques. D'où la proposition de remplacement de l'article 1234 C. civ. par l'article 1218, qui ne cite plus la nullité parmi les causes d'extinction des obligations¹⁷⁹⁶.

458. Cependant, peut-on réellement voir dans cette rédaction de l'article 1234 C. civ. une erreur de la part du législateur ? – Au regard des débats qui ont précédé l'adoption de cet article, réponse à cette question n'est pas aussi évidente¹⁷⁹⁷. Ainsi, lors des débats parlementaires, qui ont précédé l'adoption du Code civil, on a estimé, en parlant de l'article **1234 C. civ.**, que l'acte dont le vice est dû à l'absence ou à l'illicéité de son objet et de sa cause n'est pas soumis à cet article, contrairement à ceux qui souffrent d'un vice du consentement¹⁷⁹⁸. Ce qui revient à dire que les nullités relatives ne sont pas rétroactives ; seules seraient rétroactives, les nullités absolues, comme l'a soutenu, implicitement, Beudant¹⁷⁹⁹. Donc l'article 1234 C.civ. serait une entorse à la rétroactivité de la nullité, mais son champ ne serait limité qu'à la nullité relative. L'article 1131 C. civ. selon lequel l'obligation qui a une cause illicite ne produit aucun effet, viendrait conforter cette affirmation. Cependant, une telle interprétation de l'article 1234 n'a pas été consacrée par la

¹⁷⁹⁴ Pothier, *Traité des obligations*, tome II, p. 166.

¹⁷⁹⁵ R. Demogue, *Code civil annoté* par E. Fuzier-Harman (Nouvelle édition, refondue et mise à jour sous la direction de René Demogue), Paris : Recueil Sirey, 1937, p. 532.

¹⁷⁹⁶ P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 122.

¹⁷⁹⁷ A la lecture de certains articles du Code civil, on peut voir dans cet article une réelle volonté de mettre en cause la rétroactivité de la nullité. L'article 1844-7 C. civ., cite comme l'article 1234, la nullité parmi les causes qui mettent fin à la société, et l'article 1844-15 C.civ dit que la nullité de la société n'est pas rétroactive. Donc on pourrait dire dans ce cas que l'article 1234 C. civ. aussi met en cause comme ces articles précités, la rétroactivité de la nullité mais de façon générale. D'ailleurs les débats qui ont précédé l'adoption de cet article semblent corroborer une telle interprétation, du moins pour partie.

¹⁷⁹⁸ Cité par D. Deroussin, « C I C. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 214 et s.

¹⁷⁹⁹ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op.cit., t8, p. 198.

jurisprudence, selon laquelle toutes les nullités peuvent être rétroactives¹⁸⁰⁰. Ce qui prouve que les nullités sont rétroactives.

459. Mais malgré tous ces arguments favorables à la rétroactivité, il peut arriver que le législateur maintienne certains effets d'un acte nul au mépris de la rétroactivité de la nullité. – C'est ce qu'on retrouve dans les articles 201 et 202 C.civ., instituant le mariage putatif. Ces articles maintiennent certains effets d'un mariage nul à l'égard des époux de bonne foi et à l'égard des enfants. L'article 1038 C. civ. maintient l'effet révocatoire du testament d'un acte d'aliénation, même nul. Quant à l'article 2272 C. civ., il est allé dans le même sens, en considérant qu'un acte nul puisse être un juste titre, permettant d'abréger l'usucapion.

Dans tous ces cas, l'acte, bien qu'étant nul, produit des effets. Ce qui met en cause la théorie générale, qui soutient que la rétroactivité de la nullité est un principe général ; tout dépend des règles particulières, comme il a été soutenu dans la première hypothèse de ce travail. Pour tenir compte de cette diversité des règles, Aubry et Rau ont estimé que l'acte nul ne produit aucun effet sauf si le législateur a « [...] statué autrement »¹⁸⁰¹. Pour la théorie moderne aussi, la limitation de la rétroactivité de la nullité peut résulter de la règle violée, mais contrairement à ce qu'ont soutenu Aubry et Rau, cette limitation n'est pas due à la lettre de cette règle violée, mais à son but.

§ 2. La limitation de la rétroactivité des nullités fondée sur le but de la règle violée chez les modernes

Une citation nulle peut interrompre une prescription, l'acte authentique nul peut valoir commencement de preuve¹⁸⁰². Tous ces exemples du droit processuel ont poussé les modernes à soutenir que la nullité n'est pas systématiquement rétroactive en droit des contrats aussi (A). Pour justifier cette limitation, ils ont fait appel au but la règle violée (B).

¹⁸⁰⁰ **Civ. 1^{ère}**, 16 juillet. 1998 : Bull. civ. civ. I, n°251; **Civ. 3^e**, 2 oct. 2002: Contrats Conc. Consomm. 2003, n°23, note Leveneur.

¹⁸⁰¹ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op.cit., T 1, p. 123.

¹⁸⁰² G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 93.

A. L'affirmation de la limitation des effets de la nullité

Si par limitation de la rétroactivité de la nullité les modernes entendent le maintien de l'effet passé de l'acte (I), dans certains cas, ce maintien de l'effet passé de l'acte se confond, chez eux, aux nullités partielles (II).

I. Le maintien de l'effet passé de l'acte nul

460. Pour les classiques, quand la nullité est prononcée par le juge, elle rétroagit systématiquement. – Mais dans la théorie moderne, la rétroactivité n'est pas systématique. Cette idée existait déjà dans le droit romain, car « la nullité romaine n'est pas l'inexistence de tout contrat mais seulement paralysie du contrat, qui n'est pas nécessairement totale [...] »¹⁸⁰³. Des auteurs allemands, comme Jhéring, ont repris cette idée romaine, en estimant que « L'expression nullité, correctement établie, ne peut donc avoir qu'un sens restreint. Elle désigne, non l'absence de tous les effets, mais seulement celle de certains effets. »¹⁸⁰⁴.

461. Au début du siècle dernier, Japiot reprendra la même idée, en rompant avec les auteurs classiques. – En effet, pour lui, « La nullité de tel effet d'un acte n'exige pas la nullité de tous les autres. »¹⁸⁰⁵. Ce qui veut dire que la rétroactivité de la nullité n'est pas systématique, même si elle n'est pas totalement exclue, comme semble le penser C. Guelfucci-Thibierge, pour qui ce n'est pas la nullité qui rétroagit, mais la restitution¹⁸⁰⁶. Idée que l'on retrouve chez S. Gaudemet aussi¹⁸⁰⁷. Cependant, cette idée de limitation de la rétroactivité est loin de faire l'unanimité chez les auteurs du XX^{ème} siècle, car pour E. Gaudemet, la nullité a « [...] un effet rétroactif »¹⁸⁰⁸. Même chez Japiot, cette idée est loin d'être claire, puisqu'il confond parfois le maintien des effets passés de l'acte nul et la nullité partielle.

¹⁸⁰³ D. Deroussin, « C I C. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 193.

¹⁸⁰⁴ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., pp. 200, 201.

¹⁸⁰⁵ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 296.

¹⁸⁰⁶ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 7.

¹⁸⁰⁷ Pour S. Gaudemet, les effets du jugement prononçant la nullité « [...] ne rétroagissent pas. Ce sont ceux du jugement ordonnant la restitution qui produisent effet pour le passé » (S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, op. cit., p. 94).

¹⁸⁰⁸ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 161.

II. L'assimilation du maintien de l'effet passé de l'acte nul à la nullité partielle

462. **Si on signe un contrat contenant quatre clauses : A, B, C et D le 1^{er} octobre, et si le 1^{er} novembre la clause C est annulée, on peut parler de nullité partielle.** – Cependant si à la même date tout le contrat est annulé, les effets produits par les quatre clauses du contrat entre le 1^{er} octobre et le 1^{er} novembre, peuvent être maintenus, bien qu'il ne s'agisse pas d'une nullité partielle, mais du maintien de l'effet de l'acte nul. Cette différence est loin d'être évidente dans la doctrine. Ainsi si Japiot admet qu'un acte nul puisse produire un effet, pour le passé, en estimant que l'effet de la nullité peut être limité « [...] pour que l'acte nul puisse, malgré la nullité, produire des effets [...] »¹⁸⁰⁹, il assimile plus loin cet effet à la nullité partielle, affirmant que « la nullité de tel effet d'un acte n'exige pas la nullité de tous les autres »¹⁸¹⁰. C'est sans doute pour cette raison que Piedelièvre a estimé qu'il n'y a pas de différence entre la nullité partielle et l'effet produit par l'acte nul. En effet, pour lui, en cas d'effet produit par un acte nul, « ce n'est pas l'acte nul qui produit des effets, mais ce qui en reste de valable »¹⁸¹¹. Ce qui revient à dire que l'acte nul qui produit des effets n'est nul que partiellement.

463. **Néanmoins, cette distinction est absolument établie par Ph. Simler, selon qui l'effet de l'acte nul n'est pas systématiquement assimilable à la nullité partielle**¹⁸¹². – En effet, pour lui, dans la nullité partielle, « une clause, un fragment de l'acte juridique subsistent réellement [...] alors que [...] ce n'est qu'un effet de l'acte qui est maintenu, en l'absence de tout support matériel. »¹⁸¹³ pour l'effet produit par l'acte nul. Néanmoins, malgré cette précision, la confusion existe toujours, notamment dans la justification de la limitation des effets de la nullité. Par conséquent, cette différence ne sera pas respectée ici avec rigueur, pour ne pas exclure certaines explications de la limitation des effets de la nullité.

¹⁸⁰⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 670, 673.

¹⁸¹⁰ Pour Japiot la nullité touche aux « [...] conséquences de l'acte et non pas l'acte *in globo*, on conçoit que certaines de ces conséquences seulement soient supprimées tandis que d'autres subsistent [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 296 et 638).

¹⁸¹¹ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 16.

¹⁸¹² *Idem*, p.18 et s.

¹⁸¹³ *Ibid*, p. 20.

B. La justification de la limitation des effets rétroactifs de la nullité

464. **L'idée selon laquelle la décision prononçant la nullité doit anéantir l'acte nul depuis sa formation peut apparaître comme une évidence.** – Cependant, cette évidence est une illusion, puisque cette rétroactivité n'est pas admise dans toutes les branches du droit. En droit pénal, cette rétroactivité de la nullité n'est pas admise systématiquement. L'article 314-1 C. pén a fait de l'existence d'un contrat un des éléments de l'abus de confiance. Or, un contrat nul peut fonder l'abus de confiance¹⁸¹⁴. Ce qui veut dire qu'un contrat nul en droit pénal peut produire des effets. La même idée a été reprise par le droit fiscal dans l'article 735 du code général des impôts qui soumet toute vente d'un immeuble à un droit de mutation. Puisque le fait générateur de cet impôt est le contrat de vente, cela veut dire que si ce contrat de vente est nul, cet impôt n'est plus dû. Est-ce que pour autant le contribuable peut répéter l'impôt déjà versé à l'administration ou refuser de verser l'impôt dû, puisque la vente nulle est censée n'avoir jamais existée, en soutenant que lui-même, il est censé n'avoir jamais été redevable de cet impôt ? On a estimé que l'impôt reste dû, même si la vente, qui est son fait générateur, est nulle¹⁸¹⁵. Ce qui veut dire que la vente nulle peut être un fait générateur du droit de mutation à titre onéreux.

Le maintien des effets de l'acte nul dans ces deux branches se justifie par leur réalisme. Le droit pénal ayant pour but la sanction des actes qui mettent en cause l'organisation de la société, le juge pénal, pour atteindre cet objectif, ne peut pas se laisser limiter par des fictions juridiques du droit civil¹⁸¹⁶. On peut trouver la même justification pour le droit fiscal, qui, lui aussi, ne veut pas priver l'Etat des recettes dont il a besoin pour des raisons théoriques. Du fait de l'autonomie du droit fiscal et du droit pénal par rapport au droit civil¹⁸¹⁷, cette justification n'est pas transposable dans cette branche.

465. **Pour plusieurs auteurs, la nature du contrat peut aussi justifier la limitation de la rétroactivité de la nullité en droit civil.** – Ainsi, pour les contrats à exécution successive, la rétroactivité serait impossible, car on ne peut pas faire comme si le contrat n'avait pas existé

¹⁸¹⁴ V. J. et A.-M. Larguier, « Le rejet de l'analyse rétroactive en droit pénal », *Rev. Sc. Crim.* 1972, p. 759.

¹⁸¹⁵ G. Jacques et M. Philippe, *Droit fiscal général*, 5^e éd, Paris : Dalloz, 2005, p.428.

¹⁸¹⁶ G. Patrice, *Droit pénal spécial*, Paris : Dalloz, 2005, p. 213.

¹⁸¹⁷ P. Xavier, *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, 2005, p. 23 ; G. Jacques et M. Philippe, *Droit fiscal général*, op. cit., p. 36.

dans le passé¹⁸¹⁸. Si un bail est annulé, on ne peut pas effacer l'occupation des lieux, par le locataire, avant l'annulation. Toutefois, cette position a été contestée par certains auteurs qui estiment que ce n'est pas la nature du contrat qui justifie la limitation de la rétroactivité ici, mais la nature de l'obligation, qui est une obligation de faire, non susceptible de restitution en nature. Aussi, B. Starck, H. Roland et L. Boyer ont-ils estimé que, certes, il y a une limitation de la rétroactivité de la nullité des contrats à exécution successive, mais « [...] cette conséquence découle, non du fait que le contrat est à **exécution successive**, mais de **la nature de la prestation exécutée**, une obligation de faire le plus souvent. La même difficulté pourrait se rencontrer dans un contrat à exécution instantanée »¹⁸¹⁹. C'est au demeurant ce qu'ont montré Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck en distinguant les contrats avec prestations non monétaires, dont la nullité ne rétroagit pas même pour les contrats à exécution instantanée¹⁸²⁰, et les contrats avec prestations monétaires, dont la nullité rétroagit dans tous les cas¹⁸²¹.

466. Quant à Japiot, pour lui, ce n'est pas que la nature du contrat qui justifie cette limitation de la rétroactivité, mais aussi et surtout la règle violée. – Cette limitation peut être utilisée non seulement pour permettre l'application de cette règle (I), mais aussi pour permettre son efficacité (II). D'où la nécessité de vérifier cette idée.

I. La limitation de la rétroactivité des nullités et l'effectivité de la sanction

467. La loi est l'expression de la volonté générale. – Elle intervient pour régler un problème social. Cependant, il arrive souvent que la loi n'atteigne pas son objectif, car elle n'est pas appliquée¹⁸²². Une règle non appliquée est considérée par la sociologie juridique comme une règle non effective. En effet, l'effectivité est le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »¹⁸²³. L'inaffectivité peut être due à

¹⁸¹⁸ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 567; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 306; **M. Planiol** et **G. Ripert**, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 406.

¹⁸¹⁹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd, op. cit., p. 85.

¹⁸²⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 348.

¹⁸²¹ *Idem*, p. 349.

¹⁸²² C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 48.

¹⁸²³ C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 4.

l'ignorance des justiciables, malgré la publicité prévue dans l'article 1^{er} du Code civil¹⁸²⁴. Mais elle peut aussi être due au fait que l'application de la loi n'est pas opportune pour ceux qu'elle est censée protéger. Ce qui est le cas de certaines règles sanctionnées par la nullité, parce que les effets de cette nullité peuvent rendre ces règles inopportunes pour ceux qu'elles protègent (1). D'où la nécessité, pour les modernes, de limiter les effets de cette nullité, pour rendre la règle violée plus effective (2).

1. La limitation de la rétroactivité des nullités et l'efficacité de la sanction

468. **Si une personne est liée à son employeur par un contrat vicié, à son bailleur par un bail vicié ou à sa banque par un prêt usuraire, cette personne pourrait demander la nullité de ces contrats.** – Mais si elle obtient gain de cause, elle va non seulement perdre son travail, rembourser son prêt, avant l'échéance, mais aussi et surtout perdre son logement. Ce qui risque d'être plus préjudiciable pour elle que la violation de la loi, car la suppression du lien contractuel, premier effet de la nullité, « peut contribuer à l'inefficacité de cette sanction lorsqu'elle ne correspond pas à l'intérêt de la victime. L'anéantissement du contrat devient préjudiciable pour elle lorsque, malgré la violation, le contrat conserve une utilité [...] »¹⁸²⁵.

Ce qui dissuade de demander l'application d'une règle, pourtant protectrice, pour une partie¹⁸²⁶. En réalité, « si l'on veut protéger le consommateur, il faut l'**inciter** à dénoncer l'illicite ; or la perspective de perdre le crédit promis, et donc de renoncer à l'opération projetée, le dissuaderait d'agir »¹⁸²⁷. Pour lever un tel frein, à l'action en nullité, il est nécessaire de limiter les effets de la nullité, afin que la règle violée soit effective.

¹⁸²⁴ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 112.

¹⁸²⁵ C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., pp. 56 à 62.

¹⁸²⁶ Ainsi pour Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Y. Gauthier si on annule totalement le prêt pour usure, on « obligerait l'emprunteur à restituer le capital avant l'échéance et le dissuaderait ainsi d'agir » (Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Y. Gauthier, *Droit civil : les contrats spéciaux*, op. cit., p. 542).

¹⁸²⁷ *Idem*, p. 554. Ainsi pour A. L. Prim-Thomas, la nullité totale « [...] du contrat de prêt aurait été inopportune car elle aurait eu pour conséquence la restitution par l'emprunteur du capital et cela aurait pu le dissuader d'agir » (A. L. Prim-Thomas, *Le prêt d'argent au regard de la théorie générale du contrat*, op. cit., p. 145). Quant à J. Ghestin « Alors même d'ailleurs que la nullité viserait seulement à protéger les intérêts particuliers de l'une des parties [...] l'extension de la nullité d'une clause irrégulière à l'ensemble du contrat pourrait être de nature à décourager la mise en œuvre de cette faculté » (J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1015). Voir aussi : Pour C. O. de Vincelles aussi « [...] la crainte de voir le contrat annulé dans son entier peut être un frein

2. La limitation des effets de la nullité comme solution pour l'effectivité de la loi

469. **Au regard de ce qui vient d'être dit, il apparaît qu'une règle protectrice peut exister sans que l'on puisse l'invoquer, car son application serait inopportune, du fait de la rétroactivité systématique de la nullité.** – Pour remédier à cette situation, il est nécessaire de limiter les effets de la nullité. En effet, « La loi doit avoir pour but d'inciter à dénoncer l'illicéité : il faut que celui qui demande la nullité y trouve un intérêt »¹⁸²⁸ Or si les effets de la nullité sont plus néfastes que la violation que cette nullité sanctionne, on ne peut pas l'invoquer.

Donc, pour inciter les personnes protégées à invoquer la nullité, il ne faut pas que la nullité rende l'acte vicieux systématiquement inefficace, car pour Japiot, si la nullité « semble trop mal adaptée au milieu où elle aurait à fonctionner : mieux vaudrait alors tolérer l'efficacité comme un moindre mal »¹⁸²⁹. Ainsi si la sanction de l'augmentation illicite du loyer, dans un bail illicite, est la baisse du loyer au coût légal, le preneur pourrait facilement contester le caractère exorbitant du loyer, sans risquer de perdre son logement¹⁸³⁰. Il en est de même pour l'usure : si on se contentait de réduire le taux, l'emprunteur pourrait plus facilement contester l'usure, sans risquer de rembourser le capital avant l'échéance, car l'efficacité du prêt n'est pas mise en cause¹⁸³¹.

Le droit de la consommation a tenu compte de cette nécessité et a assoupli certains effets de la nullité pour la rendre plus effective. Mais ces assouplissements ont davantage pris la forme des nullités partielles que des maintiens des effets produits par l'acte nul. Ce qui montre là-aussi comme, l'a dit Piedelievre, la proximité entre les nullités partielles et les effets de l'acte nul. En effet, dans tous ces cas, on est plutôt en face des nullités partielles. Mais s'il s'agit de l'efficacité de la sanction, la nullité partielle se distingue clairement des effets de l'acte nul.

à la demande en nullité [...]» (C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 95).

¹⁸²⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 327.

¹⁸²⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 41.

¹⁸³⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 343.

¹⁸³¹ *Idem*.

II. La réalisation du but de la loi et l'efficacité de la sanction

470. **L'efficacité d'une règle, c'est le fait pour elle d'atteindre son but.** – En effet, elle est un « mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent. »¹⁸³². En conséquence, « [...] apprécier l'efficacité des sanctions juridiques revient à mesurer l'adéquation des effets qu'elles produisent aux finalités qu'elles poursuivent [...] »¹⁸³³. Ce qui peut expliquer l'existence d'un véritable lien de dépendance entre la sanction et la règle, dont la violation, est sanctionnée. En effet, cette sanction n'est efficace que si elle atteint le but de cette dernière.

471. **Ce lien entre la loi et sa sanction existe plusieurs auteurs**¹⁸³⁴. – Depuis le XIX^{ème} siècle, ce lien existait chez Solon, qui affirmait qu'il existe « [...] une relation intime entre les **nullités** et les **lois** à l'inobservation desquelles elles avaient été attachées, et que la nature d'une nullité, l'importance de ses effets, dépendaient entièrement de l'objet de la disposition à laquelle il avait été contrevenu »¹⁸³⁵. Quant à Saleilles, il a estimé que la nullité est l'accessoire de la règle violée¹⁸³⁶. Aussi, Drogoul a-t-il tenté de construire sa théorie des nullités autour de ce principe en estimant qu'il « [...] ne faut pas croire que la loi s'amuse à priver un acte de tous effets pour le seul plaisir de la logique abstraite. Si elle se résout à une décision aussi grave, c'est qu'elle a des **motifs** très puissants de le faire. Ce sont ces motifs qu'il convient de chercher »¹⁸³⁷. C'est cette idée que reprendra Japiot pour qui « Il ne faut envisager la nullité que comme un accessoire des règles juridiques. Ce sont ces règles qu'il faut étudier ; il faut analyser attentivement le mal et ses causes afin de connaître le remède à employer [...] Il faut pénétrer intimement le **but** de ces règles et leurs raisons d'être : il faut se demander ce que le législateur a voulu et pourquoi il l'a voulu, quels sont les intérêts dont il avait en vue de prendre la défense ; il faut rechercher les dangers auxquels le législateur a voulu parer [...] Guidé par ces considérations, on découvrira les formes spéciales que devront revêtir les

¹⁸³² C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 4.

¹⁸³³ *Idem*, p. 6.

¹⁸³⁴ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1008.

¹⁸³⁵ M.V. H. Solon, *Théorie sur la nullité des conventions et actes de tout genre en matière civile*, op. cit., tome I, p. 1.

¹⁸³⁶ M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 538.

¹⁸³⁷ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, loc. cit., p. 229.

nullités [...] afin de se modeler et de s'adapter de la manière la plus étroite aux règles qu'elles sanctionnent»¹⁸³⁸.

Cette idée sera reprise par plusieurs autres auteurs du XX^{ème} siècle¹⁸³⁹. Même le projet Catala, sur la réforme du Code civil, l'a reprise dans son article 1130-2 qui dispose que « [...] la convention est maintenue si la **finalité de la règle violée** exige son maintien [...]»¹⁸⁴⁰. Donc, on peut dire que la théorie moderne limite la rétroactivité (2) c'est parce que si la nullité est systématiquement rétroactive, le but de la règle violée risque de ne pas être atteint (1).

1. La contrariété du but de la règle violée par la rétroactivité systématique des nullités

472. A chaque loi son but : « réparation [...] dissuasion »¹⁸⁴¹ et protection sont toutefois les buts les plus fréquents dans les lois civiles. – Or, la rétroactivité systématique risque de mettre en cause ces buts. Par exemple, si le mineur contracte avec un majeur, le but de la loi est de protéger le mineur et de dissuader le majeur, qui veut profiter de sa faiblesse, de contracter avec lui. Mais si la nullité de l'acte, résultant de la violation de ce but de protection et de dissuasion, oblige le mineur à restituer tout ce qu'il a reçu, même ce qu'il a dilapidé, la protection de ce mineur ne sera pas efficace. Aussi, Ph. Simler a estimé que dans les contrats passés par les mineurs, la nullité ne doit pas être systématiquement rétroactive, parce que dans « [...] ce cas, **les effets de la nullité seraient contraires aux intérêts de l'incapable**, dont il ne faut pas perdre de vue que la mesure qui le frappe a pour objet de le protéger. »¹⁸⁴². Ce qui montre à quel point la rétroactivité systématique ne permet pas

¹⁸³⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 167.

¹⁸³⁹ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 8; C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 3.

¹⁸⁴⁰ P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 97.

¹⁸⁴¹ C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. X. Pour Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck la nullité dépend de la politique législative, qui a pour but « de décourager [...] l'accomplissement d'irrégularités ; si les justiciables savent que le contrat qu'ils envisagent de conclure est destiné à être annulé, ils seront dissuadés de le faire » (Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 327).

¹⁸⁴² P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 570. ; Voir aussi : Ainsi pour de La Pradelle, « Il convient d'éviter que la réaction ne crée elle-même un désordre égal ou plus grand que l'irrégularité initiale » (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 87).

d'atteindre le but de la règle violée. D'où la nécessité de limiter les effets de la nullité pour atteindre ce but de la loi.

2. La limitation des effets de la nullité comme solution pour l'efficacité de la sanction

473. **Pour atteindre le but de la loi, on doit limiter les effets de la nullité.** – Ainsi, Japiot a-t-il estimé que la nullité s'attaquera aux effets de l'acte « [...] que de la façon et dans la mesure où cela est utile pour que soit atteint le but de la règle violée dont elle est la sanction [...] »¹⁸⁴³. Or ces buts tournant généralement autour de la dissuasion, C. O. de Vincelles a estimé que « La nullité du contrat, pour être efficace, doit produire des effets en adéquation avec les finalités poursuivies par les sanctions, qui sont de deux ordres : dissuasive et réparatrice. »¹⁸⁴⁴. Ainsi si un majeur contracte avec une personne protégée, c'est la plupart du temps pour profiter de son de sa faiblesse afin de s'enrichir.

474. **D'où la nécessité de le dissuader de contracter avec des personnes protégées.** – C'est ce qui explique la mise en place des règles de protectrices dans l'article 1312 C. civ. Néanmoins, si la nullité, résultant de la violation de ces règles de protection, est systématiquement rétroactive, celui qui contracte avec cette personne protégée ne risquerait rien, sauf à restituer ce qu'il a reçu. Cependant s'il risque de ne pas obtenir la restitution de ce qu'il a versé à cette personne protégée, il réfléchira à deux fois avant de contracter avec lui. C'est pour cette raison que l'article 1312 C. civ. a limité l'effet rétroactif de la nullité en disant que la personne protégée ne restitue que ce qui a tourné à son profit en cas de nullité. Si la nullité avait été réellement rétroactive ici, la personne protégée aurait restitué tout ce qu'elle a reçu, même ce qu'elle a dilapidé. Ce qui a poussé Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck à soutenir que « [...] l'article 1312 [...] constitue une protection énergique de l'incapable, devant **dissuader** de contracter avec »¹⁸⁴⁵ une personne protégée. Si les effets de la nullité n'étaient pas limités ici, le but dissuasif et protecteur ne serait pas atteint ici, car celui qui voulait profiter de la personne protégée serait toujours dans la certitude qu'il

¹⁸⁴³ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 662.

¹⁸⁴⁴ C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 55.

¹⁸⁴⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 348; A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, op. cit., p. 131. ; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 307; C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 42.

recupérera ce qu'il a donné à cette personne protégée¹⁸⁴⁶. Ce qui prouve ici que la limitation de la rétroactivité permet d'atteindre le but de la loi violée.

475. On rencontre la même idée dans l'étude du principe *nemo auditur*. – Pour éviter les contrats immoraux, on limite l'effet rétroactif de la nullité en soutenant que celui, qui a le but immoral dans un contrat, ne peut pas obtenir la restitution de ce qu'il a versé, en cas de nullité. Le but de ce principe vise à « [...] sanctionner la partie à un contrat qui a poursuivi un but immoral [...] »¹⁸⁴⁷, car pour C. Larroumet, ce principe est « [...] un instrument de **prévention** des contrats immoraux »¹⁸⁴⁸. En effet, il « [...] contraint la **canaille** à régler comptant ses affaires, c'est-à-dire à ne jamais se faire crédit, ce qui la **dissuade** de faire un certain nombre de contrats »¹⁸⁴⁹.

C'est donc pour atteindre ce but de dissuasion que l'on limite l'effet rétroactif de la nullité, qui oblige chaque partie à restituer ce qu'elle a reçu, en se fondant sur le principe ***nemo auditur***. Mais cette limitation des effets de la nullité pour atteindre le but de la règle violée est loin d'être générale.

B. Les limites de la justification de la limitation des effets de la nullité par le but de la règle violée

476. Le droit positif ne limite pas toujours les effets de la nullité pour atteindre le but de la règle violée. – Ce qui s'illustre parfaitement dans le principe *nemo auditur*. Ce principe ne peut pas toujours limiter les effets de la nullité pour dissuader les parties de contracter des contrats illicites. Ainsi, si les deux parties ont en commun un but illicite, ce qui est souvent le cas, le refus de restitution ne dissuade pas ; il donne effet à un contrat illicite, car chacun garde ce qu'il a reçu, comme si le contrat n'avait pas été annulé. Aussi, le Doyen Carbonnier a-t-il estimé que « [...] dans tous les cas où les deux contractants ont participé à la violation

¹⁸⁴⁶ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Droit des personnes*, Paris : Presse universitaire de France, 2006, p. 124.

¹⁸⁴⁷ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd., op. cit., p. 571.

¹⁸⁴⁸ *Idem*, p. 572.

¹⁸⁴⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 350 ; A. Benabent, *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, op. cit., p. 132 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd, op. cit., p. 380 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 441 ; J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1078.

de l'ordre public, la nullité devrait avoir pour épilogue la confiscation, au profit du Trésor, des prestations accomplies, plutôt que leur restitution à celui qui les a faites. »¹⁸⁵⁰.

477. **Au-delà de cet obstacle, le principe *nemo auditur* ne permet pas de sanctionner systématiquement les buts illicites.** – Même si le contrat viole une règle, qui a pour but de dissuader certains actes, on ne limite pas souvent les effets de la nullité pour refuser à celui qui vise un but illicite la restitution, si la règle violée n'a pas un contenu moral¹⁸⁵¹. C'est ce qu'a montré J. Ghestin en estimant que le principe *nemo auditur* « [...] s'applique essentiellement, en principe, aux contrats immoraux »¹⁸⁵². Dans tous les autres cas, si le contrat est nul pour cause illicite, chacun doit restituer ce qu'il a reçu, car, selon l'article 1131 C. civ. « l'obligation [...] sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Ce qui prouve que les effets de la nullité ne sont pas toujours limités afin d'atteindre le but dissuasif de la loi violée.

478. **Il n'y a donc pas de règle générale affirmant que, pour atteindre le but de la loi, il faut limiter les effets de la nullité ; il n'y a que des règles spécifiques.** – Par conséquent, on peut estimer que « Si le législateur a pris conscience de l'inefficacité de la nullité, il n'y a remédié que par des **sanctions spéciales** frappant la violation de règles protectrice elles-mêmes spéciales, sans remettre en cause le **droit commun de la théorie des nullités** [...] Aussi est-il nécessaire, pour la cohérence et l'efficacité du droit, de repenser les sanctions afin que leurs effets soient en adéquation avec leurs objectifs réparateur et dissuasif »¹⁸⁵³. En attendant cette réforme souhaitée, la théorie moderne, qui soutient que les effets de la nullité sont limités pour atteindre le but de la loi, ne rend compte que d'une partie du droit positif, tout en occultant une grande partie de ce droit. Ce qui illustre la première hypothèse émise dans ce travail et qui soutient qu'une théorie générale des nullités ne peut pas refléter le droit positif, car les solutions sont trop diverses.

¹⁸⁵⁰ J. C. carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 142.

¹⁸⁵¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 350; J. C. carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 195.; C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., pp. 502, 505.

¹⁸⁵² J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 1076.

¹⁸⁵³ C. O. de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 128.

Conclusion de la section

479. **Si le juge rend la décision de nullité, il constate un vice, qui existait dans le contrat, depuis sa formation ; il se prononce aussi sur les différentes parties du contrat.** – Si lors de sa décision il n’annule pas tout le contrat, mais une de ses parties, on s’est demandé dans cette section si cette décision peut être étendue à tout le contrat ou pas. Pour répondre à cette question, il a été montré que plusieurs auteurs ont proposé des critères pour dire à partir de quand tout le contrat est nul ou pas. Ces critères ne sont pas tous parfaits, en effet le système français n’a pas mis en place un mécanisme général des nullités partielles.

480. **Il a été également montré dans cette section que, comme la décision qui reconnaît la nullité reconnaît aussi un vice qui existait depuis la formation du contrat, certains auteurs ont estimé que cette décision doit rétroagir à ce jour.** – Dans ce travail, s’il a été montré que cette idée est loin d’être générale ; il a été surtout montré qu’il n’y a pas d’un côté les classiques, qui admettent la rétroactivité, et de l’autre les modernes qui la limitent. Si Beudant, classique, admet des limitations à l’effet de la nullité, pour Gaudemet, moderne, la nullité est systématiquement rétroactive, alors que pour Japiot, cela dépend du but de la règle violée. Là encore, comme on l’a soutenu dans la troisième hypothèse de ce travail, la relativité de l’unité doctrinale des auteurs est parfaitement illustrée.

Dans cette section, il a été enfin montré que cette limitation de la rétroactivité, de la nullité par le but de la règle violée, est loin d’être générale pour justifier la construction d’une théorie générale des nullités qui reflèterait le droit positif.

Conclusion du chapitre

481. **La décision du juge est-elle constitutive ou déclarative ?** Des auteurs ont cherché à proposer des critères pour dire à partir de quand elle est constitutive ou déclarative. Cependant, ces critères ne peuvent pas refléter le chaos du droit positif. Contrairement à ce que soutiennent les classiques, la décision n’est pas déclarative s’il s’agit d’une inexistence et constitutive s’il s’agit d’une annulabilité. En ce qui concerne les droits de mutation, la décision est déclarative sans se soucier du type de nullité. Il en est de même dans l’article 550 C. civ., qui fait de l’acheteur un possesseur en cas de nullité. Mais en ce qui concerne le

transfert des risques, la décision est constitutive. Dans d'autres cas aussi, la décision n'est pas déclarative. Ainsi la nullité du mariage ne fait pas de l'enfant, né de ce mariage, un enfant naturel (au moment où cette catégorie existait). La nullité du contrat de travail ne fait pas du salarié un chômeur depuis la formation du contrat. Il en est de même pour la nullité de la société. On touche ici les limites de la théorie classique, car on ne se réfère pas à la distinction entre l'annulabilité et l'inexistence pour déterminer la nature de la décision sur la nullité. Même ceux, comme Japiot et Gaudemet qui admettent le caractère exclusivement déclaratif ou constitutif, ne reflètent pas ce chaos du droit positif non plus. D'où la nécessité d'éviter une théorie générale, comme il a été soutenu dans la première hypothèse de ce travail.

482. En ce qui concerne les nullités partielles, la même diversité domine dans les articles 1227, 944, 945, 900, 1172 C. civ. et L. 132-1 C. Consumm. – Tous ces textes parlent de nullités partielles sans qu'on puisse y déceler un critère général permettant de dire, à partir de quand, la nullité est partielle ou totale. Il en est de même en ce qui concerne les effets de la nullité dans le temps. La lecture des articles 1234, 1312, 2272, 1131, 1038 201 et 202 C. civ, ne permet pas de savoir si le législateur a posé le principe de la rétroactivité ou pas. Ce qui peut expliquer l'impossibilité pour la doctrine de proposer une théorie générale sur ces points.

CONCLUSION DU TITRE

483. **Si les nullités ont été classées en catégorie par les auteurs, comme on l'a vu dans le premier titre de ce travail, c'est pour permettre l'application d'un régime à ces nullités.** – C'est ce régime qui a été exposé, dans ce titre, aussi bien en ce qui concerne l'action que ses effets. Une classification n'est parfaite que si les catégories qu'elle construit correspondent aux propriétés, définies à l'avance, pour ces catégories. Ces propriétés sont assimilables au régime de la nullité. Donc ce régime doit correspondre à chaque catégorie prédéfinie par la classification. Dans ce titre, il a été justement montré que les catégories construites par la théorie classique ou la théorie moderne – inexistence, annulabilité, nullité absolue et nullité relative – ne coïncident pas nécessairement avec le régime prévu. Ce qui apparaît aussi bien s'agissant des conditions d'existence de l'action que des conditions d'exercice ou de disparition de cette action. Dans tous ces cas, les catégories de nullité ne déclenchent pas, systématiquement, le régime prévu pour elles dans la classification. On a constaté la même situation dans l'étude des effets de la décision reconnaissant la nullité.

484. **Au fond, les classifications des théories générales des nullités, proposées par les auteurs, sont inopérantes.** – On aurait pu soutenir que les règles qui contredisent les deux théories générales, exposées ici, sont des règles spéciales et qu'il est normal que la règle spéciale déroge au droit commun. Mais c'est justement ce droit commun des nullités qui n'existe pas dans le Code civil¹⁸⁵⁴. L'article 1107 C. civ. ne saurait venir au secours des deux théories générales, car ces théories ont été proposées en partant des règles spéciales¹⁸⁵⁵. Elles sont donc censées refléter l'ordre caché de ces règles¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵⁴ Cf. *Infra et supra*, n° 59 et 696.

¹⁸⁵⁵ Cf. *Infra*, n° 641 et s.

¹⁸⁵⁶ Cf. *Supra et Infra*, n° 70, 645 et .

CONCLUSION DE LA PARTIE

485. Dans cette première partie, il a été montré, comme on l'a soutenu dans la troisième hypothèse de ce travail, qu'au sein de chaque théorie, il existe tellement de divergences qu'il est apparu plus pertinent de parler de la position de chaque auteur, plutôt que de parler de la position de la doctrine classique ou moderne. – En effet, des auteurs que l'on peut classer dans la même école peuvent avoir des divergences aussi importantes que celles qui existent entre les deux doctrines. Au contraire, sur certains points, des auteurs de la doctrine classique peuvent avoir des positions plus proches de celles de certains auteurs modernes, que de celles des autres auteurs classiques, et *vice versa*.

486. Dans cette partie, la pertinence de la théorie générale des nullités, qui prétend refléter le droit commun des nullités, a été également mise en cause. – Dans un travail publié en 1997, E. Savaux avait mis en évidence le mythe de la positivité de la théorie générale du contrat en montrant que « la théorie générale du contrat [...] ne se confond pas au droit commun des contrats. »¹⁸⁵⁷. Dans ce travail, on a suivi la même démarche pour vérifier la positivité des deux théories générales des nullités qui ont été proposées par la doctrine après le Code civil.

Tout au long de cette partie, les deux théories des nullités, émises après le Code civil, ont été confrontées au droit positif, aussi bien en ce qui concerne les critères de distinction que les conséquences de cette distinction. Au terme de cette confrontation, il a été montré que les théories générales des nullités utilisent des critères généraux qui ne reflètent pas toujours le droit positif ; elles créent des liens logiques entre les classifications, résultant de ces critères, et le régime des nullités ; elles proposent, par conséquent, des régimes démentis par le droit positif ; elles proclament, plus qu'elles ne décrivent, une classification générale des nullités. Aussi, a-t-on conclu dans cette partie, comme on l'a soutenu dans la première hypothèse émise dans ce travail, que ni la théorie classique ni la théorie moderne ne semblent pouvoir expliquer le droit positif avec satisfaction. Malgré sa souplesse, la théorie moderne des

¹⁸⁵⁷ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., p.17.

nullités ne peut pas prétendre apporter une explication satisfaisante à toutes les règles qui régissent les nullités.

487. On a enfin cherché à montrer que cette impossibilité d'une théorie générale est due au chaos des lois sur les nullités. – C'est ce qu'illustre l'exemple des règles relatives aux nullités partielles. Les articles 1227, 944, 945, 900, 1172 C. civ. et L. 132-1 C. Consumm., parlent de nullités partielles sans qu'on puisse y déceler un critère général permettant de dire à partir de quand la nullité est partielle ou totale. Il en est de même en ce qui concerne les effets de la nullité dans le temps. La lecture des articles 1234, 1312, 2272, 1131, 1038, 201 et 202 C. civ, ne permet pas de savoir si le législateur a posé le principe de la rétroactivité ou pas. Ce qui peut expliquer l'impossibilité pour la doctrine de proposer une théorie générale qui systématise toutes ces règles.

Pour remédier à cette difficulté, sans retomber dans les théories générales des nullités, d'autres auteurs ont pensé à une présentation des diverses nullités qui tienne compte de ce chaos. C'est cette entreprise qui sera étudiée dans la deuxième partie de ce travail.

DEUXIEME PARTIE

LES THEORIES DIVERSES DES NULLITES : UN REMEDE ENVISAGE PAR LA DOCTRINE APRES LE CODE CIVIL

488. **La théorie des nullités est une forme de classification des nullités.** – Or la classification consistant à déterminer des catégories auxquelles correspondent certaines propriétés spécifiques, si cette correspondance n'existe pas, la classification devient inutile. Tout au long de la première partie de ce travail, c'est cette absence de correspondance, qui a été montrée, dans les théories générales des nullités qui ont été construites après le Code civil. Face à une telle situation, que faire ?

489. **Plusieurs auteurs ont proposé, ou ont été obligés, d'abandonner toute idée de classification des nullités pour les présenter telles qu'elles apparaissent dans le droit positif.** – Mais une telle solution serait une régression méthodologique. En effet, depuis Rome, si la science juridique s'est développée, c'est parce qu'on a su s'élever au-dessus des solutions particulières pour proposer des systématisations. Or, renoncer à une classification des nullités, c'est justement renoncer à tout progrès scientifique. Ce qui peut expliquer la nécessité de chercher des solutions intermédiaires, entre les excès des théories générales et l'anarchie de la casuistique, dans des classifications spécifiques des nullités.

490. **En rapprochant les positions de certains auteurs, on peut y déceler cette solution intermédiaire, qui consiste à procéder à des classifications spécifiques des nullités, pour construire des théories des nullités qui sont propres à chaque contrat.** – Aussi, dans cette partie, il sera montré, comme il a été dit dans la deuxième hypothèse de ce travail, que si la présentation de la diversité des nullités, qui consiste à se livrer à une pure casuistique, est critiquable (Titre I), elle peut être une alternative aux théories générales des nullités, si cette diversité se manifeste dans des théories spécifiques (Titre II).

491. **Le Code civil est plus qu'une simple compilation des lois**¹⁸⁵⁸. – En conséquence, ce code est devenu célèbre et largement imité, malgré la concurrence du *BGB*. Il doit ce prestige à sa qualité de rédaction et à sa clarté. Contrairement à d'autres codes, plus sont théoriques¹⁸⁵⁹, c'est un code plus accessible¹⁸⁶⁰. Ce code a été adopté moins de deux décennies après la Révolution de 1789. Révolution qui a prôné le culte de la loi, expression de la volonté générale, comme seule source du pouvoir. Ni les juges, ni la doctrine ne pouvaient participer à l'élaboration des lois, car seul le législateur est dépositaire de la souveraineté. C'est pour cette raison que la loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 a été votée et même consacrée par la Constitution de 1791 dans son article 21. Cette loi interdisait aux juges d'interpréter les lois¹⁸⁶¹. Ce qui les obligeait à se livrer à une interprétation littérale de la loi. Si une autre interprétation était nécessaire, il fallait saisir le législateur. En 1800, ce référé législatif fut supprimé, mais rétabli en 1807¹⁸⁶²; il ne disparaîtra totalement qu'en 1837. Après cette date, ce rôle fut confié aux chambres réunies de la Cour de cassation qui deviendront l'assemblée plénière de la dite Cour en 1967¹⁸⁶³.

492. **C'est dans ce contexte, de « culte du texte »¹⁸⁶⁴ de la loi auquel il faut ajouter le prestige du Code civil¹⁸⁶⁵, que les premiers commentateurs, que l'on a appelé les**

¹⁸⁵⁸ D. Deroussin, «Comment forger une identité nationale?: La culture juridique française vue par la doctrine civiliste au tournant des XIX^e et XX^e siècles », op. cit., p. 17 et s.

¹⁸⁵⁹ Ce qui est le cas du Code civil allemand selon Planiol (M. Planiol, « Inutilité d'une révision générale du Code civil », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 960 ; voir aussi J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Paris : Centre de philosophie politique et juridique, 1989, p. 100).

¹⁸⁶⁰ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 49 ; Voir aussi: J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 94.

¹⁸⁶¹ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandiere, op. cit., p. 44.

¹⁸⁶² J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 52.

¹⁸⁶³ Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale de droit civil*, 2^e éd, op. cit., p. 308 ; C'est ce qui poussa Mourlon à estimer qu'un « [...] bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi [...] » (P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 168).

¹⁸⁶⁴ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 168.

¹⁸⁶⁵ Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 19 et s. Ainsi Gaudemet a montré qu'après le commentaire du Code civil par Malville, Bonaparte s'est exclamé : « Mon code est perdu » (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 61).

exégètes¹⁸⁶⁶, ont commenté ce code¹⁸⁶⁷. – Ce qui s’illustre parfaitement chez Bugnet qui affirmait : « Je ne connais pas de droit civil, je n’enseigne que le Code Napoleon »¹⁸⁶⁸. Quant à Demolombe, il est allé dans le même sens, car « sa devise, profession de foi : les textes avant tout »¹⁸⁶⁹. On retrouve la même position chez Laurent aussi¹⁸⁷⁰. En revanche, Aubry et Rau ont ajouté à la lettre de la loi son esprit. En effet, pour eux, la méthode d’interprétation doit être fondée sur le principe suivant : « Toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre, avec une large application de ses principes [...] »¹⁸⁷¹. Par conséquent, ils ont utilisé les débats, qui ont précédé l’adoption des textes, pour trouver cet esprit de la loi¹⁸⁷². Mais les sources extralégales se limitaient à ces débats ; aucune autre source n’était admise à côté de la loi, même l’histoire était négligée¹⁸⁷³.

Si pour plusieurs auteurs cette école d’interprétation n’a duré que dix ans, c’est-à-dire de 1850 à 1860¹⁸⁷⁴, Ph. Remy a montré que « ce que l’on désigne [...] la doctrine civiliste française [...] » a duré de « 1804 à 1890 [...] »¹⁸⁷⁵. A la fin du XIX^{ème} siècle, cette école aurait été remplacée par l’école de la libre recherche, que l’on appellera plu tard, l’école scientifique. Cette école a été initiée par Saleilles, Bonnet, Gény. et Gaudemet sans oublier Planiol et Capitant¹⁸⁷⁶. La méthode d’interprétation de cette dernière ne se limitait pas qu’à la loi ; elle prenait aussi en compte les faits sociaux et l’histoire¹⁸⁷⁷.

493. Toutefois, cette division en deux écoles, des auteurs qui ont interprété le Code civil après 1804, a été récemment mise en cause. – D’abord, par Ph. Remy, pour qui l’école

¹⁸⁶⁶ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., pp. 52 à 57.

¹⁸⁶⁷ Fr. Gény, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 23.

¹⁸⁶⁸ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 168.

¹⁸⁶⁹ *Idem*.

¹⁸⁷⁰ F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 1, op. cit., p. 71 et s.

¹⁸⁷¹ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 168.

¹⁸⁷² *Idem*, p. 169.

¹⁸⁷³ Ainsi, pour Aubry et Rau « le procédé le plus sûr sera toujours d’interpréter le Code Napoléon par lui-même » (*Ibid*). Ph. Malaurie et P. Morvan montrent que « [...] la méthode exégétique s’appuie sur le texte en lui appliquant une série d’analyses lexicales, grammaticales et logiques » et ils ont ajouté que la méthode exégétique « [...] réduirait le droit à la loi et le tiendrait pour un ensemble clos, insensible aux réalités sociales ou à la justice, et suivant une logique infaillible [...] l’interprète serait un esclave enchaîné au texte » (Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale de droit civil*, 2^e éd., op. cit., pp. 320, 321). Pour Demolombe, cité ici par P. Dubouchet ici, « Interpréter [...] c’est découvrir, c’est élucider le sens exact et véritable de la loi. Ce n’est pas changer, modifier, innover ; c’est déclarer, c’est reconnaître » (P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 166). Pour Laurent aussi, cité ici par P. Dubouchet, « négliger le texte, c’est aboutir nécessairement à l’incertitude et à l’erreur » (*Idem*, pp. 169 et 172).

¹⁸⁷⁴ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 73.

¹⁸⁷⁵ Ph. Remy, « Eloge de l’exégèse », *Revue française de théorie juridique*, 1, 1985, p. 118.

¹⁸⁷⁶ E. Gaudemet, *L’interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 13 ; Ph. Remy, « Eloge de l’exégèse », op. cit., p. 115 ; J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 181 et n° 21

¹⁸⁷⁷ Cf. *Infra*, n° 505.

de l'exégèse n'a jamais existé, parce que « Ce que l'on désigne [...] la doctrine civiliste française [...] de 1804 à 1890 est en réalité un ensemble hétérogène d'auteurs [...] »¹⁸⁷⁸. De fait, il existe des « [...] divergences fréquentes »¹⁸⁷⁹ au sein des auteurs que l'on qualifie d'exégètes. Aussi, Ph. Jestaz et C. Jamin ont estimé que « [...] la prétendue Ecole de l'exégèse [...] n'a jamais existé qu'après coup, dans l'esprit des ceux qui ont voulu dénigrer les exégètes »¹⁸⁸⁰.

494. Néanmoins, même si cette division en deux écoles a été récemment mise en cause, il n'en reste pas moins vrai, selon Ph. Remy, qu'une méthode d'interprétation existait au XIX^{ème} siècle. – Cette méthode n'est pas si différente de celle que l'on rencontre dans l'école scientifique¹⁸⁸¹. C'est grâce à cette méthode que les théories générales des nullités ont été construites. C'est justement pour remédier aux excès de cette dernière, dans la construction des théories générales des nullités (Chapitre I), que certains auteurs ont mis en place la casuistique dans l'étude des nullités pour exprimer la diversité des règles (Chapitre II).

¹⁸⁷⁸ Ph. Remy, « Eloge de l'exégèse », op. cit., p. 118.

¹⁸⁷⁹ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 4.

¹⁸⁸⁰ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 10; Pour Ph. Remy, « S'il y a une Ecole, on nous accordera qu'elle est singulièrement divisée [...] » (Ph. Remy, « Eloge de l'exégèse », op. cit., p. 119). C'est pour cela que Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin ont estimé que « Gaudemet [...] invente littéralement l'Ecole de l'exégèse [...] » (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 13).

¹⁸⁸¹ Ph. Remy, « Eloge de l'exégèse », op. cit., pp.119, 122; *Voir aussi* : C'est pour cela que pour Ph. Ma laurie et P. Morvan, « La critique de Géný n'a pas vaincu la méthode exégétique [...] » (Ph. Ma laurie et P. Morvan, *Introduction générale de droit civil*, 2^e éd, op. cit., p. 321).

CHAPITRE 1 : LES RAISONS DE L'UTILISATION DE LA CASUISTIQUE: LES EXCES DES METHODES DES ECOLES D'INTERPRETATION DU CODE CIVIL DANS LA CONSTRUCTION DES THEORIES GENERALES DES NULLITES

495. Si l'étude de la théorie des nullités dans les écoles d'interprétation du Code civil a montré des coïncidences chronologiques, entre la doctrine classique et l'école de l'exégèse ou la doctrine moderne et la libre recherche, on ne peut pas confondre organiquement l'exégèse et la doctrine classique ou la libre recherche et la doctrine moderne (Section 1). Ce qui accentue, comme il a été soutenu dans la troisième hypothèse de ce travail, la mise en cause de l'existence organique non seulement de l'école de l'exégèse mais aussi des doctrines classique et moderne des nullités.

Cependant, cela ne veut pas dire que les méthodes des auteurs des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles n'ont pas influencé ceux qui ont construit une théorie générale des nullités. Il sera justement montré dans ce chapitre, que les faiblesses des théories générales des nullités sont dues à cette influence méthodologique (Section 2). Donc si les théories générales des nullités connaissent des limites, elles le doivent à leur méthode de construction.

Section 1 : Le lien organique relatif entre les doctrines sur les nullités et les écoles d'interprétation du Code civil lors de la construction de la théorie générale des nullités

496. La conception organique de la doctrine suppose qu'il y existe des auteurs, qui appartiennent à des groupes d'auteurs, sur une question donnée. – Les concepts de l'école de l'exégèse, de la libre recherche, de la doctrine classique des nullités et de la doctrine moderne des nullités, reflètent parfaitement cette conception organique. Or, cette conception organique mérite d'être relativisée. En effet, le lien entre les auteurs de la doctrine classique des nullités et l'école de l'exégèse, s'il existe, chronologiquement, n'est pas toujours avéré organiquement (Sous-section 1). Il en est de même du lien entre les auteurs de la doctrine moderne des nullités et de ceux de l'école de la libre recherche (Sous-section 2).

Sous-section 1. Le rattachement des auteurs de la théorie classique des nullités à l'école de l'exégèse

Si une tendance à l'assimilation de l'école de l'exégèse à la doctrine classique existe (§ 1), il est nécessaire de la relativiser (§ 2).

§ 1. La manifestation du rattachement implicite des auteurs de la théorie classique des nullités à l'école de l'exégèse

497. L'école de l'exégèse est présentée comme ayant connu trois phases : une première phase, allant de 1804 à 1830 ; une deuxième phase, allant de 1830 à 1880 et une troisième phase, allant de 1880 à 1900¹⁸⁸². Même si Ph. Jestaz et C. Jamin ont tenu à relativiser ce découpage¹⁸⁸³, certains auteurs laissent entendre que la doctrine classique des nullités aussi a connu une évolution chronologique presque similaire. Ainsi, pour Ph. Simler, « pendant la première moitié du XIX siècle, approximativement, la doctrine s'est contentée de l'exégèse

¹⁸⁸² Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 73.

¹⁸⁸³ *Idem*.

des textes [...]»¹⁸⁸⁴ en ce qui concerne les nullités. Plus loin, il ajoute que « la seconde moitié du XIX^e siècle correspond à une période de systématisation à outrance. C'est la période de ce qui est communément appelé la théorie classique des nullités [...]»¹⁸⁸⁵. Cette phase a correspondu à celle d'Aubry et Rau qui ont systématisé le code¹⁸⁸⁶.

498. Ce rattachement de l'évolution de la doctrine classique à celle de l'école de l'exégèse tend à assimiler, implicitement, les deux. – En effet, chez plusieurs auteurs, on ne se contente pas de dire que les deux écoles ont connu deux évolutions parallèles, mais on va jusqu'à les assimiler. C'est ce qu'a fait Drogoul en parlant de « [...] la tendance d'esprit qui gouverne tous les jurisconsultes classiques. Scrupuleux à l'extrême, ils n'osent [...] se passer d'une règle extraite plus ou moins directement de la loi [...]»¹⁸⁸⁷. Or, cette critique adressée par Drogoul, aux classiques, est la même que celle qui est adressée à l'école de l'exégèse aussi¹⁸⁸⁸. Ce qui se vérifie parfaitement dans sa position sur le principe selon lequel « il n'y a pas de nullité sans texte ». Il oppose à ce principe, qui est l'origine de la théorie de l'inexistence chez les classiques, la même critique que celle que Géný oppose aux exégètes en estimant que ce principe est dû, chez les classiques, au culte des textes que l'on rencontre chez les exégètes¹⁸⁸⁹. Au fond, on voit ici que la doctrine classique est, implicitement, assimilée à l'école de l'exégèse.

Cette idée est encore présente chez M. C. Renard et M. E. Vieujean, qui ont associé le sort de l'école de l'exégèse à celui de la doctrine classique des nullités, en estimant qu'à la fin du XIX^e^{ème} siècle, « la théorie classique [...] déclinait-elle en même temps que l'école de l'exégèse à laquelle elle devait sa fortune et son épanouissement »¹⁸⁹⁰. Ce qui revient, ici aussi, à assimiler les auteurs classiques aux exégètes. Cette assimilation des deux doctrines ne se limitait pas qu'au fond, mais elle s'étendait aussi à leur nom. En effet, l'école de l'exégèse est souvent désignée par l'expression « doctrine classique »¹⁸⁹¹. Ce qui rapproche les deux doctrines, même si tous les défenseurs de la théorie classique ne pouvaient pas être rattachés à l'école de l'exégèse.

¹⁸⁸⁴ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 27.

¹⁸⁸⁵ *Idem.*

¹⁸⁸⁶ Cf. *Infra*, n° 511.

¹⁸⁸⁷ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 121.

¹⁸⁸⁸ Cf. *Infra*, n° 517 et s.

¹⁸⁸⁹ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 121.

¹⁸⁹⁰ M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 522.

¹⁸⁹¹ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 4.

§ 2. La mise en cause du rattachement des auteurs de la théorie classique des nullités à l'école de l'exégèse

499. Même si l'existence de l'école de l'exégèse n'est pas avérée¹⁸⁹², Bonncase a été un de ses plus grands détracteurs dans son œuvre intitulée : *L'école de l'exégèse en droit civil, les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*¹⁸⁹³. Ce travail visait à montrer les limites de l'école de l'exégèse. Or, bien qu'il n'appartienne pas à l'école de l'exégèse, Bonncase fut un des plus fervents défenseurs de la théorie classique des nullités dans son supplément au traité théorique et pratique du droit civil de Baudry-Lacantinerie¹⁸⁹⁴. Ce qui lui a permis d'adhérer, sans réserve, à la théorie de l'état de l'acte, en estimant que « l'acte juridique constitue un véritable organisme [...] »¹⁸⁹⁵ ; il a même ajouté, pour aller encore plus loin, que la théorie de l'inexistence doit être considérée comme une « vérité des siècles »¹⁸⁹⁶. Ce qui prouve son attachement sans équivoque à la doctrine classique, alors même qu'il est contre l'école de l'exégèse.

La même situation se rencontre chez Josserand aussi, qui est plutôt proche de l'école scientifique¹⁸⁹⁷, même si sa position sur la jurisprudence est nuancée¹⁸⁹⁸. Or, malgré cette proximité avec l'école scientifique, il défend la doctrine classique. C'est au demeurant pour cette raison, qu'en parlant de la théorie classique, Lutzesco a estimé que « Parmi les défenseurs actuels, nous devons citer surtout les noms de MM. Bonncase et Josserand »¹⁸⁹⁹. Ce qui prouve que la doctrine classique n'est pas forcément soluble dans l'école de l'exégèse. Le même constat se rencontre dans la doctrine moderne aussi.

¹⁸⁹² Cf. *Supra*, n° 493.

¹⁸⁹³ En ce sens, Cf : J. Bonncase, *L'école de l'exégèse en droit civil : Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd, Paris : de Boccard, 1924 ; J. Bonncase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux : Delmas, tome1, 1933.

¹⁸⁹⁴ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 184.

¹⁸⁹⁵ *Idem*.

¹⁸⁹⁶ *Ibid*, p. 185.

¹⁸⁹⁷ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 4.

¹⁸⁹⁸ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 137.

¹⁸⁹⁹ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 184.

Sous-section 2. Le rattachement des auteurs de la théorie moderne des nullités à l'école de la libre recherche

Si plusieurs auteurs du XX^{ème} siècle ont, en écrivant sur la théorie des nullités, affirmé leur rattachement à l'école de la libre recherche (§ 1), tous les auteurs, précurseurs de la théorie moderne des nullités, ne sont pas liés à la libre recherche (§ 2).

§ 1. La manifestation du rattachement à la libre recherche chez certains auteurs modernes: les exemples de Drogoul et de Loyer

500. La libre recherche est une réaction contre les abstractions logiques de ce qui est appelé l'école de l'exégèse du XIX^{ème} siècle¹⁹⁰⁰. – Ce qui peut expliquer la mise en cause de ces abstractions par cette nouvelle école. Or, la meilleure façon d'y arriver, c'est de les exclure. Dès le début de sa thèse, Drogoul ne pas cite Gény mais Saleilles indiquant que c'est sa « [...] méthode d'interprétation [...] »¹⁹⁰¹ qu'il va adopter dans sa thèse. Or, Saleilles est très proche de Gény. En plus, la thèse de Drogoul a été publiée moins de dix ans après *Méthode d'interprétation* de Gény, ce qui peut expliquer l'influence de la libre recherche sur cette thèse.

Cette influence s'est manifestée clairement chez lui quand il estime que pour étudier les nullités, le chercheur « [...] n'aurait qu'à se mettre en présence des faits eux-mêmes sans s'embarrasser d'intermédiaires logiques. Il examinerait les questions précises qui lui sont soumises en les considérant une à une et sans solidariser chacune d'elles [...] »¹⁹⁰². Ce qui est une application pure et simple de la méthode, de Saleilles et de Geny, opposée aux abstractions logiques.

¹⁹⁰⁰ Cf. *Supra*, n° 493.

¹⁹⁰¹ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., pp. 70, 71.

¹⁹⁰² Selon Saleilles cité par Drogoul ici, « on est à peu près d'accord pour admettre que l'interprétation de lois n'a pas pour but une recherche de volonté, et qu'elle ne consiste pas à découvrir la volonté du législateur, chose impossible, et purement fictif. Car s'il en était ainsi, il faudrait savoir ce que chacun de ceux qui ont participé au vote de la loi a voulu et dégager de cette moyenne la volonté générale, qui a été celle de la majorité, toutes choses irréalisables. Le législateur émet la loi comme un principe d'ordre social, qui doit se suffire à lui-même, dans son adaptation constante aux exigences sociales. La loi est un instrument de réglementation sociale ; elle doit s'interpréter de la façon la plus conforme au bon fonctionnement du mécanisme créé par le législateur. Et comme la matière sociale est une matière organique, en voie de transformations constantes, la réglementation qui s'y applique doit suivre l'évolution progressive du milieu pour lequel elle est faite » (*Idem*, pp. 265, 70).

501. On retrouve la même méthode chez Loyer, qui renonce à toute construction d’une théorie des nullités, en utilisant la méthode de Géný. – C’est au demeurant pour cette raison que Japiot a estimé que l’utilisation de la méthode de la libre recherche conduit à «[...] l’émiettement, et nous trouverons encore des manifestations de ce danger, en ce qui concerne les nullités, dans certains travaux qui, suivant l’opinion que Géný lui-même a bien voulu nous faire connaître, répondent assez bien aux conceptions méthodologiques de l’éminent professeur»¹⁹⁰³. Les travaux dont il parlait, étaient ceux de « MM. Drogoul et Loyer [...] »¹⁹⁰⁴. Ce qui prouve le rattachement de ces deux auteurs du XX^{ème} siècle à l’école de la libre recherche de Géný. C’est sans doute, pour ne pas imiter ces auteurs, que Japiot va prendre ses distances avec la libre recherche de Géný.

§ 2. La mise en cause du rattachement des modernes à la libre recherche : l’exemple de Japiot

502. Gaudemet fut un des auteurs de l’école scientifique, comme l’illustre son œuvre parue en 1934 et intitulée : *L’interprétation du Code civil en France depuis 1804*. Il fut aussi un des membres de la doctrine moderne des nullités¹⁹⁰⁵. Ce qui peut pousser à rattacher la doctrine moderne à l’école scientifique, car Drogoul et Gaudemet, qui sont des modernes, étaient liés à cette école. Mais non seulement Bonnet, qui appartient lui aussi à l’école scientifique¹⁹⁰⁶, n’a pas adhéré à la théorie moderne des nullités, mais aussi et surtout Japiot, le pivot de la théorie moderne des nullités, a rejeté les conclusions de la libre recherche.

Cette libre recherche est une réaction contre les constructions abstraites du XIX^{ème} siècle. Son but est de se défaire de ces constructions abstraites. Toutefois, Japiot n’a pas été séduit par cette méthode, qu’il trouve dangereuse pour le droit. Aussi, pour construire sa théorie générale des nullités, il a non seulement rejeté les constructions abstraites de l’école de l’exégèse, mais il a aussi rejeté la libre recherche. En effet, pour lui, « [...] la méthode dont on trouvera l’application dans cet essai n’est d’une façon absolue, ni celle des constructions abstraites, ni celle de la libre recherche scientifique. La méthode classique [...] engendre des systèmes purement artificiels [...] D’un autre côté, la réaction suscitée par les abus de la

¹⁹⁰³ R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridiques : Essai d’une théorie nouvelle*, op. cit., p. 4.

¹⁹⁰⁴ Ainsi pour Japiot, « le système de M. Drogoul nous semble difficile à saisir et discutable [...] » (*Idem*, p. 149).

¹⁹⁰⁵ Cf. *Supra*, n° 64.

¹⁹⁰⁶ Cf. *Supra*, n° 492.

méthode classique peut paraître`elle-même présenter un caractère excessif ; si l'on s'en`tient à l'observation des faits, l'on est conduit à faire œuvre exclusivement descriptive [...] »¹⁹⁰⁷. Par conséquent, il a estimé que «[...] le principe de la libre recherche est de nature à détruire entièrement la cohésion des théories juridiques [...]»¹⁹⁰⁸. D'où la nécessité, pour lui, d'éviter cette école et ses méthodes. C'est pour cette raison que l'on ne peut pas rattacher, organiquement, la théorie moderne à la libre recherche, sauf à exclure Japiot, son fondateur, de cette doctrine.

Conclusion de la section

503. Donc, si les auteurs qui sont proches de la théorie classique le sont aussi de l'école dite de l'exégèse, tel n'est donc pas toujours le cas. – En effet, Bonnecase et Josserand, qui sont des classiques, ne sont pas des exégètes. Il en est de même dans la doctrine moderne. Si Drogoul et Gaudemet ont affiché leur proximité avec l'école de la libre recherche, Japiot lui, il a rejeté cette école. Par cette attitude, Japiot va, paradoxalement, inspirer à Géný son œuvre : *Science et technique*¹⁹⁰⁹.

Toutes ces divergences illustrent la troisième hypothèse de ce travail, selon laquelle, il n'y a pas de doctrine au sens organique sur les nullités, mais des auteurs qui restent libres. Cependant, s'agissant des méthodes d'interprétation, même s'il n'y a pas une doctrine au sens organique, une constante se rencontre aussi bien chez les auteurs du XIX^{ème} siècle que chez ceux du XX^{ème} siècle : c'est la volonté de dépasser la lettre du code pour construire la théorie générale des nullités. C'est en cela que les méthodes d'interprétation du code ont influencé la construction de la théorie générale des nullités. D'où la nécessité d'étudier, à présent, cette influence néfaste.

¹⁹⁰⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 3.

¹⁹⁰⁸ *Idem*, pp. 3, 4.

¹⁹⁰⁹ Cf. *Infra*, n° 520 et s.

Section 2 : L'influence méthodologique néfaste des écoles d'interprétation du Code civil sur la construction des théories générales des nullités

504. La méthode joue un rôle très important dans la construction de la théorie générale des nullités. – En effet, c'est d'elle que dépendra la qualité de cette théorie. Aussi, G. Couturier a-t-il estimé que si on veut « [...] conserver à la théorie générale des nullités une certaine cohérence, une certaine simplicité, c'est au niveau des méthodes [...] qu'il faut [...] »¹⁹¹⁰ agir. Or la méthode utilisée dans la construction de la théorie générale des nullités est fortement inspirée par la méthode des deux « écoles » d'interprétation du Code civil au niveau des sources.

505. Ces deux écoles d'interprétation sont présentées, comme s'opposant, à propos des sources du droit. – L'école de l'exégèse est présentée comme une école positiviste, qui ne connaît que la loi, qui ignore le droit naturel¹⁹¹¹, les faits sociaux et l'histoire¹⁹¹². A côté de la loi, elle n'admettait, comme source supplémentaire, que les débats parlementaires¹⁹¹³. Cet attachement à la loi, comme source exclusive du droit, a poussé certains critiques¹⁹¹⁴, cités par Ph. Remy, à considérer cette école comme une « école positiviste »¹⁹¹⁵. Quant à l'école scientifique, elle utiliserait, à côté de la loi, des sources de droit résultant de l'histoire, de la sociologie et du droit comparé, au même titre que la loi. Ce qui ajoute, indirectement la doctrine, aux sources de droit¹⁹¹⁶. Mais par contre, elle rejetterait les débats parlementaires hors de ses sources¹⁹¹⁷.

¹⁹¹⁰ G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 96.

¹⁹¹¹ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 90.

¹⁹¹² P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 172.

¹⁹¹³ Fr. Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 24 ; E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frédéric Rolin, op. cit., p. 14.

¹⁹¹⁴ Ph. Remy, « Eloge de l'exégèse », op. cit., p. 116.

¹⁹¹⁵ *Idem*.

¹⁹¹⁶ Ainsi, ils se sont demandé si avec la nouvelle école scientifique « [...] le Droit ne doit-il pas se renouveler, se transformer comme la société qu'il régit ? Et le rôle de l'interprète n'est-il pas de seconder ces transformations nécessaires ? » (A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 37). Capitant aussi présente le droit « comme préparé par une longue évolution historique, conditionné par l'économie politique et le milieu social, inséparable de l'étude du droit étranger [...] » (D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., pp. 22, 23).

¹⁹¹⁷ Fr. Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 225 ; D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., pp. 35, 36 ; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 70.

Dans cette école de la libre recherche, la loi n'est plus la seule source de droit, mais un simple instrument pour mettre en forme ce droit qui a sa véritable source dans la société. Donc, si la loi ne met pas, correctement, en forme ce droit, venant de la société, la doctrine pourrait la seconder. Aussi, Capitant a-t-il estimé que « la doctrine fait une part de plus en plus large à l'observation des faits sociaux. Par la libre recherche des solutions qu'ils commandent et auxquelles elle s'efforce d'adapter les textes écrits, elle joue, dans une certaine mesure, un rôle créateur »¹⁹¹⁸. Parmi ces créations de la doctrine, Ph. Jeta et C. Jamin ont parlé des théories générales en estimant que « [...] Planiol [...] souhaite prendre en considération [...] l'histoire et le droit comparé voire l'économie politique. A partir de ce matériau, Planiol va élaborer expressément des théories générales [...] »¹⁹¹⁹.

506. Cela laisse entendre que l'école de l'exégèse se serait cantonnée, aux textes de loi et aux débats, tandis que la libre recherche, elle, serait plus ouverte aux autres sources dans l'élaboration de ses théories. – Toutefois, cette présentation n'est pas au-dessus de toute critique. Les auteurs du XIX^{ème} siècle n'utilisaient pas que la loi ou les débats pour construire leurs théories. Ph. Remy a montré qu'ils utilisaient aussi la « raison »¹⁹²⁰, les faits sociaux¹⁹²¹ et même le droit comparé. Ainsi, Toullier avouait-il : « Ma méthode n'est point celle des hommes savants qui m'ont précédé. J'ai d'abord cherché les principes de la théorie, et j'ai tâché de les puiser [...] dans l'histoire, dans la comparaison [...] avec les législations voisines »¹⁹²². Quant à J. L. Halpérin, il a montré que même Demolombe, qu'on qualifiait pourtant de « prince de l'exégèse », utilisait les faits comme source de droit¹⁹²³. Il en fut de même chez Huc aussi¹⁹²⁴. Par conséquent, Ph. Remy a estimé, que contrairement à ce qu'on soutient souvent, « la méthode exégétique est une méthode de libre recherche [...] »¹⁹²⁵.

¹⁹¹⁸ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^è éd par J. de la Morandiere, op. cit., p. 38.

¹⁹¹⁹ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 150.

¹⁹²⁰ Ph. Remy, « Eloge de l'exégèse », op. cit., p. 122.

¹⁹²¹ *Idem*, p. 123.

¹⁹²² Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 93. Mais il a affirmé le contraire plus loin, car, cité par P. Dubouchet, il a estimé que « J'expose donc la loi considérée dans son individualité actuellement vivante ; oubliant le droit romain, l'ancienne jurisprudence et la jurisprudence moderne, c'est par la loi que je développe la loi et que je l'applique » (P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 172).

¹⁹²³ J. L. Halpérin a montré que « Demolombe souhaitait transcender la vieille querelle du commentaire et du traité, de la méthode exégétique et de la méthode dogmatique. Sa conception des sources du droit est empreinte d'éclectisme. D'une part, il prend comme devise les textes avant tout [...] en se méfiant de la notion de droits naturels supérieurs. D'autre part, il veut toujours mettre le droit en présence des faits par l'observation attentive des mœurs et des besoins de la société » (J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 67).

¹⁹²⁴ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 88.

¹⁹²⁵ Ph. Remy, « Eloge de l'exégèse », op. cit., p. 122; Pour Colin et H. Capitant aussi, on a reproché les exégètes de décrire le droit, d'ignorer les mœurs et l'histoire et l'économie. Pour lui, il y a « [...] une forte dose d'exagération et d'injustice » (A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^è éd par J. de la Morandiere, op.

507. **Quant aux auteurs de la libre recherche, ils ne rejetaient pas tous, comme Saleilles¹⁹²⁶ et Gén¹⁹²⁷, les débats parmi les sources de droit.** – Ainsi, pour justifier l'idée, selon laquelle, la prescription de l'article 1304 C. civ. est fondée sur l'intérêt général, Gaudemet, pourtant proche de Gén, a cité Bigot-Preameneu et le rapport de Jaubert¹⁹²⁸. Quant à Colin et Capitant, ils ont utilisé les travaux préparatoires pour expliquer l'article 1117 C. civ., alors même qu'ils ont rejeté ces débats parlementaires hors des sources de droit¹⁹²⁹. On retrouve la même logique chez des auteurs contemporains qui utilisent eux aussi les débats¹⁹³⁰. Ce qui montre que ces deux écoles ne sont pas si différentes au niveau des sources. Aussi, on peut estimer que « Le XX^e siècle n'a pas vraiment rompu avec l'école de l'exégèse, mais plus certainement avec l'école du code. Il n'a pas récusé ses méthodes ; il semble plutôt les avoir prolongées »¹⁹³¹.

508. **Cela se vérifie dans l'étude de la méthode de construction de la théorie générale des nullités.** – Lors de la construction de cette théorie générale des nullités, des auteurs, bien qu'appartenant au XIX^{ème} siècle, ne se sont pas limités à la lettre de la loi ou aux débats parlementaires; ils ont aussi utilisé d'autres sources. Ainsi, pour Mortet, si « [...] Les rédacteurs ont employé indistinctement les mots nul et nullité pour désigner les conventions qui n'ont pas d'existence légale, et celles qui sont simplement annulables [...] C'est donc à l'interprète et au juge, chargé d'appliquer la nullité, de chercher dans la loi un critérium [...] Ce critérium est très simple : c'est celui qui résulte de la tradition de notre ancien Droit et des travaux préparatoires, c'est en même temps celui qui est conforme à la raison et à l'équité »¹⁹³². On retrouve la même affirmation chez plusieurs autres auteurs de cette époque qui, pour construire une théorie générale des nullités, ont cherché le critère de distinction hors du Code civil¹⁹³³.

cit., p. 37; voir aussi E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 13).

¹⁹²⁶ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 70.

¹⁹²⁷ Fr. Gén, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 225 ; D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., pp. 35, 36.

¹⁹²⁸ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 179.

¹⁹²⁹ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandiere, op. cit., n° 86

¹⁹³⁰ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 998.

¹⁹³¹ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 33.

¹⁹³² C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 150.

¹⁹³³ Pour Hartemann, les propositions sur les nullités chez les classiques « [...]semblent suffisamment justifiées par les données de la raison aidées des travaux préparatoire et des textes du Code civil. L'histoire de la distinction avant la rédaction du Code est venue y ajouter l'appoint d'un utile secours [...]» (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le*

Ce qui prouve que tous ces auteurs, ont pour permettre l'émergence d'une théorie générale des nullités¹⁹³⁴ (Sous-section 1), utilisé des sources qui ne se limitaient pas qu'à la loi (Sous-section 2). C'est pour cette raison que, comme il a été soutenu dans la première hypothèse de ce travail, on va montrer ici que c'est cette méthode de construction de la théorie générale des nullités qui a fait qu'elle ne reflète pas le droit positif.

Sous-section 1. L'influence réelle des constructions des écoles d'interprétation du Code civil sur l'émergence de la théorie générale des nullités

Comme il n'y a pas de règle générale, sur les nullités, dans le Code civil, la tendance naturelle des auteurs a été d'abord de refléter cette absence. Mais l'utilisation des méthodes, des deux écoles d'interprétation du code, a permis l'émergence de théories générales des nullités visant à combler l'absence de droit commun des nullités dans ce Code civil¹⁹³⁵. Ainsi, cette situation se rencontre aussi bien au XIX^{ème} siècle (§ 1) qu'au XX^{ème} siècle (§ 2).

§ 1. Les constructions juridiques au XIX^{ème} siècle et la naissance de la théorie générale des nullités

Au XIX^{ème} siècle, ce sont les constructions juridiques de la méthode exégétique (A) qui ont permis l'émergence d'une théorie générale des nullités, malgré l'absence de règles de droit commun des nullités dans le Code civil (B).

code civil, op. cit., p. 335).; Pour Pize il n'y a pas de critère de distinction des nullités dans le code, « C'est donc à l'interprète à chercher un *criterium*, qui permette de distinguer dans quel cas il est inexistant, dans quel cas il est seulement annulable [...] L'œuvre, que nous avons entreprise, est une synthèse, une généralisation. » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 82).; Hartemann aussi a présenté sa théorie de l'inexistence en estimant que «[...] nous avons obtenu ce résultat par l'examen des données de la raison, des textes du code, de la tradition historique et des travaux préparatoires» (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 265).

¹⁹³⁴ Pour Pize, « notre but est d'élaborer une théorie d'ensemble [...] » et il ajoute que « Cette idée de généralisation, nous l'aurons pour objectif constant [...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., pp. 8, 9; voir aussi Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 218). Quant à Hartemann, pour lui « nous n'entendons pas en effet faire ici une étude analytique ; nous tenons on le sait, un travail de généralisation ». Il a ajouté qu'en étudiant les nullités, son but est « [...] de poser des principes généraux[...] Pour cela on recherchera d'abord la conception rationnelle de l'acte [...] car la loi ne peut pas être en opposition avec les données de la raison [...] » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 260-261).

¹⁹³⁵ Même si l'existence de ces écoles est sujette à caution.

A. Les constructions juridiques issues de la méthode exégétique

Si au début XIX^{ème} siècle on étudiait le Code civil selon l'ordre de ses articles (I), certains auteurs ont vite su dépasser cet ordre, pour construire des théories générales qui ne suivent pas le plan du Code (II).

I. L'étude du Code civil selon l'ordre des ses articles

509. Pendant la période révolutionnaire, les facultés de droit furent supprimées¹⁹³⁶. – Ce qui a fait que quand on a voulu rétablir ces facultés, il n'y avait plus guère de professeur de droit. C'est pour cette raison que la rédaction du Code civil fut confiée à des magistrats¹⁹³⁷. Quant aux facultés de droit, nouvellement créées au début du XIX^{ème} siècle, faute de professeurs de droit pour y enseigner, l'enseignement du droit y était assuré par des journalistes ou des mathématiciens notamment¹⁹³⁸. Ce qui a influé sur la qualité de l'enseignement. En effet, à l'époque, les seuls vrais juristes étaient Touiller, Merlin et Proudhon, qui étaient tous formés sous l'ancien droit, Merlin étant même le continuateur du *Répertoire* de Guyot¹⁹³⁹.

510. Par conséquent, les auteurs qui ont écrit à l'époque n'avaient pas d'esprit de synthèse ; ils se contentaient de recopier le code article par article¹⁹⁴⁰. – La même situation prévaut s'agissant de ceux qui ont écrit sur les nullités juste après l'adoption du Code civil¹⁹⁴¹. Cette méthode s'illustre parfaitement chez Taulier qui suivait lui aussi le plan du Code¹⁹⁴². Or, une telle méthode ne permettait pas la construction des théories générales, car, comme l'a montré J. L. Halpérin, il y avait une « [...] absence de systématisation [...] »¹⁹⁴³ chez les auteurs de l'époque. Or, si l'esprit de systématisation n'existe pas, aucune théorie ne peut être élaborée, car la théorie est une forme de systématisation.

¹⁹³⁶ R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^e éd, op. cit., pp. 191 et 304 ; Ph. Remy, « Eloge de l'exégèse », op. cit., p. 120.

¹⁹³⁷ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 69. ; A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 19.

¹⁹³⁸ Ph. Remy, « Eloge de l'exégèse », op. cit., p. 120.

¹⁹³⁹ *Idem*

¹⁹⁴⁰ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., pp. 29, 30.

¹⁹⁴¹ Cf. *Infra*, n° 655 et s.

¹⁹⁴² Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 80.

¹⁹⁴³ J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 148.

Aussi, Gounod a-t-il estimé que les civilistes du XIX^{ème} siècle se sont « uniquement préoccupés de fournir à la pratique judiciaire les solutions des problèmes que soulève la vie juridique [...] d'espèce [...] Mais instruits peut-être ou plutôt découragés par le spectacle stérile de l'ivresse idéologique de l'époque révolutionnaire, ils s'abstiennent presque systématiquement [...] de toute étude d'ensemble [...] ils ont comme une défiance instinctive à l'égard de tout ce qui s'appelle [...] théorie générale»¹⁹⁴⁴. Mais sous l'influence de la doctrine allemande, la doctrine française va redécouvrir les théories générales.

II. L'émergence des théories générales

511. Aubry et Rau ont été les traducteurs de Zacharie en France¹⁹⁴⁵. – Or, Zachariae n'étudiait pas le Code selon son plan, mais, en réunissant des articles divers autour des points communs, il va essayer de les présenter sous forme de théories générales¹⁹⁴⁶. Aubry et Rau vont s'inspirer de cette méthode, c'est pour cette raison que Ph. Jestaz et C. Jamin ont estimé que « Aubry et Rau se distinguent [...] des auteurs de leur temps en ce qu'ils battissent un système à partir du Code civil [...] ce qui leur permettra d'édifier une théorie générale du droit civil et non point un simple commentaire du code »¹⁹⁴⁷. On retrouvait cette même idée de synthèse chez Beudant aussi, qui est parti des règles spéciales, pour construire une théorie générale des nullités¹⁹⁴⁸. Ce qui a poussé Gaudemet à soutenir que « Charles Beudant est avant tout le maître de la synthèse et de la généralisation : j'ai dit qu'à cet égard il continue la réaction d'Aubry et Rau contre les abus d'analyse de l'exégèse»¹⁹⁴⁹.

512. La découverte de cette méthode fait qu'à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, on distingue deux types d'auteurs. – D'un part, il y a les auteurs qui rédigent des traités synthétiques, qui admettent des théories générales ; d'autre part il y a des auteurs qui font des commentaires du code en suivant son plan, sans le systématiser¹⁹⁵⁰. Mais ces théories

¹⁹⁴⁴ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., p. 8.

¹⁹⁴⁵ Massé et Verger aussi ont traduit Zachariae.

¹⁹⁴⁶ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 66. ; M. Pédamon, « Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, op. cit., p. 815 et s.

¹⁹⁴⁷ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 81.

¹⁹⁴⁸ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 112.

¹⁹⁴⁹ *Idem*, p. 114.

¹⁹⁵⁰ Ph. Remy, « Eloge de l'exégèse », op. cit., pp. 119 et 121.; J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 67.

générales ne sont pas systématiquement dues à l'influence allemande en France, parce qu'on retrouve « [...] des théories générales [...] »¹⁹⁵¹ même chez Touiller, alors même qu'il n'a pas subi l'influence de Zachariae¹⁹⁵². Néanmoins, plusieurs auteurs attribuent la paternité des théories générales à Aubry et Rau qui les auraient construites sous l'influence de Zachariae. Ce sont donc ces auteurs systématisants qui permettent l'émergence des théories générales des nullités.

B. L'influence de l'émergence de la théorie générale chez les auteurs du XIX^{ème} siècle sur la naissance de la théorie générale des nullités

Si l'influence du développement des théories générales sur l'émergence de la théorie générale des nullités a commencé avec Aubry et Rau au XIX^{ème} siècle (I), très vite, les autres auteurs les ont suivis (II).

I. Aubry et Rau à l'origine de la théorie générale des nullités

On présente souvent Aubry et Rau comme les premiers à avoir construit une théorie générale des nullités (1) mais, bien avant eux, Delvincourt avait déjà construit cette théorie (2).

1. La naissance de la théorie générale des nullités avec Aubry et Rau

513. C'est en 1808 que Zachariae publie son ouvrage sur le droit civil français¹⁹⁵³. – Dans ce livre, qui ne suit pas le plan du code, il propose une distinction des nullités en systématisant les différents articles du Code civil qui évoquent des nullités. Aubry et Rau ayant traduit ce manuel, ils se sont inspirés de lui pour construire une théorie générale des nullités¹⁹⁵⁴. Par

¹⁹⁵¹ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 15.

¹⁹⁵² Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 80.

¹⁹⁵³ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 67.

¹⁹⁵⁴ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit, p. 4 ; dans le meme sens cf : Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit, p. 81.

conséquent, dans les manuels d'Aubry et Rau, les nullités ne sont pas traitées dans la partie du Code qui en parle, mais au début de leur traité¹⁹⁵⁵.

Ce qui veut dire que la théorie qu'ils ont proposée était valable pour tous les contrats. C'est en ce sens que l'on peut dire qu'Aubry et Rau sont les pères de la théorie générale des nullités¹⁹⁵⁶. En effet, comme l'a souligné Bourgeon, « si nous ne trouvons nulle part dans les auteurs modernes une théorie générale de l'inexistence de l'acte juridique, du moins la voyons-nous parfois admise avec netteté dans l'étude de tel ou tel acte juridique déterminé [...] c'est une supériorité incontestable qu'ont les ouvrages les plus récents sur les commentaires des premiers auteurs [...] Zachariae est croyons-nous le premier qui ait nettement formulé la distinction des actes inexistantes et des actes annulables et M.M. Aubry et Rau ont su la mettre pleinement en lumière »¹⁹⁵⁷.

Mais comme on l'a montré, avec Touiller, cette idée de théorie générale existait en France bien avant la traduction de Zachariae. On peut en trouver les prémisses chez Domat et Pothier¹⁹⁵⁸. Et, dès après le Code civil, cette méthode a été appliquée aux nullités par Delvincourt avec plus de netteté que chez Touiller. Aussi, l'attribution de la paternité de la théorie générale des nullités à Aubry et Rau, malgré la position favorable à cette affirmation de Drogoul Capitant et Japiot, doit être relativisée¹⁹⁵⁹.

2. La relativisation de la paternité de la théorie générale des nullités du fait de l'antériorité de Delvincourt

514. Pour dire que la théorie générale des nullités, c'est-à-dire la classification des nullités qui crée des catégories solidaires avec leurs propriétés, a son origine chez

¹⁹⁵⁵ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 25. ; A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 178.; R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 352.

¹⁹⁵⁶ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 25.

¹⁹⁵⁷ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 232.

¹⁹⁵⁸ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 4.

¹⁹⁵⁹ Pour Japiot, chez les anciens auteurs « On donne une théorie des nullités en commentant la partie du Code ou les textes en traitent d'une façon complète [...] MM. Aubry et Rau, qui au contraire s'attachent à suivre un plan rationnel, traitent des nullités dans la partie préliminaire de leur ouvrage » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 352 ; voir aussi F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 25; A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 178).

Aubry et Rau, on a soutenu qu'avant eux, les théories générales n'existaient pas en France. – Ainsi, même si Gaudemet a reconnu une esquisse de théorie chez Touiller, pour lui c'est lorsqu'Aubry et Rau se sont affranchis du plan du code qu'ils ont pu « dégager et construire pour la première fois en France une foule de théories »¹⁹⁶⁰. Par conséquent, on écrit souvent qu'avant Aubry et Rau, chez « les auteurs modernes [...] nous n'en avons pas trouvé un seul parmi eux qui ait cherché à donner [...] une théorie générale »¹⁹⁶¹ aux nullités.

515. Cependant, l'attribution de cette paternité de la théorie générale de nullités à Aubry et Rau est à nuancer. – En effet, comme on l'a montré, les théories générales apparaissaient déjà chez Touiller¹⁹⁶² et même chez Delvincourt bien avant Aubry et Rau¹⁹⁶³. En 1813, Delvincourt a, dans son *Cours de Code Napoléon*, a présenté une théorie des nullités, qui est valable pour tous les contrats, et qui distingue clairement la nullité absolue de la nullité relative en estimant qu'une convention « [...] peut être nulle, ou dans l'intérêt public, ou dans l'intérêt privé seulement [...] »¹⁹⁶⁴. Et il ajoute que « ces deux espèces de nullités diffèrent, 1° en ce que les premières [...] sont absolues [...] la nullité peut être demandée par tous ceux qui ont intérêt [...] les autres au contraire sont relatives, c'est-à-dire, qu'elles ne peuvent être invoquées que par ceux dans l'intérêt desquels elles sont établies »¹⁹⁶⁵.

Ce qui prouve qu'il a bien classé les nullités et, de cette classification, il a tiré un régime valable pour tous les contrats. Cette théorie était tellement claire et précise, que c'est elle que l'on rencontre dans les manuels contemporains, et non celle d'Aubry et Rau ou de Japiot. Mais les auteurs des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles ont préféré attribuer la paternité de la théorie générale des nullités à Aubry et Rau, sans doute parce que, contrairement à Delvincourt, ils ont utilisé l'état de l'acte comme critère, alors que ce dernier a utilisé le but de la règle violée. Or, les auteurs du XIX^{ème} siècle cherchaient davantage une caution pour leur théorie de l'état de l'acte, que la découverte du père de la théorie générale des nullités. Ce qui s'illustre parfaitement dans leur étude.

¹⁹⁶⁰ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 30.

¹⁹⁶¹ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 5.

¹⁹⁶² Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 93.

¹⁹⁶³ *Idem*.

¹⁹⁶⁴ M. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, op. cit., tome II, p. 59.

¹⁹⁶⁵ Pour lui les nullités absolues « [...] ne peuvent être couvertes par aucune ratification ; tandis que les secondes peuvent se couvrir, soit par le laps de temps soit par la ratification » (*Idem.*)

II. La naissance de la théorie générale des nullités chez les autres auteurs du XIX^{ème} siècle

516. Avec la méthode d'Aubry et Rau, qui permet de s'affranchir du plan du Code, plusieurs autres auteurs vont chercher à construire eux aussi une théorie générale des nullités à la fin du XIX^{ème} siècle. – Ainsi, d'après Pize, son « but est d'élaborer une théorie d'ensemble [...] »¹⁹⁶⁶ des nullités. Aussi, il a estimé que son travail est un « [...] essai de théorie scientifique générale [...] »¹⁹⁶⁷. Quant à Bourgeon, il a estimé que « c'est cette idée de généralisation qui seule nous guide [...] qu'on ne cherche donc pas dans notre travail des solutions de détail [...] notre œuvre est une œuvre de généralisation, elle n'est pas une œuvre d'analyse »¹⁹⁶⁸. La même affirmation se rencontre chez Beudant aussi¹⁹⁶⁹.

Chez tous ces auteurs, on a assisté à l'émergence d'une théorie générale des nullités, alors même qu'elle n'existe pas dans le code. Ce qui a fait de cette théorie une construction abstraite, car elle relève plus d'une déduction logique que d'une description du droit positif. Ce qui peut expliquer les critiques adressées par Gény, au XX^{ème} siècle, à cette façon de présenter le droit civil.

§ 2. Les constructions juridiques au XX^{ème} siècle et la renaissance de la théorie générale des nullités

Si au début du XX^{ème} siècle plusieurs auteurs étaient hostiles aux constructions juridiques du XIX^{ème} siècle (A), ils les ont vite adoptées pour les appliquer aux nullités afin de reconstruire une théorie générale des nullités (B).

¹⁹⁶⁶ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 8.

¹⁹⁶⁷ *Idem*, p. 9.

¹⁹⁶⁸ Pour Bourgeon, « ce qu'il importe avant tout, c'est de mettre en lumière les vrais principes, en leur donnant une forme générale et simple [...] et qui permettent à chacun d'en faire l'application aux hypothèses particulières ». Il a ajouté que « le principe de la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité une fois dégagé [...] il est permis de l'étendre et d'en faire l'une des règles générales du droit, l'un des axiomes de la science juridique » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 5).

¹⁹⁶⁹ Pour Beudant, « le Code civil a en quelque sorte passé sous silence la théorie des nullités en matière de convention. On [...] peut la construire doctrinalement [...] pour remonter [...] à des règles générales » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 187).

A. Les réactions contre les constructions juridiques du XIX^{ème} siècle

Ainsi dans la libre recherche, après avoir commencé par rejeter les constructions juridiques du XIX^{ème} siècle (I), Gén y et Japiot ont pris conscience des excès de ce rejet (II). D'où le retour aux théories générales dans cette libre recherche (III).

I. Le rejet des théories abstraites par la libre recherche

517. Pour construire des théories générales, qui ne figurent pas dans le Code, les auteurs ont utilisé l'ordre rationnel des règles afin de les classer¹⁹⁷⁰. – Aussi, plusieurs auteurs du XX^{ème} siècle ont critiqué cette méthode, qui ne tient pas compte des réalités sociales, mais qui se limite à la raison¹⁹⁷¹. Ainsi pour Gén y, ces théories ne sont que « des déductions strictement logiques »¹⁹⁷², coupées de toute réalité¹⁹⁷³. Quant à Gaudemet, en parlant d'Aubry et Rau, il a estimé qu'il « leur arrive d'abuser des abstractions logiques, et des principes métaphysiques *a priori* [...] »¹⁹⁷⁴. Aussi, Ph. Jestaz et Ch. Jamin ont estimé que le principal reproche que l'on a fait à l'école de l'exégèse, ce sont ses « [...] constructions abstraites [...] »¹⁹⁷⁵.

Or c'est exactement le même reproche que les auteurs modernes ont adressé à la doctrine classique des nullités¹⁹⁷⁶. Ce qui s'illustre parfaitement chez Japiot quand il dénonce les « conceptions abstraites *a priori* [...] »¹⁹⁷⁷ des classiques. On retrouve le même type de reproche

¹⁹⁷⁰ Cf. *Infra*, n° 533 et s.

¹⁹⁷¹ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 189.

¹⁹⁷² Fr. Gén y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., pp. 40, 110 ; E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 13.

¹⁹⁷³ Fr. Gén y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 39.

¹⁹⁷⁴ Pour Ph. Jestaz et Ch. Jamin « si l'on en croit Gaudemet, les auteurs du XX^e siècle vont plus loin que leur prédécesseurs, car ils forgent des constructions reposant davantage sur des données réelles. Il y a sans doute du vrai dans cette assertion, encore que les constructions aient existé chez certains de ses prédécesseurs et n'aient pas péché par un excès d'abstraction [...] Touiller [...] avait su construire des [...] théories générales » (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 29, 30, 108).

¹⁹⁷⁵ Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 133 ; D. Deroussin, « Jossierand : le droit comme science sociale ? », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), op. cit., p. 69.

¹⁹⁷⁶ Cf. *Infra*, n° 520, 651, 675, 676 et 677.

¹⁹⁷⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 123, 124 : Pour lui la théorie classique utilise « une sorte d'axiome » ; Japiot insiste sur « [...] la méthode classique, sur ses

chez Drogoul, pour qui la théorie classique est fondée sur des « constructions juridiques »¹⁹⁷⁸, assises sur la logique pure. Loyer aussi développe le même type de critique contre les classiques¹⁹⁷⁹. Toutes ces critiques vont pousser certains auteurs, issus de la libre recherche, à abandonner toute idée de théorie générale. La même tendance apparaîtra aussi chez les auteurs qui ont écrit exclusivement sur la théorie des nullités¹⁹⁸⁰. Ce qui peut être excessif.

II. Les excès de la libre recherche et l'abandon de toute théorie générale

518. Après avoir critiqué les excès des constructions du XIX^{ème} siècle, certains disciples de GénY, comme Demogue, ont décidé de bannir toute forme de théorie dans le droit. – Pour lui, le juriste doit étudier les normes et les présenter dans leur désordre, sans aucune idée préconçue¹⁹⁸¹. Ainsi si on avait suivi Demogue, on aurait renoncé à « [...] ces fameuses théories générales et à tout ce qu'elles charrient [...] »¹⁹⁸². Cependant, si c'est Demogue qui a le plus incarné cette mise en cause des théories, elle n'a pas été initiée par lui, mais par des auteurs qui ont écrit exclusivement sur les nullités au début du XIX^{ème} siècle¹⁹⁸³, mais aussi au début du XX^{ème} siècle¹⁹⁸⁴. Demogue n'a fait qu'étendre cette mise en cause à tous les domaines du droit civil, sans oublier le domaine des nullités aussi, dès lors a estimé que « la théorie des nullités doit être souple [...] »¹⁹⁸⁵.

conceptions a priori, ses constructions édifiées d'un point de vue trop théorique, à l'aide de raisonnements ou la logique abstraite intervient d'une façon trop exclusive. » (*Idem*, p. 3.)

¹⁹⁷⁸ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 143.; Pour Drogoul, « Laurent semble avoir pris sa tâche de ne s'écarter en rien de la logique la plus pure. » (*Idem*, p. 42.).

¹⁹⁷⁹ J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 17.; J. Ghestin a fait le même reproche à C. Guelfucci-Thibierge en lui reprochant de « [...] s'écarter du droit positif et de reconstruire une théorie des nullités toute neuve à partir d'une logique purement abstraite » (Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. XIV).

¹⁹⁸⁰ Cf. *Infra*, n° 675, 676 et 677.

¹⁹⁸¹ En parlant de Demogue, Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frédéric Rolin ont estimé qu'« En publiant dès 1911 un essai où il avait refusé de procéder à la synthèse des arrêts afin de ne pas trahir la complexité et les contradictions internes à ces fameuses données réelles, Demogue avait peut-être eu l'intuition de cette trahison. Mais GénY le lui avait précisément reproché. » (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frédéric Rolin, op. cit., pp. 34, 35.)

¹⁹⁸² *Idem*, p. 35.

¹⁹⁸³ Cf. *Infra*, n° 675, 676 et 677.

¹⁹⁸⁴ Cf. *Infra*, n° 655 et s.

¹⁹⁸⁵ R. Demogue, *Code civil annoté* par E. Fuzier-Harman (Nouvelle édition, refondue et mise à jour sous la direction de René Demogue), op. cit., p. 89; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris : Arthur Rousseau, tome II, 1923, p. 418 et s., R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris : Arthur Rousseau, tome I, 1923, p. 418 et s. : Dans tous ses manuels, Demogue ne fait pas une présentation systématique des nullités.

519. Cette mise en cause des théories et ce réalisme sont-ils une application à la lettre de la libre recherche, prônée par Géný, pour lutter contre les constructions abstraites du XIX^{ème} siècle¹⁹⁸⁶ ? – Si Géný a approuvé le réalisme de Drogoul et de Loyer dans la théorie des nullités¹⁹⁸⁷, cela ne veut pas dire qu’il approuve toutes les conséquences de l’utilisation de sa méthode. Au demeurant, il n’a pas approuvé l’extension de ce réalisme à tout le droit civil chez Demogue. Aussi, a-t-on reproché à Demogue d’être « est un réaliste »¹⁹⁸⁸, et « quelques-uns pourraient même lui reprocher de l’être trop, car le principe disparaît parfois sous l’abondance des faits »¹⁹⁸⁹ chez lui. Parlant de Demogue, Géný a estimé que « le système de désintégration, de dissolution, à outrance, pratiqué par notre auteur [...] »¹⁹⁹⁰ est de nature à déconstruire toute l’armature théorique du droit¹⁹⁹¹. Perreau aussi est allé dans le même sens en reprochant à Demogue d’avoir récusé les théories générales, alors que pour lui, « l’harmonie, la symétrie et le rythme sont un besoin naturel de l’esprit et du cœur [...] Les principes sont cause d’harmonie. Ne le rayons donc pas de notre droit, il y perdrait en autorité comme en clarté »¹⁹⁹². Même Gounot a repris la même critique¹⁹⁹³. Ce qui peut expliquer le retour aux théories générales au XX^{ème} siècle comme cela se passait au XIX^{ème} siècle.

III. Le retour en arrière de Géný du fait des critique de Japiot et l’admission des théories générales

Pour admettre les théories, Géný s’est largement inspiré de Japiot, qui a promu les concepts de science et technique (1), pour corriger les excès de la libre recherche avec des concepts issus de la thèse de ce dernier (2).

¹⁹⁸⁶ Cf. *Supra*, n° 517.

¹⁹⁸⁷ Pour Japiot la libre recherche crée un risque d’« [...] émiettement, et nous trouverons encore des manifestations de ce danger, en ce qui concerne les nullités, dans certains travaux qui, suivant l’opinion que Géný lui-même a bien voulu nous faire connaître, répondent assez bien aux conceptions méthodologiques de l’éminent professeur ». Japiot a ajouté que « Le système de M. Drogoul nous semble difficile à saisir et discutable [...] » Les travaux dont il parle ce sont ceux de « MM. Drogoul et Loyer [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridiques : Essai d’une théorie nouvelle*, loc. cit., pp. 4, 149.)

¹⁹⁸⁸ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 152.

¹⁹⁸⁹ *Idem*

¹⁹⁹⁰ *Idem*, p. 148.

¹⁹⁹¹ P-Y. Verkint et L. Bonnard-Plancke, « La reception de la question sociale par la doctrine juridique civiliste au tournant du siècle », in *Les acteurs de l’histoire du droit du travail*, (Dir J-P Le Crom), Rennes : PUR, 2004, p. 21.

¹⁹⁹² Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 148.

¹⁹⁹³ Pour Gounot « N’allons-nous pas de gaieté de cœur, nous exposer à tous les dangers des jugements empirique ou d’occasion, et sacrifier par là ce besoin primordial, absolu, indiscutable, la certitude du droit [...] Ceci est assurément le grief le plus fort, qui menace les nouvelles tendances » (*Idem*, p.140).

1. La promotion de la science et technique chez Japiot

520. Japiot aussi a pris conscience des excès de la théorie classique, mais il ne s'est pas rallié, pour autant, aux solutions proposées par les réalistes¹⁹⁹⁴. – En effet, pour lui, « [...] le principe de la libre recherche est de nature à détruire entièrement la cohésion des théories juridiques, il peut aboutir à la suppression trop complète de certaines directions assez sûres et assez précises, dont l'interprète a un très réel besoin [...]»¹⁹⁹⁵. Donc s'il pense que l'on doit abandonner les constructions abstraites et *a priori* du XIX^{ème} siècle, il ne pense pas que les données de la vie réelle puissent être étudiées sans être rangées dans des catégories, sauf le risque de tomber dans l'émiettement du droit¹⁹⁹⁶.

Pour éviter cet émiettement, sans pour autant retomber dans les excès des auteurs du XIX^{ème} siècle, il a proposé un retour en arrière pour renouer avec le goût des théories générales du XIX^{ème} siècle, mais en changeant leur méthode de construction. Ces théories ne seront plus élaborées *a priori*¹⁹⁹⁷, mais elles doivent résulter de l'observation des dispositions spéciales et des faits. Par conséquent, pour construire sa théorie des nullités, il prétend qu'il « [...] prendra pour base l'observation des faits et non pas une conception *a priori* ; seulement dans la vie sociale, les faits sont organisés de telle façon qu'ils se classent naturellement en catégories [...] c'est à ce moment qu'on peut emprunter utilement à la méthode classique le procédé des constructions juridiques»¹⁹⁹⁸. Ces constructions juridiques étant assimilables aux « théories générales »¹⁹⁹⁹ des nullités chez lui.

521. Pour concilier cette méthode classique et la libre recherche dans sa méthode, Japiot invente les concepts de Science et Technique. – Pour lui, « le jurisconsulte doit sans cesse tendre vers un idéal de conciliation entre deux éléments dont l'opposition est irréductible : d'une part, le droit scientifique, que nous pouvons entrevoir seulement d'une façon incomplète, exigerait autant de solution que d'espèces, pour se plier à l'infinie variété des

¹⁹⁹⁴ Cf. *Infra*, n° 520.

¹⁹⁹⁵ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, loc. cit., pp. 3, 4.

¹⁹⁹⁶ J. P. Le Crom, « Avant-propos », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes : PUR, 2004, p. 8.

¹⁹⁹⁷ Cf. *Infra*, n° 680.

¹⁹⁹⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 4.

¹⁹⁹⁹ *Idem*, p. 5.

hypothèses, d'autre part, le droit technique doit intervenir, au risque de déformer la physionomie des faits si nuancés et divers, pour poser des règles précises et fournir des directions sûres : mais nous croyons que les systèmes classiques ont fait ici la place trop large à la technique juridique, que certaines conceptions récentes au contraire ont donné trop d'importance au point de vue du droit scientifique, et que, la théorie dont nous venons de rappeler les grandes lignes est moins éloignée de cet idéal de conciliation. »²⁰⁰⁰. Or ce sont ces deux concepts, de science et technique, qui seront repris par Gén y pour reformer sa libre recherche.

2. Le recours à la science et technique chez Gén y

522. **Après les excès de Demogue²⁰⁰¹, Gén y a pris conscience des limites de sa libre recherche en parlant de « l'infirmité radicale des conclusions positives »²⁰⁰² de son livre consacré aux méthodes d'interprétation, paru en 1894²⁰⁰³.** – Ce qui peut expliquer la nécessité de reformer cette méthode. Pour atteindre cet objectif, il s'est inspiré, pour partie, de la thèse de Japiot²⁰⁰⁴. Dans *Méthode d'interprétation...*, il avait banni les constructions, et donc les théories générales. Dans *Science et technique*, il a cherché à les rétablir en se demandant « Quelle importance assigner [...] à l'abstraction et à la généralisation [...] quelles sont les conditions et les limites d'une systématisation »²⁰⁰⁵. Pour répondre à ces questions, il

²⁰⁰⁰ Pour Japiot « la méthode à employer paraît être la suivante[...]on prendra pour base l'observation des faits et non pas une conception a priori ; seulement dans la vie sociale, les faits sont organisés de telle façon qu'ils se classent naturellement en catégories[...] c'est à ce moment qu'on peut emprunter utilement à la méthode classique le procédé de constructions juridiques» C'est pour cela que sa méthode est une « [...]méthode intermédiaire[...]une théorie nouvelle des nullités[...]écarterait toute classification à priori des nullités en catégorie rigides[...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 4, 5, 8, 940).

²⁰⁰¹ Cf. *Supra*, n° 518; Fr. Gén y, *Science et technique en droit positif*, Paris : Sirey, tome I, 1914, p. 11. Gén y, cité ici par Gaudemet, a parlé du trou béant de son livre en voyant « de trop confiants disciples utiliser parfois sans hésitation ni mesure [...] des lambeaux de vérité[...]» (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 204).

²⁰⁰² *Idem*

²⁰⁰³ Gén y reconnaît même avoir « perçu le trou béant de l'œuvre entière [...]» en parlant de la libre recherche. (Fr. Gén y, *Science et technique en droit positif*, op. cit., tome I, pp.10, 11).

²⁰⁰⁴ Ainsi Gaudemet a montré que beaucoup « [...] sentirent immédiatement la nécessité d'une technique guidant la libre recherche. J'en veux pour preuve [...] quelques belles thèses de doctorat, toutes antérieures à la seconde phase de l'œuvre de Gén y[...] Celles par exemple[...] de Rene Japiot sur les nullités » (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 205).

²⁰⁰⁵ Fr. Gén y, *Science et technique en droit positif*, op. cit., tome I, p. 12.

a repris les deux concepts de Japiot, sur la science et la technique²⁰⁰⁶. Il va même tirer le titre de son ouvrage, qu'il a publié en 1914 et qui a reformé sa méthode d'interprétation, de ces deux concepts²⁰⁰⁷.

523. Ces deux concepts vont prendre la forme du donné et du construit dans sa méthode. – Ce sont eux qui vont lui permettre de lutter contre l'émiettement, permis par la libre recherche, en essayant de ranger les observations du juriste, que l'on appelle le donné ou la science, dans des catégories issues de « déductions »²⁰⁰⁸, que l'on appelle le construit ou la technique²⁰⁰⁹. Cette réforme méthodologique de GénY permet la réémergence des théories générales au XX^{ème} siècle, car grâce au construit ou à la technique, le droit n'est plus présenté sans ordonnancement et sans catégorie.

Malgré l'opposition de Demogue aux théories générales, après son débat avec Capitant, les théories générales vont triompher²⁰¹⁰. Mais c'est surtout grâce à Planiol que ces théories vont triompher²⁰¹¹. En effet, pour Ph. Jestaz et C. Jamin, après Planiol, personne ne présentera « [...] plus les règles dans l'ordre du code civil, mais par blocs successifs de théories générales »²⁰¹². Donc, si la méthode de GénY est enfin devenue cohérente, c'est parce qu'elle s'est prémunie contre l'émiettement du droit que prônait sa libre recherche. Au fond, « GénY n'a gagné qu'avec le secours des auteurs qui ont su bâtir des théories générales [...] »²⁰¹³.

Mais le recours à des théories générales n'est-il pas un retour en arrière ? N'était-ce pas là ce que l'on reprochait à l'école de l'exégèse²⁰¹⁴ ? Certains n'ont pas hésité à penser qu'il n'y a

²⁰⁰⁶ Toutefois, GénY admettait déjà la technique dans cette œuvre, mais sans bien préciser son rôle (Fr. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 464). E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., pp. 205, 206.

²⁰⁰⁷ Fr. GénY, *Science et technique en droit positif*, Paris 1914.

²⁰⁰⁸ Fr. GénY, *Science et technique en droit positif*, op. cit., tome I, p. 211.

²⁰⁰⁹ Gaudemet a clairement précisé le rôle de ces deux concepts, en estimant que « Pour découvrir la règle de droit par la libre recherche, le juriste met en œuvre deux éléments. D'abord, ce que M. GénY appelle le donné, c'est-à-dire la notion que fournit directement à l'interprète la nature des choses[...]En second lieu, ce que notre auteur appelle le construit, c'est-à-dire l'élaboration quelque peu artificielle, que ces éléments doivent recevoir, pour être transformés en règles claires et stables[...]Au donné correspond la science, au construit correspond la technique » (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 129).

²⁰¹⁰ Ch. Jamin, « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *l'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Litec, Dalloz et PUF, 1999, p.125. Josserand aussi est allé dans le même sens (D. Deroussin, « Josserand : le droit comme science sociale ? », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), op. cit., pp. 69 et 70).

²⁰¹¹ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 149

²⁰¹² *idem*, p. 150.

²⁰¹³ *Ibid*, p. 149.

²⁰¹⁴ Cf. *Supra*, n° 517 et s.

pas eu de rupture entre l'école de l'exégèse et l'école scientifique²⁰¹⁵, parce qu'elle s'est inspirée des théories générales d'Aubry et Rau²⁰¹⁶. Cette réémergence des théories générales dans la libre recherche influence celle de la théorie générale des nullités au XX^{ème} siècle aussi.

B. L'influence de la réforme des méthodes de l'école scientifique sur la réémergence de la théorie générale des nullités au XX^{ème} siècle

Pour assister à une réémergence de la théorie générale des nullités au XX^{ème} siècle, du fait de l'influence de la science et technique de GénY (II), il a fallu relativiser certaines critiques de la libre recherche contre les constructions juridiques auxquelles on assimilait la théorie classique des nullités (I).

I. La relativisation des critiques contre les constructions de la doctrine classique des nullités

524. Construire une théorie générale des nullités c'est proposer des catégories de nullité, qui déclenchent l'application d'un régime particulier, qui sont censées refléter le droit commun. – Or, après avoir montré que la théorie générale, construite par les classiques, est une construction juridique²⁰¹⁷, Japiot a montré combien cette construction abstraite était rigide et à côté, « combien différentes sont les multitudes de catégories des nullités, soit absolues, soit relatives, qu'il [...] a paru nécessaire de reconnaître [...] que les deux types

²⁰¹⁵ Pour Ph. Jestaz et C. Jamin, « L'Ecole scientifique n'a pas vraiment innové : elle n'a fait que donner une très forte armature théorique à une dogmatique édifiée de longue date[...]Il n'est pas rare de lire, notamment sous la plume des historiens que les juristes de Rome ou de l'ancien droit ont systématisé le droit en dégagant des principes, qu'il ont édifié des théories générales[...]» (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 15). Ils ont ajouté qu'« [...]il n'y a plus d'un côté l'Ecole de l'exégèse et ses intransigeances, et de l'autre une école dissidente et minoritaire qui annoncerait la rupture à venir. » ; Pour eux, il y a « [...]un point de convergence important entre les auteurs du XIX^e et ceux du XX^e siècle. Les uns et les autres sont à la recherche de principes qui seraient en germe dans la législation ou la jurisprudence. Contrairement à ce que l'on prétend parfois, les premiers ne s'en désintéressent pas au profit d'une lecture grammaticale des articles du code» (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frédéric Rolin, op. cit., pp. 26, 28).

²⁰¹⁶ Pour Ph. Jestaz et C. Jamin, « [...]Aubry et Rau[...]préfigurent ce qui deviendra le genre doctrinal français par excellence : l'élaboration de systèmes, de constructions juridiques ou encore de théories générales[...]» (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 81). Or justement, ils ont montré que « [...]c'est à l'édification de théories ou de constructions juridiques que se reconnaît l'école scientifique » aussi (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frédéric Rolin, op. cit., p. 30).

²⁰¹⁷ Cf. *Supra*, n° 517.

classiques de l'inexistence et de la nullité relative sont loin de répondre à tous les besoins »²⁰¹⁸. Ce qui l'a poussé à rejeter toute idée de classification, qui prétende trouver deux catégories de nullité, pour tous les contrats²⁰¹⁹.

525. Cependant, ce rejet de la classification générale des nullités, et donc de la théorie générale des nullités, n'a pas été approuvé par tous les auteurs. – Ainsi, pour Planiol et Ripert, « comme il arrive souvent, la réaction [de Japiot] a été exagérée »²⁰²⁰. Aussi, Lutzesco a estimé que « la théorie défendue par M. Japiot n'est pas à la hauteur de ses ambitions [...] »²⁰²¹. Même ceux qui, comme Hébraud, reconnaissent la rigidité de la théorie classique ont estimé que l'on « ne saurait, cependant, dans la description de ces multiples variétés, se priver de tout point de repère [...] Aussi, les civilistes modernes [...] continuent-ils à faire usage [...] de la distinction des nullités absolues et des nullités relatives »²⁰²². On trouve la même idée chez Chevallier qui a montré que la théorie de Japiot, « [...] s'est évanouie comme un nuage passe sans laisser de trace. Partout s'affirme la classification bipartite des nullités ou nullité absolue et nullité relative s'opposent [...] »²⁰²³. D'où une certaine restauration des classifications générales des nullités, issues du XIX^{ème} siècle, au XX^{ème} siècle.

II. La restauration de la théorie générale des nullités au XX^{ème} siècle

Alors même que Japiot est un des inspirateurs de *Science et technique* de Gény, à cause de son hostilité aux idées *a priori*²⁰²⁴, il n'a pas su utiliser cette méthode pour construire une théorie générale des nullités, alors que certains de ses contemporains ont su tirer profit de

²⁰¹⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 634.

²⁰¹⁹ Cf. *Infra*, n° 679 et s. Car pour Japiot, « [...] nous avons vérifié ainsi, une fois encore, l'exactitude de l'idée qui domine notre théorie, à savoir qu'il n'y a pas deux ou trois catégories de nullités foncièrement différentes les unes des autres, mais seulement des inefficacités plus ou moins complètes [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 778). Mais Couturier ne partage pas cette position, car pour lui « il demeure que l'étude de la confirmation fait bien apparaître l'opposition entre deux ordres de nullités, celles sanctionnant des règles d'intérêt privé et celles sanctionnant des règles d'intérêt social [...] Cette opposition est nouvelle car elle ne correspond pas à la distinction traditionnelle des nullités absolues et des nullités relatives [...] » (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 5).

²⁰²⁰ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 370.

²⁰²¹ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 6.

²⁰²² Pour Hébraud, « l'opposition des nullités absolues et des nullités relatives, et la systématisation qu'en avaient faite les juristes du XIX^e siècle, ont suscité, par l'excès de leur rigidité [...] un mouvement général de réaction allant, notamment chez Drogoul, jusqu'à briser toute classification. Cette libération a ouvert la voie à la reconnaissance de types nouveaux et plus nuancés [...] » de nullités. (Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. XX).

²⁰²³ Cf. annexe, Doc N°12.

²⁰²⁴ Cf. *Supra*, n° 520.

cette méthode(1). Ce sont, d'ailleurs, ces auteurs, qui ont su tirer profit de la méthode de Géný, qui ont influencé les auteurs actuels (2).

1. La restauration de la théorie générale des nullités dans la doctrine moderne chez les auteurs influencés par Géný

526. Si Gaudemet a dirigé la thèse de Japiot, il était aussi très proche des idées de Géný. – Ainsi, il avait adhéré sans réserve à la réforme méthodologique de Géný, initiée dans *Science et technique*, et qui, contrairement à sa libre recherche²⁰²⁵, permettait la construction des théories générales²⁰²⁶. Ce qui lui a permis de publier, en 1937, *Théorie générale des obligations*²⁰²⁷. Dans cet ouvrage, contrairement à Japiot²⁰²⁸, il n'a pas récusé la théorie générale des nullités, valable pour tous les contrats et fondée sur la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative²⁰²⁹. Alors même que cette distinction était héritée de la théorie classique des nullités²⁰³⁰, il a estimé qu'il fallait conserver « [...] une distinction analogue [à celle des classiques], mais en la fondant sur une idée différente, celle du but de la règle qui n'a pas été observée [...] si la règle violée était d'intérêt général [...] nous pourrions parler [...] de nullité absolue. Si elle était d'intérêt particulier [...] la nullité est relative»²⁰³¹. Ce qui revient à reprendre, comme chez les classiques, les classifications générales, qui sont valables pour tous les contrats, dans le domaine des nullités.

Cependant, E. Gaudemet a tenu à se distinguer des classiques en précisant que « [...] l'analogie des deux théories s'arrête là ; en effet, tout d'abord, dans chacune des deux catégories, le cercle des attributaires du droit de critique est plus ou moins étendu, suivant les caractères de la règle violée »²⁰³². Cette volonté de se distinguer des classiques va le pousser à reprendre la casuistique de Japiot en désolidarisant la classification des nullités de leur

²⁰²⁵ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 129.

²⁰²⁶ Cf. *Supra*, n° 523.

²⁰²⁷ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, (1937) réimp. Paris :Dalloz, 2004.

²⁰²⁸ Cf. *Supra*, n° 163.

²⁰²⁹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 166.

²⁰³⁰ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., t2, p. 185. C'est ce qu'a affirmé Planiol, en estimant que « la doctrine classique distingue deux catégories de nullités : les nullités absolues et les nullités relatives» (M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 369).. G. de La Pradelle ne dit pas autre chose en estimant que « la théorie classique[...]ne connaît que deux régimes : nullité absolue, nullité relative» (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 67).

²⁰³¹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 166.

²⁰³² *Idem*.

régime. Il va aussi reprendre pour partie les classifications de Japiot ou plutôt son absence de classification²⁰³³. Mais il a toutefois tenu à préciser qu'il n'est pas pour la casuistique de Drogoul²⁰³⁴, même si, pour lui, la distinction des nullités et leur régime ne sont pas « [...] solidaires »²⁰³⁵.

Cela fait de sa théorie une théorie générale des nullités, car, malgré sa souplesse, elle ne se limite pas à des cas particuliers. Pour dégager les catégories, il a utilisé des catégories absolue et relative, valables pour tous les contrats. Donc, même si cette théorie est souple, on peut parler d'une théorie générale ici. C'est ce que l'on retrouve chez LutzESCO, qui, lui aussi, a utilisé les catégories des classiques pour tous les contrats, mais les a désolidarisées d'avec leur régime²⁰³⁶.

527. Planiol, le précurseur des théories générales au XX^{ème} siècle²⁰³⁷, a proposé une théorie générale des nullités. – Selon Guggenheim, pour atteindre ce but, il s'est inspiré de la théorie générale construite par les classiques²⁰³⁸. Ce qui lui a permis de proposer des catégories générales, qui soient valables pour tous les contrats. Ainsi, pour Planiol et Ripert, « si la doctrine classique [...] a été dévoyée par la théorie de l'inexistence, il n'est pas vrai qu'elle ne contienne rien d'exact. Si elle est insuffisamment nuancée, et même sur certains points erronée, par souci excessif de simplicité et de symétrie, il est cependant possible et utile de distinguer deux catégories générales de nullités, différant par leur fondement. Seulement la doctrine classique a besoin d'être retouchée »²⁰³⁹.

528. On retrouve la même volonté de construire des catégories générales, qui sont valables pour tous les contrats, chez Capitant et Colin²⁰⁴⁰. – Ce qui peut s'expliquer chez eux par l'influence de la réforme méthodologique de GénY²⁰⁴¹. Ainsi, après avoir fait allusion à l'anarchie de Japiot, dans une note de bas de page, ils ont estimé que « la distinction entre deux grandes catégories de nullité, absolue et relative, paraît, non seulement correspondre à la

²⁰³³ Cf. *Supra*, n° 302.

²⁰³⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 147.

²⁰³⁵ *Idem*, p.144.

²⁰³⁶ Pour LutzESCO aussi, « les deux degrés de la théorie des nullités- la nullité absolue et la nullité relative- sont suffisants pour exprimer l'idée de sanction et assurer, par la même, l'efficacité de la loi. » (G. LutzESCO, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., pp. 7, 293).

²⁰³⁷ Cf. *Supra*, n° 523.

²⁰³⁸ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 16.

²⁰³⁹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, pp. 358, 370.

²⁰⁴⁰ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 16.

²⁰⁴¹ Cf. *Supra*, n° 523.

vérité rationnelle et aux enseignements de l'histoire, mais encore être définitivement consacrée par notre droit »²⁰⁴². Loin de se limiter à l'utilisation des catégories classiques, comme l'a fait Gaudemet, ils ont, comme Planiol, solidarisé ces catégories avec le régime de la nullité. Ainsi, pour eux, toute personne peut invoquer la catégorie nullité absolue²⁰⁴³. Ce qui crée un lien de solidarité entre la catégorie et son régime.

529. Pour tous ces auteurs du XX^{ème} siècle, contrairement à la position de Japiot, il y a deux types de nullités. – Ces nullités, qui se retrouvent dans tous les contrats, sont : la nullité absolue et la nullité relative. On a donc affaire à une théorie générale des nullités, valable pour tous les contrats et conforme au programme entrepris par la réforme méthodologique de Gény. Dans *Science et technique*, les théories générales sont en effet décrites comme possibles et souhaitables²⁰⁴⁴, alors que *Méthode d'interprétation* semblait les rejeter, comme étant des constructions abstraites²⁰⁴⁵. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que ce soient Gaudemet, Planiol et Capitant qui aient transporté ces théories générales dans le domaine des nullités. En effet, ce sont eux qui ont restauré les constructions et les cadres du XIX^{ème} siècle pour permettre la réémergence des théories générales au XX^{ème} siècle²⁰⁴⁶.

Ainsi, on peut donner raison à G. de La Pradelle quand il écrit que si « la théorie classique est actuellement rejetée pour l'essentiel. Il n'en reste pas moins qu'elle prête toujours ses cadres à la doctrine »²⁰⁴⁷, dans la mesure où elle fournit à celle-ci ses catégories. D'ailleurs Chevallier aussi semble aller dans le même sens, car, selon lui, « [...] les cadres de la doctrine classique [...] »²⁰⁴⁸ sont conservés dans la théorie moderne. C'est pour cette raison qu'on a pu se demander si « du fait que notre théorie générale des nullités connaît toujours la distinction entre nullités absolues et relatives, on pourrait se demander si Japiot, après plus d'un demi-siècle, fait encore figure de précurseur [...] »²⁰⁴⁹.

²⁰⁴² Pour A. Colin et H. Capitant, « Cette distinction entre les degrés d'imperfection d'un acte juridique[...]reste[...]un peu confuse et incertaine chez Domat et chez Pothier. » (A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 78 et s.)

²⁰⁴³ *Idem*, n° 87.

²⁰⁴⁴ Cf. *Supra*, n° 523.

²⁰⁴⁵ Cf. *Supra*, n° 518.

²⁰⁴⁶ Cf. *Supra*, n° 523.

²⁰⁴⁷ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., n° 33.

²⁰⁴⁸ M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 514.

²⁰⁴⁹ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 28.

Il est vrai que l'utilisation des catégories générales « absolue » et « relative » n'est pas compatible avec la théorie des Japiot²⁰⁵⁰. En effet, « [...] cette division bipartite des nullités contredit les permisses essentielles de la théorie moderne »²⁰⁵¹. Par conséquent, G. Couturier, en parlant des nullités absolues et relatives, reprend les critiques adressées aux classiques, en estimant que « cette construction [...] repose sur une classification artificielle des nullités en deux grandes catégories »²⁰⁵². Ce qui ne veut pas dire qu'il rejette toute catégorie générale des nullités. Il décide de remplacer les catégories classiques par de nouvelles catégories générales, précisant qu'il faut distinguer les « [...] nullités protectrices d'intérêts privés et les nullités d'intérêt général »²⁰⁵³. Toutefois, ce ne sont pas ces catégories de G. Couturier qui seront reprises dans les manuels contemporains, mais la distinction entre la nullité relative et absolue.

2. La restauration de la théorie générale des nullités dans les manuels contemporains

530. Plusieurs manuels contemporains admettent une classification, générale des nullités, fondée sur la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative²⁰⁵⁴. – Ainsi, pour F. Terré, Ph. Simler et Y. Liqueur, la théorie des nullités, suppose de se poser les questions suivantes : « Quelles sont les personnes qui peuvent agir en nullité ? Celles qui peuvent confirmer ? Pendant combien de temps ? »²⁰⁵⁵ Ils ont estimé que « même si la réponse à ces questions ne découle plus mécaniquement de la nature de la nullité, comme le voulait la théorie classique, la considération de cette nature n'en reste pas moins importante »²⁰⁵⁶ Ce qui revient à ne pas exclure la distinction entre la nullité absolue et la

²⁰⁵⁰ Cf. *Supra*, n° 160.

²⁰⁵¹ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 46.

²⁰⁵² Car pour Couturier « c'est, en effet, une tendance qui se manifeste très généralement parmi les auteurs contemporains de maintenir une classification bipartite des nullités, alors même que l'on rattache la diversité de leurs régimes à la diversité des intérêts protégés par la règle sanctionnée. Si l'on prétend reconnaître à cette classification toute la portée qu'elle avait dans la théorie classique, cette tendance est assurément critiquable ; il est vain de tenter de sauvegarder la simplicité qui était celle de l'ancienne théorie générale des nullités alors qu'en cessant de prendre d'abord en considération la gravité du vice, on en a abandonné les justifications théoriques essentielles » (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 166).

²⁰⁵³ *Idem*, p. 167.

²⁰⁵⁴ R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^e éd, op. cit., p. 84; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 278.

²⁰⁵⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Liqueur, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 409.

²⁰⁵⁶ *Idem*, p. 109.

nullité relative, car cette dernière peut aider à répondre à ces questions, même si c'est de façon relative. On retrouve la même logique chez F. Zenati-Castaing et T. Revet qui admettent eux aussi la distinction des deux catégories classiques, en estimant que « La nullité [...] est relative ou absolue selon la nature de l'intérêt en jeu. Elle est relative lorsque l'intérêt est particulier et absolue quand il est général »²⁰⁵⁷.

Pour parvenir à une telle distinction, de deux catégories de nullité pour tous les contrats afin de construire une théorie générale des nullités, les auteurs ne se sont pas contentés d'utiliser une seule source ; ils en ont plusieurs, au risque de d'empêcher que les théories générales des nullités reflètent le droit positif.

Sous-section 2. L'influence néfaste des sources utilisées par les écoles d'interprétation du Code civil sur la construction de la théorie générale des nullités

Pour construire la théorie générale des nullités, contrairement à l'opinion communément admise, selon laquelle les auteurs du XIX^{ème} siècle se seraient attachés exclusivement aux sources étatiques du droit, aussi bien ces auteurs que ceux du XX^{ème} siècle recourent à la fois à des sources non étatiques (§ 1) et à des sources étatiques (§ 2). Notre première hypothèse consiste, précisément, à soutenir que l'impossibilité de la théorie générale des nullités, à refléter le droit positif, est justement attribuée à cet éclectisme des sources. Ce qui sera montré ici.

§ 1. L'utilisation des sources non étatiques dans la construction de la théorie générale des nullités

Les auteurs du XIX^{ème} siècle sont souvent présentés, comme des auteurs très attachés à la loi²⁰⁵⁸. Or, tout comme leurs collègues du XX^{ème} siècle, ils se sont pourtant passés d'elle parfois. Ce qui s'illustre parfaitement dans la construction de la théorie générale des nullités. Comme cette théorie n'existe pas, clairement, dans la loi, aussi bien les auteurs du XIX^{ème}

²⁰⁵⁶ Mais F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, ont relativisé cette utilisation, en estimant que « la distinction des nullités absolues et des nullités relatives conserve une valeur didactique irremplaçable, même si[...] elle est loin d'être parfaite. (*Ibid*)

²⁰⁵⁷ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Droit des personnes*, Paris : Presse universitaire de France, 2006, p. 123.

²⁰⁵⁸ Cf. *Supra*, n° 492 et 505.

siècle que ceux du XX^{ème} siècle ont utilisé la raison (A), l'histoire (B) et la sociologie (C) pour la construire. Même s'il est nécessaire de préciser que la dernière de ces sources était rarement exploitée au XIX^{ème} siècle.

A. L'utilisation de la raison dans la construction de la théorie générale des nullités

531. L'idée selon laquelle il existe des normes, auxquelles même le législateur ne peut pas déroger, existe depuis l'antiquité²⁰⁵⁹. – Si, avec la christianisation, ces normes supérieures devaient trouver leur source dans le droit divin chez St Thomas d'Aquin²⁰⁶⁰, la réforme ayant rompu l'unité religieuse de l'Occident, il a fallu leur trouver une autre source. L'école moderne du droit de la nature a trouvé cette source dans la raison²⁰⁶¹. En effet, pour Grotius, le droit naturel existerait « même si Dieu n'existait pas »²⁰⁶². Appliqué au droit des contrats, on aboutit à la conclusion suivante : le contrat n'est pas rationnellement possible sans un consentement²⁰⁶³. Ainsi, en ce qui concerne les nullités, cette référence à la raison conduira Grotius à soutenir la responsabilité qui en résulte est délictuelle²⁰⁶⁴. En effet, pour lui, un acte nul ne peut pas rationnellement produire un effet²⁰⁶⁵.

532. Pour les auteurs inspirés par cette école, les lois votées par un législateur ne sont que la formulation de la raison, car c'est elle qui a inspiré le législateur²⁰⁶⁶. – C'est au

²⁰⁵⁹ X. Dijon, « Esquisse historique des référence philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ? (Dir L-L.Christians)*, op. cit., p. 34.

²⁰⁶⁰ *Idem*, p. 54 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 16.

²⁰⁶¹ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 89 ; Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 167 ; X. Dijon, « Esquisse historique des référence philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ? (Dir L-L.Christians)*, op. cit., pp. 55-58 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 17.

²⁰⁶² Cité par G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Pref. D. Gutmann, op. cit., p. 415.

²⁰⁶³ Ainsi si dans l'école moderne du droit naturel la violence n'empêche pas le consentement, l'erreur exclut le consentement. C'est pour cette raison qu'avec elle, la « promesse n'a naturellement aucune force » ; Position que l'on retrouve chez Wolf et chez Pufendorf, qui admettent la nullité de droit pour les actes viciés par l'erreur (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., pp. 354, 542, 543, 544).

²⁰⁶⁴ *Idem*, p. 577.

²⁰⁶⁵ Grotius, *De iure*, II, XI, § VI, 3.

²⁰⁶⁶ Pour Colin et Capitant « Si l'élaboration des lois, c'est-à-dire du Droit positif, est un fait contingent et dépendant de la volonté humaine, l'existence d'une société politique, que ces lois doivent régir, pour qu'elle puisse vivre et se développer, apparaît, au contraire, comme un fait naturel. Dès lors, on constatera l'existence d'un ensemble de règles ou idées directrices dont rationnellement le législateur doit s'inspirer dans l'élaboration du Droit positif » ; Pour eux, il existe « [...]un ensemble de règles ou d'idées directrices dont,

demeurant ce qu'a rappelé Bigot de Préameneu, lors des débats ayant précédé l'adoption du Code civil, car pour lui, dans la fabrication des lois, il faut que « la raison dicte et que le législateur écrive »²⁰⁶⁷. Portalis reprendra la même idée à propos, de la partie générale, du Code civil qui touche aux contrats²⁰⁶⁸. En effet, pour lui, cette partie du code est directement puisée dans le « droit naturel »²⁰⁶⁹. D'ailleurs, on avait même prévu un titre préliminaire, dans le Code civil, reprenant cette idée. Ce titre, qui ne fut pas retenu lors de l'adoption définitive de ce code, disposait qu'il « existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes »²⁰⁷⁰.

Si c'est donc la raison qui inspire le législateur, en cas de lacune de la loi, l'interprète peut puiser directement à la source de cette loi, c'est-à-dire dans la raison, pour combler cette lacune. C'est ce qu'ont fait certains auteurs dans la construction de la théorie générale des nullités²⁰⁷¹. Pour pallier la lacune du Code civil, ces auteurs ont proposé une distinction rationnelle des nullités (I), ce qui est critiquable (II).

I. L'utilisation de la raison dans la distinction des nullités

533. Pour utiliser la raison dans la distinction des nullités, l'acte juridique a été non seulement assimilé à un objet physique, soumis aux lois physiques (1), mais aussi à un être vivant, soumis aux lois biologiques (2).

rationnellement, le législateur doit s'inspirer dans l'élaboration du Droit positif[...]» (A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 4 et n° 3).

²⁰⁶⁷ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 1 ; J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 15.

²⁰⁶⁸ C'est ce qu'a rappelé Portalis, en estimant qu'en « traitant des contrats, nous avons d'abord développé les principes de droit naturel qui sont applicables à tous. Nous avons ensuite parlé des formes dans lesquelles ils doivent être rédigés » (*Idem*, p. 48).

²⁰⁶⁹ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 5. C'est sans doute pour cela que C. Mandoza a estimé que les conditions de validité du contrat peuvent être issues de « la loi naturelle » (C. Mandoza, « La nullité des contrats », op. cit., vol II, p. 104).

²⁰⁷⁰ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 17.

²⁰⁷¹ Pour Drogoul « Ce qui détermine les auteurs à se passer d'un texte pour déclarer un acte inexistant, c'est [...] la force impérieuse de la logique. Pourquoi s'inquiéter de la pensée du législateur, puisque, s'il avait réfléchi, il n'aurait pas pu ne pas reconnaître cette inexistence ? La logique prend ici le pas sur la loi. » L'acte est inexistant parce qu'il manque d'un des éléments « en l'absence desquels il est logiquement impossible d'en concevoir l'existence » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 145).

1. L'utilisation des lois physiques dans construction de la théorie des nullités

Pour construire une théorie générale des nullités, valable pour tous les contrats, certains auteurs ont fait appel à la rationalité des sciences dures pour trouver un critère rationnel (a) qui permette d'établir une distinction rationnelle des nullités (b).

a. La rationalisation des critères de distinction des nullités

534. Comme il n'y a pas de critère de distinction des nullités dans le Code civil, certains auteurs classiques ont fait appel à la raison pour trouver ce critère. – Le législateur étant inspiré par cette raison, s'il garde le silence sur un point du droit, l'interprète pourrait directement chercher ce point dans le droit rationnel. C'est pour cette raison que Pize a estimé que « le critérium, qui nous permettra de distinguer les causes d'inexistence des causes d'annulabilité, est bien simple ; il résulte [...] de la raison [...] »²⁰⁷². Si ce critère de distinction des nullités peut résulter de la raison, c'est parce que, comme les choses matérielles sont soumises à la loi de la pesanteur, les actes juridiques aussi sont soumis au principe naturel du respect de la parole donnée²⁰⁷³.

C'est ce qu'a montré Loyer en critiquant les classiques qui considèrent que « les actes juridiques [...] obéissent comme les choses du monde physique et les créations de l'esprit, à une loi naturelle générale et inéluctable d'après laquelle l'existence d'une chose à titre de chose distincte d'une autre et de toutes les autres suppose la réunion d'un certain nombre d'éléments qui précisément l'individualisent »²⁰⁷⁴. Ces éléments, indispensables à l'existence de tout acte juridique, étant évidemment nécessaires indépendamment de toute disposition législative²⁰⁷⁵, car, selon Bourgeon, « [...] créations du monde juridique [et] créations du monde physique »²⁰⁷⁶ sont soumises aux mêmes lois. Ainsi, dans cette conception, si on ne

²⁰⁷² J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 83.

²⁰⁷³ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 18.

²⁰⁷⁴ J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 9.

²⁰⁷⁵ Car pour lui, « [...] l'existence d'une chose à titre de chose distincte d'une autre et de toutes les autres suppose la réunion d'un certain nombre d'éléments qui précisément l'individualisent » (*Idem*).

²⁰⁷⁶ Pour Bourgeon, « C'est une loi qui régit tout et qui se présente avec l'évidence même des axiomes que les choses qui existent, n'existent que parce qu'elles réunissent en elles les éléments constitutifs » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit.,

peut pas concevoir une action sans réaction ; on ne peut pas, non plus, concevoir un contrat sans consentement. Les débats parlementaires, qui ont précédé l'adoption du code, ont d'ailleurs rappelé cette exigence²⁰⁷⁷.

535. Mais quels sont ces éléments rationnels, qui sont exigés dans tout acte juridique, indépendamment de toute disposition législative ? – Pour Hartemann, « [...] rationnellement on ne conçoit pas une obligation conventionnelle sans un double consentement, et sans un objet [...] »²⁰⁷⁸. Quant à Zachariae, en s'inspirant d'une idée, déjà formulée par Ulpien²⁰⁷⁹, il a ajouté à cette liste, la différence de sexe dans le mariage. Pour lui, le mariage homosexuel est rationnellement impossible²⁰⁸⁰.

536. Pour systématiser la distinction des éléments de l'acte juridique, Demolombe a distingué trois types de conditions dans le contrat « les unes sont de l'essence du contrat les autres, qui sont seulement de la nature ; et les troisièmes qui sont accidentelles au contrat »²⁰⁸¹. Cette distinction, entre les conditions relatives à l'essence de l'acte et celles relatives à sa nature, se retrouvait déjà chez Pothier pour qui, il « [...] est de l'essence des obligations qu'il y ait, 1° une cause d'où naissent l'obligation ; 2° des personnes entre lesquelles elle se contracte ; 3° quelque chose qui en soit l'objet. »²⁰⁸². C'est ce critère qui va

p. 1). Pour Bufnoir, il y aurait des « éléments naturels qui en dehors de toute disposition positive de la loi sont essentiels » (C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 647).

²⁰⁷⁷ Dans son rapport Favart on a estimé que s'il n'y a pas de cause « il n'y a pas d'obligation, car il faudrait admettre des effets sans cause » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 71; voir aussi l'annexe, Doc N°VI).

²⁰⁷⁸ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., pp. 260-261. Pour Zachariae « Une obligation nulle suppose l'existence d'une obligation, c'est-à-dire un fait qui pourrait produire et produirait une obligation par lui-même et abstraction faite de sa nature juridique ou de la force que lui reconnaît une disposition légale particulière. Ainsi un contrat formé[...]avec un homme qui n'a pas atteint l'âge de discernement n'est pas un contrat. Il n'oblige aucune des parties et il n'est pas nécessaire pour l'infirmer d'avoir recours à l'action en nullité» (K. Zachariae, *Droit civil français* annoté par G. Massé et Ch. Vergé, op. cit., tome III, p. 470). Demolombe aussi a montré la même chose, en estimant que « parmi les condition que l'article 1108 exige, on pourrait encore signaler au point de vue philosophique cette différence : que les unes sont on dit de droit naturel, et se trouvent à peu près les mêmes dans tous les lieux et dans tous les temps ; tandis que les autres ont un caractère moins primitif, et sont l'œuvre plus arbitraire et plus variable du droit positif[...] le consentement des parties et un objet voilà deux conditions sans lesquelles aucun contrat ne saurait jamais se former et dont la nécessité est un effet, toujours et partout la même» (C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, op. cit., tome I, p. 45).

²⁰⁷⁹ Selon Ulpien, cité ici par X. Dijon, il y a un droit naturel, qui n'est pas propre aux humains, « De ce droit découlent la conjonction du mâle et de la femelle que nous appelons mariage, la procréation des enfants[...] » (X. Dijon, « Esquisse historique des référence philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ?* (Dir L-L. Christians), op. cit., p. 37).

²⁰⁸⁰ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 176; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 48.

²⁰⁸¹ C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, op. cit., tome I, p. 42.

²⁰⁸² Pothier, *Traité des obligations*, tome 1, p. 3.

servir de critère rationnel de distinction des nullités. En effet, la nullité du contrat ne sera pas la même selon que la condition qui manque au contrat est de son essence ou de sa nature²⁰⁸³. Ce qui va permettre aux auteurs, qui utilisent ce critère, de faire des distinctions rationnelles des nullités.

b. La distinction rationnelle des nullités

537. Comme on peut se fonder sur la raison, pour dire qu'un acte doit nécessairement renfermer certains éléments, on pourrait utiliser cette même raison pour classer les nullités qui sanctionnent l'absence de ces éléments rationnels. – Selon l'importance que revêt une condition manquante dans un contrat, on peut rationnellement dire quel type de nullité peut sanctionner l'absence de cet élément. C'est ce qu'ont fait Aubry et Rau en estimant que « l'acte qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet, et en l'absence desquels il est logiquement impossible d'en concevoir l'existence, doit être considéré, non pas seulement comme nul, mais comme non avenu. »²⁰⁸⁴ C'est l'importance rationnelle de l'élément, qui manque à l'acte, qui justifie l'application de l'inexistence à la place de la nullité ici. On retrouve la même logique chez Beudant aussi, car pour lui, « admettre qu'une convention existe quand une de ses conditions fait défaut, ce serait méconnaître une nécessité de la raison. »²⁰⁸⁵

538. Comme, chez ces auteurs, la raison désigne le type de nullité, applicable à un contrat, on peut considérer que la distinction des nullités ici est rationnelle. – C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé Pize en estimant que « [...] la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats [...] est l'un des axiomes, l'une des vérités fondamentales de la science du droit »²⁰⁸⁶, parce que pour lui, « Rien ne se justifie plus facilement, en raison pure, que la distinction de ces deux degrés d'inefficacité originaire des contrats. Ce n'est que l'application à une matière particulière d'une loi naturelle qui régit toutes choses, aussi bien

²⁰⁸³ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 97. Loyer montre que pour les auteurs classiques, pour que l'acte existe « il faut qu'il réunisse certaines conditions, de telle manière que chaque fois qu'on rencontrera cet acte, on les y trouvera réunies et immuables, sous la diversité des modalités accessoires. Il y a, au contraire, d'autres conditions qu'un acte donné présentera habituellement, mais pas d'une façon permanente et absolue, des conditions dont l'absence ne fera subir à l'acte qu'une modification secondaire, des conditions par la même qui pourront disparaître sans en altérer la physionomie et le caractère[...] de ces conditions les premières sont de l'essence de l'acte, les secondes sont de la nature de l'acte » (J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 160).

²⁰⁸⁴ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome I, p. 119.

²⁰⁸⁵ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 180.

²⁰⁸⁶ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 8.

les créations du monde physique que celles du monde juridique [...] »²⁰⁸⁷. Bonnecase aussi est allé dans le même sens, en estimant que la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité « [...] domine les textes plutôt qu'elle ne leur est subordonnée »²⁰⁸⁸. Si cette volonté de s'affranchir des textes, pour trouver des distinctions rationnelles, a exploité ici la logique des sciences exactes, dans certains cas, c'est la logique des sciences naturelles qui a été sollicitée.

2. L'utilisation des lois biologiques dans construction de la théorie générale des nullités

539. Dans la théorie classique, le critère de distinction réside dans la gravité du vice. – Ce qui peut expliquer la nécessité de distinguer les conditions de formation essentielles des conditions non essentielles. Mais cette distinction n'existant pas dans le Code, il a fallu lui trouver un fondement rationnel dans la biologie. Ainsi, pour Demolombe, qui a été le précurseur de la conception pathologique des nullités, chaque contrat a des « conditions [...] organiques »²⁰⁸⁹ (a) ; l'absence de ces conditions est une pathologie de l'acte juridique, dont la gravité, dépend de l'importance de l'élément manquant (b).

a. L'assimilation des éléments de l'acte juridique à des organes

C'est parce que certains auteurs classiques assimilent l'acte juridique à un être vivant (i) que les éléments de cet acte sont assimilés à des organes (ii).

²⁰⁸⁷ *Idem*, p. 1. Pour Bourgeon, il y des actes inexistant « l'inexistence même dont ils sont atteints ne découle pas en effet seulement de la loi, elle est écrite dans la raison même et de tels actes sont [...] rationnellement inexistant [...] » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.215).

²⁰⁸⁸ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., pp. 183, 200 ; Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 215. Mais pour G. Durry « [...] la solennité d'un acte est une exigence qui n'a rien de naturel [...] » (G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 625).

²⁰⁸⁹ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 367. Mais lors du colloque sur la théorie des nullités en 2007, M. Boudot a estimé qu'il « il est très exagéré et parfaitement déloyal me semble-t-il, de prêter à Demolombe » cette conception pathologique des nullités, car cette conception « des nullités n'est pas fréquente au 19^{ème} siècle » Mais les auteurs cités dans ce paragraphe contredisent une telle affirmation (M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p.93).

i. L'acte juridique : un être vivant

540. La théorie de l'état de l'acte est fondée sur l'idée, selon laquelle, la nullité, qui doit frapper un acte, dépend de l'importance de l'élément qui lui fait défaut. – Pour rendre cette construction plus logique, la doctrine a progressivement assimilé les conditions de validité des actes aux organes²⁰⁹⁰. En conséquence, les tenants de la théorie de l'état de l'acte ont assimilé la nullité, qui sanctionne l'absence de ces organes, à une pathologie.

Cependant, pour que cette conception pathologique des nullités fonctionne, il est logiquement nécessaire de considérer l'acte juridique comme un être vivant, car seul un corps peut souffrir d'une pathologie. Ainsi, Jhéring n'a-t-il pas hésité à assimiler l'acte juridique à un être vivant en estimant que le contrat est « un corps juridique »²⁰⁹¹. Au XX^{ème} siècle, Bonnetant est allé dans le même sens, en estimant que « L'acte juridique constitue un organisme [...] »²⁰⁹². De sorte que, ses éléments sont des organes.

ii. L'acte juridique : un ensemble d'organes

541. Le contrat étant un corps, on peut contester la validité de ce contrat, lorsqu'il lui manque un élément essentiel, même s'il est conforme à la loi. – En effet, selon Bourgeon, « pour vivre dans la vie physique, les être animés ne doivent-ils pas en effet posséder un certain nombre d'organes appropriés au milieu [...] si l'un quelconque de ces organes fait défaut, ils ne vivent plus [...] cette loi [...] ne s'impose pas avec moins d'énergie aux créations du monde juridique qu'aux créations du monde physique »²⁰⁹³. Ce qui est le cas du mariage homosexuel. Ce mariage ne violait pas une règle particulière, mais il lui manque un organe essentiel : la différence de sexe.

Donc, pour justifier la mise en cause d'un contrat, qui est pourtant conforme à la loi, il faut dire que, comme tout corps, ce contrat a besoin de tous ses organes vitaux pour vivre dans la

²⁰⁹⁰ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 272.

²⁰⁹¹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 83.

²⁰⁹² G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 93.

²⁰⁹³ Pour Bourgeon, « C'est une loi qui régit tout et qui se présente avec l'évidence même des axiomes que les choses qui existent, n'existent que parce qu'elles réunissent en elles les éléments constitutifs » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 1).; Pour Bufnoir aussi, il y aurait des « éléments naturels qui en dehors de toute disposition positive de la loi sont essentiels » (C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, op. cit., p. 647).

vie juridique. Ainsi pour les classiques, les conditions de validité du contrat sont ses organes. Ce qui les a conduit, selon Drogoul, à remplacer « le mot conditions employé par » l'article 1108 C. civ. par « le terme plus significatif d'éléments »²⁰⁹⁴. Ces éléments étant eux-mêmes assimilés à des organes. Ainsi, pour Demolombe, il y a des « conditions d'être [...] essentielles et organiques »²⁰⁹⁵. Quant à Pize, il a repris la même idée en estimant qu'un « certain nombre d'éléments constitutifs, organiques, vitaux »²⁰⁹⁶ sont nécessaires au contrat pour qu'il naisse.

Même des auteurs du XX^{ème} siècle reprennent cette conception. Ainsi, Gounot ne voyait-il pas « la volonté comme organe créateur du droit »²⁰⁹⁷ ? Il en fut de même chez Bonnetant pour qui l'acte juridique constitue un organisme rigoureusement soumis, pour son existence, à la nécessité « de la présence de certains éléments de vie »²⁰⁹⁸. Dans cette conception pathologique des nullités, parce que l'acte juridique est considéré comme une somme d'organes, c'est l'absence de ces organes qui est assimilée à la nullité, et c'est l'importance de ces organes qui permet de distinguer les nullités en se fondant sur la biologie.

b. L'utilisation de la biologie dans la distinction des nullités

La conception pathologique des nullités, qui assimile l'acte à un organisme, fait que, selon l'importance de l'organe qui manque à cet acte, il sera malade, c'est-à-dire annulable (i) ou mort-né, c'est dire inexistant (ii).

i. L'assimilation de l'annulabilité à la maladie de l'acte

542. Dans la théorie classique, la nullité ne résulte pas de la sanction prononcée par le juge ; elle résulte de l'état objectif de l'acte.— Si l'acte est annulable, c'est parce qu'il souffre d'une pathologie qui est due à l'absence d'un organe non essentiel ou à la défaillance d'un organe essentiel. Le juge ne fait que constater cette défaillance ; il ne la crée pas. Donc si le vice n'est pas grave, l'organe qui manque n'est pas vital, le contrat est alors tout

²⁰⁹⁴ Drogoul en parlant des classiques, a estimé que « le mot essentielles les ravit à l'extrême » car il justifie le droit naturel. (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 95).

²⁰⁹⁵ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 367.

²⁰⁹⁶ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 2.

²⁰⁹⁷ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., p. 3.

²⁰⁹⁸ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 93.

simplement annulable, « infirme [...] malade »²⁰⁹⁹ ou « boiteux »²¹⁰⁰; susceptible « d'être guéri et sauvé »²¹⁰¹ ou de « mourir »²¹⁰². C'est pour cette raison que Josserand a estimé que le vice de l'acte est un « mal »²¹⁰³.

Ce vocabulaire médical illustre bien la conception pathologique des nullités chez ces auteurs classiques qui considèrent le vice de l'acte, comme une maladie, qui peut mener à la mort cet acte juridique s'il n'est pas soigné par une confirmation. Mais si l'élément qui manque à l'acte est essentiel, l'acte n'est pas malade ou annulable ; il est mort né ou inexistant.

ii. L'assimilation de l'inexistence au décès de l'acte

543. Pour les classiques, si l'acte, auquel il manque un organe essentiel, est « mort-né »²¹⁰⁴ ou inexistant, c'est parce que le processus de formation du contrat est assimilable à la naissance d'un enfant. – Comme le remarque Bourgeon « Un enfant nouveau-né qui aurait extérieurement toute l'apparence d'un être humain bien constitué ne sera jamais considéré que comme une chose informe, indigne de porter le nom d'Homme, s'il manque l'un de ces organes sans lesquels la vie devient impossible ; ce qui est vrai des choses matérielles ne l'est pas moins de l'acte juridique lui-même ; pour qu'il existe, il doit nécessairement réunir un certain nombre d'éléments constitutifs »²¹⁰⁵. Beudant a repris ce même raisonnement en estimant que le contrat, auquel il manque un organe vital, « est un contrat avorté »²¹⁰⁶. Dans ce cas, le vice, est pas réparable par une confirmation, car pour lui, si « on guérit un malade, on ne guérit pas un mort »²¹⁰⁷.

Il apparaît donc, clairement, que la théorie de l'état de l'acte a été justifiée, par ces auteurs, en référence à une logique biologique assimilant la nullité à une maladie dont le régime doit

²⁰⁹⁹ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 369.

²¹⁰⁰ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 123.

²¹⁰¹ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 369.

²¹⁰² Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 2.

²¹⁰³ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., tome II, p. 186.

²¹⁰⁴ Pour Demolombe une convention à laquelle il manque un élément essentiel est « mort-née » (C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 369 ; voir aussi Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 188).

²¹⁰⁵ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 141.

²¹⁰⁶ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 3.

²¹⁰⁷ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 199.

varier selon la gravité du mal : si le mal est grave, c'est une inexistance, si le mal n'est pas grave, c'est une annulabilité. Ce qui revient à postuler que les actes juridiques sont soumis à des lois biologiques comparables à celles qui régissent les êtres vivants. D'où la nécessité de montrer les limites d'une telle affirmation.

II. Les limites de la raison dans la construction de la théorie générale des nullités

544. La référence à la biologie dans la recherche des catégories de nullité, valables pour tous les contrats, est contestable. – En effet, cette utilisation est fondée sur le postulat, selon lequel, les éléments de l'acte juridique sont des organes²¹⁰⁸. Ce qui est rationnellement contestable, car l'acte contient, à côté des organes positifs, des éléments négatifs²¹⁰⁹. Or, rationnellement, un organe négatif n'existe pas²¹¹⁰. Pour construire une théorie générale des nullités, on ne peut donc pas faire appel à la seule raison, car la raison n'est pas une source de droit (1). Ce qu'illustrent parfaitement les limites des distinctions rationnelles proposées par certains auteurs (2).

1. Les limites du critère de distinction des nullités tiré de la raison

545. L'utilisation de la raison par la doctrine, pour suppléer la carence de la loi, est fondée sur un postulat qui est contestable²¹¹¹. – On postule que le législateur est forcément rationnel, et que cette rationalité est fondée, justement, sur une raison universelle, comme la loi de la gravitation. Or, même si le législateur est rationnel, il y a plusieurs types de rationalité possibles. La défense des plus faibles, pour la survie de l'espèce, est une forme de rationalité ; tout comme le fait de les laisser se débrouiller seuls, quitte à disparaître s'ils ne

²¹⁰⁸ Cf. *Supra*, n° 539 et s.

²¹⁰⁹ Cf. *Supra*, n° 125.

²¹¹⁰ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 199

²¹¹¹ Car pour Drogoul, les classiques « [...]ont créé ainsi deux sortes de domaines dans le droit, l'un proprement juridique ou les décisions tireraient leur force de la loi, l'autre proprement rationnel ou la raison seule commanderait[...]Ils ont ainsi oublié que notre loi n'a plus l'aspect tyrannique et exclusif du Droit strict romain, que, plus ou moins, elle s'est toujours fondue avec la raison, et que c'est d'elle maintenant que la raison reçoit sa puissance. Toutes décisions doivent donc être rattachées en dernière analyse à la loi» (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 205).

sont pas adaptés. Quand le législateur vote des lois sociales, il est forcément inspiré par une de ces rationalités. Le but de la démocratie est, justement, de donner le pouvoir aux représentants du peuple pour faire ce choix. Or, si on postule une raison universelle par rapport à laquelle on apprécie le travail législatif, comme l'ont fait les auteurs de l'inexistence rationnelle, l'interprète remplacerait le législateur dans ce choix.

Par conséquent, Loyer a estimé, pour critiquer l'inexistence rationnelle, que c'est dans « la loi prise en son sens le plus général d'où la raison elle-même reçoit sa force »²¹¹² et non le contraire²¹¹³. Même Demolombe, qui a pourtant accordé une place importante à la raison dans sa théorie des nullités, était conscient des limites de l'utilisation de la raison dans la construction de la théorie générale des nullités. Aussi, pour lui, celui qui utilise la raison dans la construction de la théorie générale des nullités, prend le risque d'être « [...] bien être plus logique que le législateur lui-même, mais que vous arriverez à des résultats certainement contraires à sa volonté »²¹¹⁴.

Donc, une construction doctrinale ne doit pas être jugée à l'aune de la seule raison. D'où la nécessité d'éviter de faire annuler un contrat, pourtant conforme à la loi, sous prétexte qu'il ne serait pas conforme à la raison. En effet, pour Kelsen, « la raison de la validité de la convention se ramène donc à celle de la loi ou de la norme coutumière qui institue la convention [...] et par définition il n'est pas possible de remonter au-delà, si l'on veut rester dans les limites du droit positif »²¹¹⁵. D'ailleurs, on retrouvait la même critique chez Drogoul au début du siècle dernier²¹¹⁶. Pour lui, « C'est la loi seule qui détermine ce qui est permis et ce qui est défendu [...] »²¹¹⁷. Si la raison ne peut pas être une cause nullité, elle ne peut pas, *a fortiori*, être un critère de distinction des nullités. D'où les limites des distinctions, des nullités, fondées sur la raison.

²¹¹² J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 207.

²¹¹³ Pour critiquer cette conception, LutzESCO s'est exclamé : « au-dessus de la loi, au-dessus du Code, voilà la plus heureuse perspective qu'une institution juridique pouvait connaître ! C'est vraiment trop » (G. LutzESCO, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 200.)

²¹¹⁴ D'où la nécessité selon lui de « [...] se garder de l'esprit de système, et de ne pas substituer une théorie absolue, si rationnelle qu'elle puisse être [...] au défaut de théorie de la loi ! » (C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, loc. cit., pp. 364, 365 et 367.)

²¹¹⁵ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 164.

²¹¹⁶ Pour Drogoul, « Le droit ne doit pas être entendu comme une science dont les principes auraient une existence et une force purement spéculatives. Son but est, avant tout, de résoudre toutes difficultés pratiques qui se présentent au cours de la vie journalière. » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 221).

²¹¹⁷ *Idem*, p. 157.

2. Les limites de la distinction des nullités tirée de la raison

546. Les critiques adressées à l'utilisation de la raison dans la distinction des nullités sont tout à fait pertinentes. – Ainsi, pour les auteurs qui utilisent la raison comme critère de distinction des nullités, un contrat dans lequel un élément, rationnellement essentiel, ferait défaut, serait inexistant et pas seulement nul. Parmi ces éléments rationnels, on peut citer le consentement, l'objet et, jusqu'à aujourd'hui, la différence de sexe dans le mariage. Or, dans le droit positif, il y a des contrats, dans lesquels ces éléments sont absents, sans que ces contrats soient inexistants²¹¹⁸. Ainsi, un contrat dans lequel est vendue la chose d'autrui manque d'objet, ce qui aurait dû rendre ce contrat inexistant, or l'article 1599 C. civ. ne prononce que sa nullité.

En outre, la logique ne s'oppose pas à l'existence des contrats, sans un consentement, dans les systèmes formalistes²¹¹⁹. Même dans le système actuel, on admet des contrats sans consentement. Ainsi, un contrat conclu par un malade mental ne contient pas de consentement²¹²⁰. Cependant, cette absence de consentement, élément rationnellement nécessaire à l'existence du contrat, ne rend pas le contrat inexistant mais annulable²¹²¹. En ce qui concerne le mariage homosexuel, jadis considéré comme inexistant, car la différence de sexe dans le mariage était présentée par Zachariae (avant la réforme de 2013) comme rationnellement nécessaire à l'existence du mariage, est valable aujourd'hui²¹²². Ce qui montre que les éléments dégagés par la raison évoluent et sont soumis à la volonté du législateur.

D'où la nécessité d'abandonner ce critère rationnel dans la construction de la théorie générale des nullités. Mais le critère tiré de l'histoire est-il plus pertinent ?

²¹¹⁸ Cf. *Supra*, n° 131 et s.

²¹¹⁹ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 149.

²¹²⁰ Cf. *Supra*, n° 131.

²¹²¹ Cf. *Supra*, n° 131.

²¹²² Cf. *Infra*, n° 781.

B. L'utilisation de l'histoire dans la construction de la théorie générale des nullités

547. L'étude de l'histoire du droit permet de comprendre dans quelles conditions les normes juridiques sont nées et comment elles ont évolué dans le temps²¹²³. – Mais pour d'autres, l'histoire ne se limite pas à cette fonction d'information ; elle peut aussi être une source de droit. Ainsi, la doctrine allemande a-t-elle longtemps considéré l'histoire comme une source de droit²¹²⁴. Position qui sera reprise en France par Saleilles²¹²⁵. Pour ces auteurs, on n'étudie pas l'histoire du droit, seulement pour connaître l'origine des normes, mais aussi pour y chercher des normes à appliquer positivement.

548. Cette idée est partie du postulat suivant : il n'y a pas eu de rupture entre le Code civil et le passé²¹²⁶. – Même les débats préparatoires du Code civil traduisent parfaitement cette idée de continuité. Ainsi, Favard a-t-il indiqué qu' il « est impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés de contrats [...] et les contrats qui ont contenu une obligation »²¹²⁷. Pour expliquer cette continuité, Portalis a estimé que « Jamais un peuple ne s'est livré à la périlleuse entreprise de se séparer subitement de tout ce qui l'avait civilisé, et de refaire son entière existence. La loi des douze tables ne fut que le recueil des lois des anciens rois de Rome. Le Code de Justinien et ceux de ses prédécesseurs

²¹²³ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. VIII ; J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 96.

²¹²⁴ F. C. von Savigny, « Le but de la présente revue », in *L'esprit de l'école historique du droit*, op. cit., p. 27. Le droit romain est un droit tellement bien fait qu'on a pu le considérer comme la raison écrite. C'est pour cela qu'on s'est demandé si ce droit ne devrait pas être considéré comme un droit positif, qui serait en vigueur. Pour répondre à cette question en Allemagne, il y a eu deux écoles : l'école dogmatique et l'école historique. Pour l'école dogmatique, le droit romain, du moins celui issu de *Justinien*, devrait être considéré comme le droit positif. Cette méthode est celle de l'école des *pandectistes* allemands, car « ces derniers usaient toujours les pandectes (ou *Digeste*), alors en vigueur en Allemagne en l'absence d'un Code civil commun, mais pour les appliquer dans le présent [...] ». En ce qui concerne l'école historique, elle considère le droit romain, comme un fait historique qu'il faut étudier sans vouloir l'appliquer aux situations actuelles. (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris : Dalloz, 2002, p 3 ; voir aussi D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., p. 34. ; X. Dijon, « Esquisse historique des référence philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ? (Dir L-L.Christians)*, op. cit., p. 84.; O. Jouanjan, « Présentation », in *L'esprit de l'école historique du droit*, op. cit., p. 11; J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 70.; P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., pp. 162, 163. ; J. Ruckert, « Savigny et la méthode juridique », in *L'esprit de l'école historique du droit*, op. cit., pp. 82, 84 ; G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Pref. D. Gutmann, op. cit., p. 414).

²¹²⁴ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 195.

²¹²⁵ D. Deroussin, « Jossierand : le droit comme science sociale ? », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République (Dir D. Deroussin)*, op. cit., p. 67.

²¹²⁶ P. Y. Gautier, « Sous le Code civil des français : Rome (l'origine du droit des contrat) », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir, (Dir Y. Lequette et L. Leveneur)*, Paris : Dalloz, 2004, p. 54.

²¹²⁷ Cf. annexe, Doc N°V.

ne furent que des compilations [...] Pourquoi donc aurions-nous eu l'imprudence de répudier le riche héritage de nos pères ? »²¹²⁸

549. Cependant, pour d'autres, la pérennité du droit des obligations, en particulier, s'expliquerait, tout simplement, par sa technicité²¹²⁹. – En effet, ce droit étant plus technique que politique, il ne change pas, comme le droit de la famille, avec les mutations politiques et sociales²¹³⁰. C'est au demeurant cette même justification qui a été invoquée par Mortet pour affirmer que les règles relatives aux nullités n'ont pas connu de rupture dans le temps²¹³¹, car les rédacteurs du Code civil n'avaient pas « [...] voulu innover dans la théorie des nullités [...] »²¹³². Les débats qui ont précédé l'adoption du Code civil prouveraient cette affirmation²¹³³. Par conséquent, comme le code ne contient pas une théorie générale des nullités mais des « applications particulières »²¹³⁴, certains auteurs ont utilisé l'histoire pour construire cette théorie générale des nullités²¹³⁵ (I), ce qui peut être critiquable (II).

²¹²⁸ J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 96. Pour Portalis, « Les générations en se succédant se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient toujours plus ou moins, le présent et le passé et l'avenir au présent, et qui font qu'un peuple[...]ne cesse jamais[...]se ressembler à lui-même» (*Idem*, p. 20).; Il a ajouté que « sur un champ cultivé, il faut n'arracher que les plantes parasites qui étouffent les productions utiles. » et garder le reste (*Ibid*, p. 97).

²¹²⁹ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 1 ; M. Planiol, « Inutilité d'une révision générale du Code civil », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 959 ; J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 8.

²¹³⁰ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 2.

²¹³¹ Ainsi pour Mortet, « Parmi les institutions de droit privé, celles qui règlent l'organisation de la famille ou de la propriété, étant étroitement liées à l'état social ou politique des peuples, apparaissent dans l'histoire comme soumises à de fréquentes variations. Au contraire, celles qui règlent les rapports obligatoires entre les particuliers ayant pour fondement l'intérêt privé des hommes combiné avec les principes de la justice naturelle ont reposé, de tout temps sur les mêmes principes et sont constamment reproduites, sans éprouver de changement essentiel [...]» (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. VIII).

²¹³² E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., pp. 100, 101. Pour Mortet, « l'histoire de la théorie des nullités dans les législations qui ont précédé le Code civil et d'où il est sorti, offre une application remarquable de cette vérité. » qu'est la théorie classique. (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p.IX).

²¹³³ (Cf. annexe, Doc N° V) ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 148.

²¹³⁴ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.150.

²¹³⁵ Bourgeon a estimé que si l'on veut construire une théorie générale des nullités, on peut utiliser l'histoire, car pour lui, pour savoir si les rédacteurs du Code ont voulu ou pas construire une théorie générale des nullités, il faut « [...]envisager le milieu juridique dans lequel il vivait, de chercher quelles idées avaient cours[...]N'est-il pas, si non absolument certain[...]que s'il n'a pas pris soin de repousser formellement ces idées dominantes, il a entendu les consacrer implicitement. » (*Idem*).

I. L'utilisation de l'histoire dans la distinction des nullités

Aussi bien les auteurs qui ont utilisé l'état de l'acte, comme critère de distinction des nullités (1) que ceux qui ont utilisé le but de la loi (2), ont fait appel à l'histoire pour justifier leur distinction des nullités.

1. L'histoire et la justification de l'utilisation du critère lié à l'état de l'acte

Pour justifier la distinction entre l'inexistence et l'annulabilité, certains auteurs ont estimé que cette distinction avait un fondement historique (b), car le critère qui a permis d'y parvenir existait aussi dans l'histoire (a).

a. L'état de l'acte : un critère inspiré par l'histoire

Pour trouver un critère de distinction, lié à l'état de l'acte, les auteurs classiques ont, non seulement utilisé le droit romain²¹³⁶ (i), mais aussi l'ancien droit (ii).

i : la recherche du fondement du critère lié à l'état de l'acte dans le droit romain

550. La théorie de l'état de l'acte consiste à dire que l'acte, pour se former, requiert deux types de conditions : les conditions essentielles, sans lesquelles l'acte ne peut naître à la vie juridique, et les conditions non essentielles, dont l'absence n'empêche pas l'acte de naître à la vie juridique mais le rend annulable. Or, le droit romain offre les prémisses de cette théorie dans la sanction de l'absence de forme en ce qui concerne les contrats formalistes. Cette absence faisait que cet acte ne venait pas à la vie juridique²¹³⁷. Ainsi, selon Gaius, les pactes doivent respecter les formes exigées pour leur formation, « faute de quoi il n'y aurait

²¹³⁶ Selon ces auteurs, le Code civil est le résultat d'une transaction entre le droit romain, coutumier et des ordonnances royales. Donc il est tout à fait normal de chercher un critère qui n'existe pas le code, dans ces autres sources. (R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^e éd, op. cit., pp. 327 et 330).

²¹³⁷ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 656.

pas d'obligation [...]»²¹³⁸. Les glossateurs, au moyen-âge, ont repris ce principe en précisant que cela était dû au fait que les pactes ont besoin, d'un « *vestimenta pactorum* »²¹³⁹, c'est-à-dire d'un vêtement, pour naître à la vie. En effet, à l'époque, le simple consentement, appelé « *pactum nudum* »²¹⁴⁰, ne produisait aucun effet s'il n'avait pas de vêtement²¹⁴¹.

C'est ce qui a poussé certains auteurs à soutenir que le critère de l'état de l'acte, est inspiré des contrats nommés issus du droit romain²¹⁴². Ces contrats nommés n'existaient que s'ils remplissaient certaines conditions, sans quoi ils ne pouvaient pas se couler dans le moule prévu pour les contrats dont ils portent le nom. Ce qui est dû au fait qu'en « [...] droit romain chaque contrat est désigné par un *nomen* qui sert à le distinguer des autres »²¹⁴³. Donc les faits qui ne remplissaient pas les conditions d'un de ces contrats n'étaient pas des actes.

551. Or, telle est la conception de l'état de l'acte chez les auteurs classiques, surtout quand ils considèrent le respect des formes comme une condition essentielle²¹⁴⁴. – Ainsi, pour critiquer la théorie de l'état de l'acte, Drogoul a montré qu'elle est inspirée par le régime des contrats nommés. En effet, selon lui, la théorie de l'état de l'acte postule que la loi « a crée des moules dans lesquels tout acte qui veut devenir juridique doit être coulé [...] la loi impose à tout fait un costume spécial [...] elle néglige les pactes nus, si parfaits soient-ils »²¹⁴⁵. Cette description de la théorie de l'état de l'acte se rencontrait chez Loyer aussi²¹⁴⁶. De fait, l'état de l'acte, qui sert de critère de distinction aux nullités chez les classiques, trouve ses origines dans les contrats nommés du droit romain. Qu'en est-il de l'ancien droit français ?

²¹³⁸ Gaius, *Inst.* 2, 9, 2 et 3.

²¹³⁹ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 777.

²¹⁴⁰ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 156.

²¹⁴¹ Mais la pratique n'a pas hésité au moyen-âge à admettre la validité des pactes nus ; sans oublier que le serment chez les canonistes n'exigeait pas de vêtement c'est la parole donnée (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., pp. 778, 779; voir aussi D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 161).

²¹⁴² F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 183 ; J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 55.

²¹⁴³ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 131.

²¹⁴⁴ Cf. *Supra*, n° 93.

²¹⁴⁵ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 182.

²¹⁴⁶ J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 55; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 259.

ii : La recherche du fondement du critère lié à l'état de l'acte dans l'ancien droit français

552. La théorie de l'état de l'acte est fondée sur la distinction entre les conditions essentielles et les conditions non essentielles. – Or, non seulement cette distinction a été influencée par le droit canonique, qui distinguait les conditions substantielles des autres²¹⁴⁷, mais aussi et surtout par Pothier²¹⁴⁸. Par conséquent, les systématisations des nullités ne sont pas étrangères à notre ancien droit, spécialement chez Pothier²¹⁴⁹. Pour lui, il est nécessaire de distinguer les conditions essentielles des autres conditions²¹⁵⁰, car « les choses qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles [...] il n'y a pas du tout de contrat »²¹⁵¹. Ainsi le prix étant « l'essence du contrat de vente »²¹⁵², il n'y a pas de vente s'il n'y a pas de prix.

553. Il apparaît donc que la théorie de l'état de l'acte n'était pas inconnue de l'ancien droit français. – Ce qui peut donner un fondement historique à cette théorie de l'état de l'acte, car est fondée sur la distinction entre les conditions essentielles et non essentielles²¹⁵³. Ce critère, lié à la gravité du vice, permet donc de distinguer les nullités, même si le code ne contient pas un critère général, parce que « les rédacteurs du Code civil ont largement puisé dans les œuvres de Pothier ; ils se sont le plus souvent inspirés des principes qu'il avait posés. A ce titre, la théorie des nullités d'après le célèbre jurisconsulte devra être tout particulièrement étudiée »²¹⁵⁴. C'est donc le critère de Pothier qui va servir à distinguer les nullités chez les classiques.

²¹⁴⁷ Cf. *Supra*, n° 112.

²¹⁴⁸ Pothier, *Traité des obligations*, tome 1, p. 3.

²¹⁴⁹ S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 301.

²¹⁵⁰ Cf. *Supra*, n° 53.

²¹⁵¹ Pothier, *Traité des obligations*, tome 1, p. 6.

²¹⁵² Pothier, *Traité du contrat de vente*, tome 1, p. 5 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 201. Pothier a ajouté que l'erreur sur la personne « est incompatible avec ce qui est de l'essence du mariage » (cité par J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 54).

²¹⁵³ Cf. *Supra*, n° 112.

²¹⁵⁴ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 200 ; Hartemann a débuté son travail par une présentation de l'histoire en se demandant « Est-ce bien cette théorie romaine, telle que nous l'avons étudiée, qui a passé dans nos lois ? » Il a répondu que « Nous verrons [...] que les rédacteur du Code civil semblent n'avoir pas voulu innover dans la théorie des nullités, mais paraissent avoir eu l'intention de suivre l'errements de l'ancien Droit français. Ainsi, c'est par l'intermédiaire de l'Ancien Droit français que la théorie du Code civil se rattache à la théorie du Droit romain. » (*Idem*, pp. 100, 101).

b. La distinction inspirée par l'état de l'acte : une distinction historique

554. Pour plusieurs auteurs²¹⁵⁵, la distinction des nullités chez Pothier et Domat, fondée sur le critère lié à l'état de l'acte, pourrait remplacer l'absence de distinction dans le Code civil²¹⁵⁶. – Ainsi, pour Mortet, la distinction entre l'annulabilité et l'inexistence peut « [...] s'imposer au législateur, car elle avait pour elle l'autorité d'une longue et constante tradition, admise à la fois, comme on l'a vu, dans le Droit coutumier et le Droit écrit »²¹⁵⁷. Quant à Pize, il invoque le droit romain pour distinguer l'inexistence et l'annulabilité. En effet, pour lui, « [...] la théorie moderne de l'inexistence et de l'annulabilité n'est pas précisément une nouveauté, qu'elle a déjà de puissantes racines dans le droit romain »²¹⁵⁸. C'est ce qui a poussé Bonnet-Caille à estimer que la théorie de l'inexistence est « la vérité des siècles »²¹⁵⁹. On rencontrera la même utilisation de l'histoire chez les auteurs, qui utilisent le but de la loi, pour distinguer les nullités.

2. L'histoire et le critère lié au but de la règle violée

555. Si Japiot et Drogoul ont rejeté l'histoire, comme source de droit dans leur théorie pour justifier la distinction des nullités fondée sur le but de règle violée, LutzESCO et M. Cumyn ont, eux fait largement appel à l'histoire. – Comme le Code civil ne contenant pas une distinction des nullités, fondée sur le but de la règle violée, pour utiliser une telle distinction, LutzESCO a fait appel à l'histoire. Pour cela, il a d'abord estimé que la distinction des nullités, qui prévalait dans le droit romain et dans l'ancien droit est la

²¹⁵⁵ Cf. *Supra*, n° 52.

²¹⁵⁶ Pour lui, « Pothier nous retiendra un peu plus longtemps. Les rédacteurs du Code civil ont largement puisé dans ses œuvres et se sont inspirés particulièrement des principes posés par lui en matière de contrats. A ce titre, nous devons étudier[...] sa théorie des nullités[...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 52).; Pour lui, cette « distinction est conforme à la tradition [...] on la retrouve dans tous les anciens auteurs[...] notamment dans Domat et dans Pothier[...] » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 193). E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. n°236.

²¹⁵⁷ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 148.

²¹⁵⁸ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 34.

²¹⁵⁹ G. LutzESCO, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Étude de droit civil français*, op. cit., p. 185.

distinction entre la nullité absolue et la nullité relative²¹⁶⁰. Il a même critiqué Pize et Hartmann qui ont soutenu que la distinction du droit romain et de l'ancien droit était l'annulabilité et l'inexistence²¹⁶¹. Ainsi, après avoir affirmé que la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative existe dans l'histoire, il a ensuite utilisé cette distinction pour pallier les lacunes du Code civil²¹⁶². La même instrumentalisation de l'histoire se rencontre chez M. Cumyn.

556. Quant à M. Cumyn, elle propose une théorie des nullités fondée sur la distinction entre les nullités de droit et les nullités équitables²¹⁶³. – Pour montrer la pertinence de cette distinction des nullités, elle fait appel à l'histoire. En effet, pour elle, « la découverte d'une véritable solution de remplacement à la théorie du droit de critique nous semble devoir passer par une recherche approfondie sur l'origine et l'évolution des nullités[...]Pour tenter de dégager l'essence même des nullités absolue et relative, nous faisons appel à une analyse à la fois historique et comparée[...] »²¹⁶⁴.

Ce qui revient à revendiquer explicitement l'utilisation de l'histoire pour justifier une théorie²¹⁶⁵. Mais cette construction a été faite au prix d'une déformation de l'histoire. Pour justifier cette théorie, fondée sur l'équité²¹⁶⁶, on part des lettres de rescision de l'ancien droit en leur attribuant un fondement équitable et en soutenant que les nullités relatives actuelles ont hérité de cette équité. Mais les rescisions n'avaient pas s'attaquaient pas qu'aux contrats portant atteinte à l'équité²¹⁶⁷. D'où les critiques adressées à cette méthode.

II. Les limites de l'utilisation de l'histoire dans la construction de la théorie générale des nullités

L'utilisation de l'histoire, comme source de droit, peut être critiquée de deux façons. D'une part, cette utilisation peut être conservatrice, refusant ainsi des évolutions de la société

²¹⁶⁰ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 191.

²¹⁶¹ *Idem*, pp. 192 et 196.

²¹⁶² *Ibid*, p. 173.

²¹⁶³ Cf. *Supra*, n° 210.

²¹⁶⁴ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 4.

²¹⁶⁵ *Idem*, p. 253.

²¹⁶⁶ Cf. *Supra*, n° 210.

²¹⁶⁷ Cf. *Infra*, n° 567.

permises par des ruptures²¹⁶⁸ (1). D'autre part, comme l'a déploré Valéry, l'utilisation de l'histoire, à d'autres fins, que la connaissance du passé peut pousser à déformer cette histoire pour prouver ce que l'on veut²¹⁶⁹. Ce qui est préjudiciable à la connaissance du passé, fonction principale de l'histoire. Or, c'est ce qu'ont fait les auteurs, qui ont utilisé l'histoire, pour essayer de prouver leurs théories des nullités (2).

1. La critique de la négation de la rupture avec le passé

557. Ceux qui utilisent l'histoire, comme source de droit, postulent qu'il n'y a pas eu de véritable rupture entre le Code civil et, non seulement le droit romain, mais aussi l'ancien droit. – Or ce postulat a été contesté, car « l'unité dans le temps et dans l'espace du droit des contrats depuis Rome est donc non seulement une vue trop simpliste mais aussi et surtout artificielle et fausse [...] »²¹⁷⁰. Il est vrai que le Code civil ne s'est pas contenté que de reprendre le droit passé ; il a aussi innové dans plusieurs domaines. Ainsi le transfert *solo consensu* de la propriété est une innovation du Code civil²¹⁷¹. Or, le fait d'utiliser le droit passé comme source de droit revient à nier cette rupture, même si ceux qui utilisent ce droit passé soutiennent que ce droit passé a maintenant l'autorité du droit naturel (b), la rupture opérée par le Code civil leur est opposable dans le domaine des nullités (a).

²¹⁶⁸ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 19. On retrouve la même critique du conservatisme chez Marx, pour lui l'école historique est « une Ecole qui légitime l'infamie d'aujourd'hui par l'infamie d'hier, qui déclare rebelle tout cri du serf sous le knout, dès que le knout est un knout chargé d'années, un knout daté, un knout historique. » (X. Dijon, « Esquisse historique des références philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ? (Dir L-L.Christians)*, op. cit., p. 86).

²¹⁶⁹ P. Valéry, *Regards sur le monde actuel* (1931), tome II, Paris : Ed. Gallimard, 1960, p. 935 : Pour P. Valéry, « L'Histoire est le produit le plus dangereux que la chimie de l'intellect ait élaboré [...] L'Histoire justifie ce que l'on veut. Elle n'enseigne rigoureusement rien, car elle contient tout et donne des exemples de tout [...] Dans l'état actuel du monde, le danger de se laisser séduire à l'Histoire est plus grand que jamais il ne fut. »

²¹⁷⁰ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 2 ; D. Deroussin, « Jossierand : le droit comme science sociale ? », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République (Dir D. Deroussin)*, op. cit., p. 67. Pour J. Ph. Lévy et A. Castaldo aussi, le code civil n'est pas réductible à ses seuls emprunts au droit romain, puisqu'il a aussi puisé dans le droit coutumier du nord.. C'est pour cela qu'on peut parler de rupture du code civil avec le droit romain. D'où la nécessité de considérer ce droit romain comme le préconise l'école historique, comme un fait historique et non comme un droit positif. (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris : Dalloz, 2002, p 3 ; *contra* : M. Planiol, « Inutilité d'une révision générale du Code civil », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 959).

²¹⁷¹ D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., op. cit., p. 117. Même si l'école moderne du droit da la nature a influencé ce choix.

a. L'affirmation de la rupture du Code civil avec le passé

558. **Le principe de la rupture entre le Code civil et le passé a été posé dans l'article 3, de la loi du 30 ventôse an XII, qui dispose qu'à** « partir de ce jour toutes les anciennes lois sont abrogées dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code »²¹⁷². Ce qui revient à dire clairement que les règles antérieures ne sont plus applicables après l'adoption du Code civil. Certes ces règles ont inspiré ce Code civil, mais si elles n'ont pas été reprises dans ce code, elles ne sont plus en vigueur. C'est pour cette raison qu'un auteur ne peut pas utiliser l'ancien droit pour justifier une théorie actuelle sous prétexte que, même si le code n'a pas repris dans sa lettre cet ancien droit, il s'en est largement inspiré. En effet, le Code civil « [...] n'a pas toujours vécu d'emprunts. Il a aussi son originalité, et de profondes innovations doivent nous mettre en garde contre l'anachronisme »²¹⁷³.

Or c'est justement ce reproche d'anachronisme que Drogoul adresse à ceux qui ont utilisé le passé pour y découvrir une distinction des nullités. En effet, pour lui, la distinction romaine des nullités est « [...] le produit d'un état historique particulier »²¹⁷⁴ qui est différent de l'état actuel²¹⁷⁵. Par conséquent, un auteur ne peut pas utiliser le passé comme source de droit pour construire une théorie des nullités, car le contrat étant le fruit d'un contexte²¹⁷⁶, les règles le régissant ne sont pas intemporelles. Toutefois, d'autres vont chercher à échapper à ce reproche d'anachronisme en assimilant le droit passé au droit naturel.

b. La naturalisation du droit du passé

²¹⁷² E. Ameline, *Etude sur les nullités du mariage et les conditions essentielles à sa validité en droit romain, dans notre ancienne législation et d'après le code Napoléon*, Paris : Cotillon, 1866, p. 285; M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. XI ; Code civil des français, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806.

²¹⁷³ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 2 ; voir aussi J. Bart, « Le Code civil, continuité ou rupture ? », in *colloque international de Besançon de mai 1999 sur les limites de siècles*, (Dir. M. GILLI), Fance-Comté : Presses Universitaires Fanc-Comtoise, Besançon, 2001, t. I, p. 17-26.

²¹⁷⁴ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 125.

²¹⁷⁵ de La Pradelle, ne nie pas l'inexistence dans le passé, mais il a montré qu'elle est archaïque, car « L'inexistence est liée à la structure formaliste des droits archaïques. » (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., pp. 42, 44, 49). Mais le droit des obligations n'est « [...] n'est pas imperméable aux changements du milieu social dans lequel il vit. » (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 2).

²¹⁷⁶ Ce qu'illustre la prise en compte du consumérisme avec la naissance de l'ordre public de protection (*Idem*, pp. 2, 3); Voir aussi : D. Deroussin, « Josserand : le droit comme science sociale ? », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), op. cit., p. 68.

559. Pour appliquer les règles romaines des nullités aux contrats actuels, certains auteurs ont fait appel au droit naturel qui s'identifierait au droit romain. – Depuis l'ancien droit, Domat considérait le droit romain comme la « *ratio scripta* »²¹⁷⁷, c'est-à-dire la raison écrite²¹⁷⁸. De sorte que si ce droit ne peut pas régir les contrats comme source historique, il pourrait les régir comme source rationnelle. Or, c'est justement une telle interprétation que Drogoul a critiquée. Pour lui, dans le droit romain, tout n'est pas assimilable à la *ratio scripta*. D'où la nécessité de distinguer, dans ce droit, ce qui relève du droit naturel et ce qui relève du droit accidentel²¹⁷⁹.

Ainsi, s'il a rejeté l'utilisation de la distinction des nullités romaines dans le droit actuel, c'est parce que pour lui, on ne peut pas faire « [...] de toutes les règles romaines [...] une raison écrite »²¹⁸⁰, car certaines d'entre elles sont accidentelles. Tel est le cas de la « [...] distinction fondamentale entre la nullité de plein droit et la simple annulabilité »²¹⁸¹. Par conséquent, pour Drogoul, la rupture opérée par le Code civil résiste même au droit romain, qui ne peut servir à la surmonter, même avec le concours du droit naturel. En effet, les règles relatives aux nullités ne relèveraient pas de la *ratio scripta*. En conséquence, on peut être d'accord avec Drogoul pour dire que ceux, qui ont voulu voir dans ces règles la *ratio scripta*, n'ont fait que déformer le droit romain pour justifier leur théorie. D'où les critiques adressées à cette dénaturation.

2. La critique de la dénaturation du passé

560. Pour construire leur théorie générale des nullités, plusieurs auteurs ont utilisé l'ancien droit ou le droit romain²¹⁸². – Mais cette utilisation est une déformation de l'histoire. En effet, la véritable histoire du droit romain et de l'ancien droit montre qu'une

²¹⁷⁷ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 79.

²¹⁷⁸ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 44.

²¹⁷⁹ D'où la nécessité pour lui de « [...] distinguer entre les principes vraiment généraux et éternels affirmés par ce droit, et les règles purement accidentelles imposées par les conditions où il s'est manifesté. C'est à ces règles qu'appartient la distinction entre les effets *ipso jure* et *exceptionis ope*. Nos auteurs n'ont pas vu, ou n'ont pas voulu voir le caractère contingent de cette distinction. Ils l'ont transformée en principe qui devait, même chez nous, régir toute la matière. » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 124).

²¹⁸⁰ *Idem*, p. 125.

²¹⁸¹ *Ibid*

²¹⁸² Cf. *Supra*, n° 28 et 552.

théorie générale des nullités n'existait pas dans ces droits²¹⁸³. Construire une théorie générale des nullités en se fondant sur ces droits revient à déformer l'histoire pour qu'elle confirme une théorie actuelle²¹⁸⁴. Ce qui s'illustre parfaitement chez plusieurs auteurs classiques, qui ont instrumentalisé le droit romain, pour justifier leur théorie générale des nullités²¹⁸⁵. La même logique se rencontre chez M. Cumyn aussi. Ainsi, pour légitimer l'utilisation de l'équité, comme critère de distinction des nullités, cet auteur a fait une présentation de l'histoire des lettres de rescision qui peut être sujet à débat. Pour cet auteur, ces lettres n'étaient pas demandées pour obtenir l'application du droit romain en France, mais pour obtenir l'annulation du contrat qui portait atteinte à l'équité (a). Ce qui est une déformation de l'histoire pour prouver une théorie actuelle(b).

a. Le rattachement des nullités équitables aux lettres de rescision

561. Dans l'ancien droit, on pouvait distinguer, selon M. Cumyn, les nullités de plein droit des rescisions qui sanctionnaient l'injustice dans le contrat. – On peut se demander si cette distinction a été maintenue après l'adoption du Code civil ? Dans l'article 1117 C. civ., l'opposition entre la nullité de plein droit et les rescisions pourrait le laisser croire²¹⁸⁶. Toutefois, cette utilisation du langage de l'ancien droit ne veut pas, forcément, dire que le législateur a repris les rescisions de l'ancien droit²¹⁸⁷. Mais M. Cumyn pense qu'il y a une certaine continuité entre les nullités relatives actuelles et les rescisions de l'ancien droit.

En effet pour elles, les nullités relatives, qui sanctionnent les vices du consentement, sanctionnent surtout l'atteinte à l'équité, car, à l'époque, « le dol, la violence, l'erreur et la

²¹⁸³ Pour Gaudemet, certes, il y avait une distinction des nullités mais « jamais les auteurs de l'ancien droit n'en ont conclu à une division bipartite générale, en englobant toutes les hypothèses. » (E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 146).; Pour Japiot « l'on ne peut reconnaître dans notre ancien droit, et même à la veille de la codification, l'existence de théories absolues et systématiques des nullités. » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 107). Quant à M. C. Renard et M. E. Vieujean aussi, « si l'ancien droit contenait certaines solutions ultérieurement reprises par la doctrine classique, il serait vain d'y rechercher une théorie générale des nullités [...] » (M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 578). Planiol et Ripert aussi en parlant des anciens auteurs, a estimé que « [...] leur doctrine est généralement confuse et incertaine » (M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 359).

²¹⁸⁴ Cf. *Supra*, n° 28.

²¹⁸⁵ Cf. *Supra*, n° 28, 550 et s.

²¹⁸⁶ Cf. *Supra*, n° 58.

²¹⁸⁷ Ainsi pour Larroumet « A l'article 1117, propre aux vices du consentement, il est question d'opposer les nullités de plein droit à l'action en nullité ou en rescision. Il est vraisemblable que le Code oppose ainsi la nullité absolue, qui serait de plein droit, à la nullité relative ou rescision. Toutefois, la terminologie utilisée est trompeuse [...] » (C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3è éd., op. cit., p. 521).

lésion concernent la justice [...] -notamment l'égalité des prestations et la loyauté des contractants-, bien plus que les ressorts intimes de la volonté »²¹⁸⁸. Soutenant que les nullités relatives actuelles sont fondées sur l'équité, pour prouver que cette équité a un fondement historique, cet auteur cherche à montrer que ce sont les rescisions de l'ancien droit qui se perpétuent dans les nullités relatives actuelles. Or, pour elle, ces rescisions étaient fondées sur l'équité dans l'ancien droit. Cependant, le fait d'attribuer un fondement équitable aux lettres de rescision pour expliquer cette théorie actuelle est une dénaturation de l'histoire de ces lettres de rescision.

b. La déformation du fondement des lettres de rescision

Une étude approfondie de l'histoire des lettres de rescision montre que ces lettres n'ont pas pour but la permission d'utiliser le droit romain (i), ni de protéger la souveraineté du Roi (ii). Ces lettres avaient uniquement un but fiscal (iv), car, contrairement à ce qu'a soutenu M. Cumyn, elles n'ont pas été créées pour des raisons d'équité (iii).

i- La recherche des raisons des lettres de rescision dans l'application du droit romain

C'est parce qu'il y avait une restriction à l'application du droit romain dans le royaume de France (α), qu'on aurait mis en place les lettres de rescision pour contourner cette restriction. Ce qui mérite d'être nuancé (β).

α . L'application restrictive du droit romain dans l'ancienne France.

562. Après la chute de l'empire romain, le droit romain n'a pas totalement disparu ; il a cohabité avec les coutumes barbares²¹⁸⁹. – Cette cohabitation était réglementée par le principe de la personnalité des lois, ce qui impliquait que les coutumes germaniques étaient applicables aux germains et les règles romaines, aux gallo-romains. Cette phase personnelle va céder la place à la phase territoriale. Dans cette phase, les règles ne sont plus appliquées

²¹⁸⁸ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 33.

²¹⁸⁹ Cf. *Supra*, n° 37.

selon des critères ethniques, mais territoriaux²¹⁹⁰. Ce qui suppose de fixer un territoire pour l'application de chaque texte. Si l'édit de Pitres de 864 a été le premier à esquisser une division du territoire entre le sud, soumis au droit romain, et le nord, soumis au droit coutumier²¹⁹¹, cette division ne verra le jour qu'avec l'ordonnance de Philippe le hardi de 1278²¹⁹². Mais elle ne sera réellement effective qu'au XVI^{ème} siècle²¹⁹³.

563. A partir de cette division, dans la zone du droit écrit, on pouvait utiliser le droit romain même si cette utilisation était une simple permission du Roi qui pouvait être retirée à tout moment. – En effet, selon A. Castaldo, « la faculté d'user de droit romain dans les régions méridionales est seulement le fruit d'une permission [...] »²¹⁹⁴. Aussi, Henri IV avait-il jugé utile de réitérer cette permission dans un édit de 1609²¹⁹⁵. Par conséquent, depuis la chute de l'empire, on a continué à appliquer le code théodosien au sud²¹⁹⁶. Ainsi J. M. Augustin a montré que les causes de nullité, contenues dans le droit romain, pouvaient être invoquées au sud, car certains arrêts des Parlements de la zone de droit écrit, datant de 1306, 1317 et de 1348, font référence au droit romain²¹⁹⁷.

Quant au Nord, dès la Bulle Super specula de 1219, prise par le Pape *Honorius* III, on y a restreint l'usage du droit romain en interdisant l'enseignement de ce droit à Paris²¹⁹⁸. Interdiction qui ne sera levée que par Louis XIV²¹⁹⁹. En plus de cette interdiction, une ordonnance de Philippe le Hardi de 1278 a interdit expressément le droit romain au Nord, en disposant que « *li advocat ne soient hardi d'eus mesler d'alleguier droit escrit la ou coustume aient lieu, mais usent des coustumes* »²²⁰⁰.

²¹⁹⁰ Cf. *Supra*, n° 38.

²¹⁹¹ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n° 477.

²¹⁹² *Idem*, n° 479.

²¹⁹³ *Ibid*, n° 481.

²¹⁹⁴ C'est pour cela que A. Castaldo a estimé que dans « les provinces du midi le droit. Romain eut force de loi, parce que l'application en avait été dès le treizième siècle, autorisée et formellement consacrée par des ordonnances royales » (*Ibid*, n° 479). C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 110.

²¹⁹⁵ D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 76.

²¹⁹⁶ Cf. *Supra*, n° 41.

²¹⁹⁷ J. M. Augustin, « L'adage voies de nullité n'ont point de lieu », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 53.

²¹⁹⁸ Cette bulle a suscité des débats, car « Pour les uns, le roi de France, Philippe Auguste, l'aurait lui-même suscitée [...] par crainte que le droit romain ne servit de cheval de Troie à ceux qui se proclamaient les héritiers de l'Empire romain : les empereurs d'Allemagne » (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 40).

²¹⁹⁹ D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 76.

²²⁰⁰ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n° 479.

564. Cependant, même au Sud, malgré la permission du Roi d'utiliser le droit romain, les réticences contre ce droit ne disparaissent pas. – Ainsi, pour A. Castaldo, « la pénétration du droit romain a provoqué [...] de réactions populaires [...] il s'agit de la multiplication dans les actes des clauses de renonciation à se prévaloir des règles romaines »²²⁰¹. Aussi, pour échapper aux causes de nullité romaines, les parties introduisaient souvent des clauses de renonciation à ces causes de nullité. Ainsi, « ces clauses de renonciation [...] en enlevant toute efficacité aux dispositions impératives du droit romain »²²⁰² les paralysaient souvent. En plus, ces clauses étaient systématiquement intégrées dans les contrats par les notaires, qui établissaient une longue liste de ces causes de nullités romaines, même sans l'initiative des parties. Pour être sûr que l'une des parties n'allait pas invoquer le droit romain, J. M. Augustin a montré que ces renonciations étaient souvent renforcées par un serment²²⁰³. Ce qui a eu pour conséquence de rendre les contrats très longs et complexes²²⁰⁴. Ce dont rend compte le proverbe suivant : « De plusieurs choses Dieu nous garde [...] De et *coertera* de notaire, De *qui pro quo* d'apothicaire »²²⁰⁵. L'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539 a réglementé les modalités de cette liste²²⁰⁶.

Il apparaît que, certes, les causes de nullité, issues du droit romain, étaient applicables en France, mais que cette application connaissait deux limites : la première venait du Roi qui a interdit le droit romain au Nord; la seconde venait du peuple qui s'opposait au droit romain par des mécanismes de renonciation²²⁰⁷. C'est pour contourner ces restrictions que les lettres de rescision auraient été mises en place.

β. Le contournement des restrictions au droit romain par les lettres de rescision

565. C'est pour contourner l'opposition du Roi, à l'application des nullités romaines, au Nord, comme l'a montré Loysel, qu'ont été utilisées les lettres de rescision²²⁰⁸. – Ainsi,

²²⁰¹ *Idem*, n° 485.

²²⁰² J. M. Augustin, « L'adage voies de nullité n'ont point de lieu », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 54.

²²⁰³ *Idem*, p. 57.

²²⁰⁴ *Ibid*

²²⁰⁵ *Ibid*, p. 56; J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 839.

²²⁰⁶ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 56.

²²⁰⁷ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 839.

²²⁰⁸ Ainsi pour Loysel, « Les voyes de nullité [...] ne peuvent point être opposées contre tout ce qui est nul suivant le Droit Romain. De sorte qu'il faut se pourvoir contre ces nullités [...] en obtenant des lettres de prince

pour F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « l'action en rescision s'attaquait à des contrats parfaitement valables au regard du droit français, mais contre lesquels le droit romain admettait la *restitutio in intergrum*[...] »²²⁰⁹. Mais on pouvait aussi utiliser les lettres de rescision pour neutraliser les obstacles, au droit romain, résultant d'une renonciation.

Comme les renonciations aux nullités romaines étaient renforcées par un serment, il fallait obtenir une dispense, sous peine de parjure, pour pouvoir invoquer ces nullités romaines. Cette dispense était étudiée par les officialités et donnée par un prélat²²¹⁰. J. M. Augustin a montré que c'est pour s'émanciper de ce prélat que les parties ont demandé directement des *lettres royaux* pour pouvoir invoquer les nullités auxquelles elles ont pu renoncer par serment²²¹¹. Ainsi, deux arrêts du parlement de Paris, datant de 1513 et de 1532, ont estimé que même en l'absence d'absolution du prélat, les lettres de rescision pouvaient permettre d'invoquer les nullités romaines, malgré une renonciation, par serment, à ces nullités²²¹². Ce qui montre que les lettres de rescision étaient utilisées pour invoquer le droit romain, comme l'a soutenu Denisart, estimant que les nullités « [...] prononcées par les ordonnances ou coutumes [...] produisent leurs effets sans lettre de rescision. »²²¹³. Ce qui laisse entendre, qu'à *contrario*, pour le droit romain, les lettres étaient nécessaires²²¹⁴.

566. Mais ce lien entre le droit romain et les lettres de rescision est parfois rompu. – Ainsi, pour Bertrand D'Argentré, le commentateur des coutumes de la Bretagne, les nullités issues du droit national pouvaient aussi être soumises aux lettres de rescision, si elles avaient pour but un intérêt privé²²¹⁵. Aussi, Bourjon a-t-il montré que « La restitution en

[...] Mais quand il est question de Nullités, qui sont déclarées par l'ordonnance & les coutumes, les *voyes* et exceptions ont lieu sans lettre de prince. » (Loysel, *Instutes Coutumières*, tome 2, p. 207).

²²⁰⁹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 103; S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 305.

²²¹⁰ J. M. Augustin, « L'adage voies de nullité n'ont point de lieu », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 58.

²²¹¹ *Idem* ; Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 840.

²²¹² J. M. Augustin, « L'adage voies de nullité n'ont point de lieu », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 59.

²²¹³ J. B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, tome 2, p. 328.

²²¹⁴ Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 841.

²²¹⁵ J. M. Augustin, « L'adage voies de nullité n'ont point de lieu », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 60. Pour M. Cumyn les lettres de rescision étaient demandées pour invoquer la lésion et les « moyens tirés du dol, de la violence ou de la minorité. Même si les nullités généralement associées au droit romain prétorien constituent les cas les plus fréquents, des lettres sont également octroyées pour permettre à l'impétrant d'invoquer des nullités issues du droit coutumier auxquelles il a renoncé[...] » (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 120 voir aussi; J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 825).

entier, fondée sur la lésion d'outre moitié [...] ne se propose pas sans lettre de rescision, quoique fondée sur les ordonnances [...] »²²¹⁶.

Quant à Bordeaux, pourtant zone de droit écrit, on exigeait des lettres de rescision pour pouvoir invoquer les nullités romaines²²¹⁷, ce qui est contradictoire, car, pour Guy Pape, dans la zone de droit écrit, on appliquait le droit romain sans lettre de rescision²²¹⁸. D'ailleurs, un arrêt du Parlement de Grenoble a confirmé cette affirmation en annulant un contrat sur le fondement du droit romain sans lettre de rescision²²¹⁹. En plus, alors même qu'elles appartenaient à la zone coutumière²²²⁰, la Lorraine et la Franche-Comté permettaient l'application du droit romain sans lettre de rescision²²²¹.

Ce qui montre que les lettres de rescision n'étaient pas toujours liées au droit romain, car elles pouvaient aussi être exigées en cas de violation du droit national. Elle pouvait même être exigée là où le droit romain était déjà permis. C'est ce qui a poussé Mortet à s'interroger sur le lien entre les lettres de rescision et la permission d'appliquer le droit romain en se demandant « pourquoi le d. romain dont un grand nombre de dispositions avaient antérieurement au quinzième siècle reçu de la coutume force de loi, perd-il à cette époque son efficacité positive [...] »²²²². Cela est-il dû à la redécouverte du droit de Justinien, qui a remplacé le code théodosien²²²³, ou à la rédaction des coutumes par l'ordonnance de Montilz-Metz ? Toutes ces questions n'ont pas de réponse claire.

567. C'est ce qui a poussé Merlin, le continuateur de Guyot, à nier le lien entre le droit romain et les lettres de rescision. – En effet, pour lui, le fait de dire que les nullités romaines ne sont applicables que sur autorisation, sous forme de lettre de rescision, n'est dû « qu'à l'ignorance de nos anciens praticiens[...]leur raisonnement était absurde [...] parce qu'ils attribuent à une formalité purement banale plus d'effet qu'à la permission expresse et générale

²²¹⁶ Cité ici par D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 65.

²²¹⁷ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 105.

²²¹⁸ *Idem*, p.114.

²²¹⁹ *Ibid*, p. 115.

²²²⁰ D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 77.

²²²¹ M. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile*, tome 42, p. 469.

²²²² C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 105.

²²²³ Il montre qu'au XV siècle le droit romain théodosien a été remplacé par le code de Justinien. (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 42).

que le roi donne d'enseigner dans les écoles et de suivre dans les tribunaux les principes et les décisions des législateurs de Rome »²²²⁴.

D'ailleurs, un exemplaire d'une lettre de rescision, annexé à ce travail, semble prouver que ce n'est pas que pour le droit romain qu'une lettre de rescision pouvait être demandée, car il n'est fait aucune allusion au droit romain dans cette lettre²²²⁵. On peut donc conclure que la distinction entre les nullités nationales ne nécessitant pas de lettre de rescision et les nullités romaines nécessitant une lettre de rescision, « [...] n'est pas aussi nette qu'il y paraît »²²²⁶. Quant à M. Cumyn, au regard de toutes ces difficultés, pour déterminer le champ des lettres de rescision, elle a tout simplement mis en cause l'idée selon laquelle elles étaient exigées pour obtenir la permission d'invoquer le droit romain. En effet, selon J. Ghestin, M. Cumyn a soutenu que « contrairement à ce qu'enseignent plusieurs historiens du droit privé, ces lettres n'ont pas été requises afin d'autoriser l'introduction des recours issus du droit romain. »²²²⁷ D'où la nécessité de chercher les raisons de ces lettres de rescision dans la défense de la souveraineté, car elles ne sont plus justifiées par la nécessité d'obtenir une autorisation d'invoquer le droit romain.

*ii : La recherche des raisons des lettres de rescision dans la
défense de la souveraineté royale sous l'ancien droit*

568. Après sa création en 962, la Bulle d'or a posé les bases du St-Empire romain et germanique en 1356²²²⁸. – Cet empire, qui a vocation à succéder à Rome et à l'empire de Charlemagne, veut dominer tout l'Occident. Un des moyens de cette domination, est la diffusion du droit romain²²²⁹. Ce qui fut source de multiples conflits²²³⁰. Ainsi, en 1214,

²²²⁴ J. M. Augustin, « L'adage voies de nullité n'ont point de lieu », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 61 ; M. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile*, tome 42, p. 467.

²²²⁵ Cf. annexe, Doc N° X.

²²²⁶ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 540. J. Ph. Lévy et A. Castaldo, aussi ont estimé que « [...] la confusion qui naissait entre la classification nouvelle et la question devenue tout à fait oiseuse des lettres de rescision » n'a jamais disparu dans la théorie des nullités de l'ancien droit. (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 843).

²²²⁷ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. X.

²²²⁸ L. Bély, *La France moderne 1498-1789*, Paris : Puf, 1994, p. 13 ; *Dictionnaire encyclopédique et universel*, op. cit., p. 1406.

²²²⁹ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n° 265 ; A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 313.

²²³⁰ A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., p.314 ; J. Garrisson, *Royaume Renaissance et Reforme : 1483-1559 Nouvelle histoire de la France moderne-I*, Paris : Seuil, 1991, p. 133.

Philippe Auguste emporte la victoire de Bouvines. Après cette victoire, il obtint du Pape la bulle *Super specula* en 1219 qui interdit l'enseignement du droit romain à Paris²²³¹.

Cette interdiction, suscitée par le Roi de France, visait à protéger sa souveraineté qui ne pouvait être limitée par l'application, sur son territoire, du droit romain sans sa permission. Cependant, ce point fait encore débat²²³². Mais, malgré tout, Baudry-Lacantinerie a estimé que les lettres de rescision avaient été mises en place pour interdire l'usage du droit romain en France sans la permission du Roi, afin de « fortifier le pouvoir central »²²³³, car reconnaître en France l'autorité des lois romaines, « c'était implicitement reconnaître la supériorité de l'empereur d'Allemagne[...] »²²³⁴.

569. Cependant, cette souveraineté n'était pas menacée que de l'extérieur ; elle l'était aussi de l'intérieur par la féodalité. – Or, le fait pour le roi d'imposer des lettres aux juridictions féodales est une façon d'affirmer sa souveraineté sur tout le territoire. Ainsi, selon Guy Coquille « depuis 300 ans en ça les Cours de Parlement, et les gens du *Roy* ont eu pour cabale et loi non écrite, d'observer et d'exécuter tous moyens pour *abbaissier* l'*autorité* et la juridiction des Seigneurs, et accroître celle du *Roy*[...] L'un des moyens est en ce que les *lettres Royaux* qu'on obtient en Chancellerie ne sont adressées qu'à Juges et Officiers Royaux[...] Et par une pratique invétérée sans grande raison que toutes rescisions de contrat, *quoy* que la nullité y soit, il est accoutumé de prendre lettres en Chancellerie[...] »²²³⁵.

570. Toutefois, si l'utilisation des lettres de rescision répond à un but lié à la souveraineté, pourquoi les nullités *ipso iure* n'avaient-elles pas besoin de lettre de rescision²²³⁶ ? – Aussi bien les nullités résultant de la *restitutio in integrum* que les nullités romaines de plein droit, c'est-à-dire *ipso iure*, pouvaient porter atteinte à la souveraineté du

²²³¹ Toutefois, les motifs réels de cette bulle sont encore sujets à débat (A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n° 273).

²²³² « a faculté d'user de droit dans les régions méridionales est seulement le fruit d'une permission [...] cette précision se réfère à la lutte contre les prétentions impériales [...] » (*Idem*, n° 479). C'est pour cela que Mortet a estimé que dans « les provinces du midi que le D. romain eut force de loi, parce que l'application en avait été dès le treizième siècle, autorisée et formellement consacrée par des ordonnances royales » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 110).

²²³³ G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, op. cit., tome II, p 252.

²²³⁴ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., pp. 108, 110; A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n° 479.

²²³⁵ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 148. Mais Guy Coquille n'exclut pas que ces lettres concernent le droit romain aussi, car pour lui « Les lettres sont exigées dans tous les cas de nullité venant du Droit romain [...] On justifie cette règle par le principe que les lois romaines n'ont pas d'effet en France sans une volonté spéciale du roi : moi je pense que c'est uniquement dans un but politique qu'elle a été établie » (*Idem*, p.152).

²²³⁶ Cf. *Infra*, n° 574.

Roi. Or les nullités romaines de plein droit, c'est-à-dire *ipso iure*, pouvaient être demandées dans plusieurs ressorts sans lettre de rescision²²³⁷. Aussi, cette position, qui a consisté à dire que c'est pour protéger la souveraineté que le droit romain ne pouvait pas être appliqué en France sans la permission du Roi, a été critiquée par Mortet. En effet, pour lui, si cette interdiction d'utiliser le droit romain avait un « [...] but politique qu'on lui attribue, pourquoi ces lettres n'auraient-elles été exigées que dans le cas où la nullité dérivait du D. romain ? Il n'y avait aucun motif pour ne pas enlever également aux juges seigneuriaux la connaissance des cas où la nullité résultait des Ordonnances ou des Coutumes »²²³⁸. Donc, le fondement lié à souveraineté ne peut pas tenir. C'est ce qui a poussé M Cumyn à rechercher ce fondement dans l'équité pour justifier sa théorie actuelle.

iii: La recherche des raisons des lettres de rescision dans l'application de l'équité

On ne peut pas dire, comme M. Cumyn, que dans l'ancien droit les lettres de rescision étaient fondées sur l'équité (α), car on pouvait exiger des lettres de rescision à des nullités qui ne sanctionnaient pas la violation d'une règle équitable (β).

α . Les lettres de rescision et les contrats portant atteinte à l'équité

571. Pour Aubry et Rau, « l'action en rescision était celle par laquelle on provoquait la rétractation des obligations qui, quoique valables dans la rigueur du Droit, blessaient cependant les règles de l'équité »²²³⁹. Telle est la position que M. Cumyn reprend dans sa théorie. En effet, selon J. Ghestin, M. Cumyn soutient que « Contrairement à ce qu'enseignent plusieurs historiens du droit privé, ces lettres [...] ont été octroyées par les chancelleries au nom du roi, à des fins d'équité [...] »²²⁴⁰.

²²³⁷ Cf. *Infra*, n° 574.

²²³⁸ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 107.

²²³⁹ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 245.

²²⁴⁰ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. X. Pour M. Cumyn « la rescision n'est pas fondée sur la transgression d'une règle de droit. Elle répare plutôt l'injustice qui découle du dol, de l'erreur, de la violence ou de la lésion dont a souffert la victime, parce qu'il serait inéquitable, dans les circonstances de donner effet au contrat » (*Idem*, p.19). Pour Larombière dans l'ancien droit « l'action en nullité était celle par laquelle on demandait l'annulation d'une obligation, dont la nullité était déclarée, soit par l'ordonnance, soit par la coutume

Sous l'ancien régime, il n'y avait pas de séparation des pouvoirs²²⁴¹. Le roi pouvait intervenir dans la justice par des *lettres royales*²²⁴². La lettre de rescision faisait partie de ces *lettres royales*, parmi lesquelles on peut citer les lettres de grâce, de rémission, de répit et de rescision²²⁴³. Parmi ces *lettres royales*²²⁴⁴, on rangeait un genre de lettres, qu'on appelait des lettres de justice : ce sont des lettres de répit et les requêtes civiles. Pour A. Castaldo, ces « lettres de justice permettent au roi d'atténuer une règle de droit, au nom de l'équité »²²⁴⁵. Or, les lettres de rescision faisaient justement partie de ce type de lettre²²⁴⁶. Ce qui peut corroborer la position de M. Cumyn qui soutient que, contrairement à la position des historiens du droit, les lettres de rescision étaient fondées sur l'équité et non sur l'autorisation d'appliquer le droit romain²²⁴⁷. Toutefois, cette opposition entre M. Cumyn et les historiens du droit est à nuancer, car dans l'ancien droit, certaines règles du droit romain étaient synonymes d'équité²²⁴⁸.

572. Pour justifier sa position, M. Cumyn compare le Roi au préteur romain. – Car si dans le « droit romain, c'est le préteur, haut magistrat titulaire de souveraineté (*imperium*), qui

[...] L'action en rescision au contraire, était celle par laquelle on demandait la révocation d'une obligation qui, sans être nulle d'après les dispositions formelles du droit, était cependant susceptible de rétractation, comme violant les principes général du droit et de l'équité. Telle était l'obligation entachée d'erreur, de dol, de violence, de lésion [...]» (M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, op. cit., tome V, p. 278, 279).

²²⁴¹ Car comme l'a montré A. Rigaudière ici, le Roi était à la fois législateur et juge. (A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., pp. 235 et 311).

²²⁴² La Ferrière dit qu'il y a des lettres de grâce et de justice pour lui les lettres de grâce « sont celles qui contiennent une libéralité du prince il les accorde par faveur [...] » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 120.); A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 583.

²²⁴³ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n° 349.

²²⁴⁴ A l'époque on ne disait pas *lettres royales*, mais *lettres royaux*.

²²⁴⁵ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n° 349 ; En ce qui concerne les lettres de justice, elles « sont celles qui sont fondées sur le droit commun[...]et que le roi accorde moins par faveur que pour subvenir aux besoins de ses sujets, suivant l'équité[...]» (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 120).

²²⁴⁶ *Idem*.

²²⁴⁷ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 16.

²²⁴⁸ Toutefois, le droit romain et l'équité n'étaient pas forcément antagonistes sous l'ancien droit. Ce droit romain était considéré comme une équité. Ainsi chez Imbert, il y a des lettres de rescision parce que « les Rois de France ne sont aucunement subjects aux loix susdite (*loix impériales*), non plus qu'à l'Empire : mais seulement les reçoivent, entant qu'elles sont fondées en bonne raison et équité naturelle » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 165).; Pour Mortet, dans la partie coutumière s'il y a conflit entre droit romain et national « le roi soucieux de faire valoir l'équité sur le droit strict y attachait sur la demande des parties une force obligatoire » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 122). Dans la zone coutumière, pour « combler les lacunes que présentait la loi positive, le juge devait recourir aux lumières de la raison et l'équité naturelle. Or on ne pouvait mieux faire que de recourir à la forme la plus parfaite qu'eussent revêtue jusqu'alors la raison et l'équité, c'est-à-dire au Droit du Code et des Pandectes » En plus cette assimilation du droit romain à l'équité avait déjà été faite par Philippe le Bel, en instituant la chaire du droit romain à l'université d'Orléans. (*Idem*, p.111).

accorde à la partie lésée la rescision de son contrat. Dans l'ancien droit [...] le recours [...] relève de l'intervention directe du souverain en faveur de la partie victime d'un contrat inique, quoique parfaitement valide selon le droit strict [...] Il s'agit d'un recours discrétionnaire, fondé sur l'équité et permettant de dispenser la partie lésée d'un contrat valide d'après le droit strict »²²⁴⁹. Ce qui revient à assimiler la rescision à la *restitutio in integrum*²²⁵⁰.

Mais selon Mortet, si « l'usage des lettres de rescision, ainsi restreint aux cas *d'in int. Restitutio*, offrait une analogie remarquable avec *le cogito* [...] du préteur romain sur la procédure formulaire : en France comme à Rome, l'intervention de la puissance exécutive était demandée au nom de l'équité pour déroger dans un cas particulier au Droit national [...] Mais ce rapprochement ne peut être que superficiel : au fond la différence entre les deux institutions est essentielle [...] »²²⁵¹. Cette critique est tout à fait justifiée, car les lettres de rescision visaient aussi des cas où l'équité n'était pas en jeu. Ainsi, dans plusieurs régions, on exigeait des lettres de rescision alors qu'il s'agissait des nullités *ipso iure* qui ne visaient pas forcément à sanctionner la violation de l'équité ou le déséquilibre dans le contrat²²⁵².

β. Les lettres de rescision et les contrats ne portant pas atteinte à l'équité

573. Commentant l'article 283 de la coutume de Bretagne, D'Argentré dispense de lettre de rescision les nullités romaines *ipso iure*²²⁵³. – Par ailleurs, selon un arrêt du parlement de Paris, du 14 août 1543, la lettre de rescision n'était nécessaire que pour « [...] le dol, la violence, la minorité, la lésion d'outre moitié [...] [moyens qui à Rome, n'entraîneraient pas une nullité *ipso iure* [...]] »²²⁵⁴. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette

²²⁴⁹ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 16.

²²⁵⁰ Cf. *Supra*, n° 23.

²²⁵¹ Pour Mortet « Il faut surtout se garder de chercher l'origine des lettres de rescision, comme certains auteurs paraissent le faire, dans la *cognitio* du préteur dont le roi aurait continué le rôle. Ce serait oublier[...]qu'en France tout juge royal ou seigneurial eut jusqu'au quinzième siècle le pouvoir d'appliquer de plano les rescisions prononcées par la loi romaine[...]que si les légistes introduisirent à cette époque la procédure des lettres de rescision, ce ne fut pas pour attribuer au roi le rôle du préteur romain, mais, comme l'attestent les nombreux témoignages[...]en vertu du principe proclamé à cette époque, que le D. romain n'avait d'autorité en France que par permission expresse du roi[...] » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., pp. 118, 119).

²²⁵² G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 150.

²²⁵³ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 539 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 164; Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome VIII, p. 237.

²²⁵⁴ Cité par D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 538.

semblent aller dans le même sens, en estimant que « l'action en rescision s'attaquait à des contrats [...] contre lesquels le droit romain admettait la *restitutio in integrum* [...] »²²⁵⁵.

574. Mais cette règle, qui consiste à dire que les procédures de rescision ne concernaient que les actions en nullité fondées sur la *restitutio in integrum* et non celles fondées sur les nullités *ipso iure* romaines, était-elle en vigueur dans tout le royaume ? – Si elle s'applique dans le ressort coutumier de Bretagne et de Paris²²⁵⁶, J. Ph. Lévy et A. Castaldo ont montré que cette règle n'était pas valable dans tous les autres ressorts coutumiers. En effet, dans plusieurs ressorts, toutes les nullités romaines, même *ipso iure*, avaient besoin d'une lettre de rescision²²⁵⁷. C'est ce qu'a montré Guy Coquille en estimant que dans certains ressorts, ces « lettres sont exigées [...] qu'il y ait nullité *ipso jure*, rescision ou restitution »²²⁵⁸. On retrouvait la même position chez Merlin aussi dans le répertoire de Guyot²²⁵⁹.

Ce qui montre que les lettres de rescision ne visaient pas exclusivement les cas où l'équité était en jeu, car les nullités *ipso iure* ne sanctionnaient pas forcément que les contrats violant l'équité²²⁶⁰. C'est sans doute pour cette raison que D. Veillon a estimé que ces lettres de rescision ne répondaient pas à des buts idéalistes, mais à des préoccupations purement « prosaïques »²²⁶¹. Ce qui exclut tout fondement équitable à ces lettres de rescision qui étaient plutôt fondées sur l'impôt.

iv. La recherche des raisons des lettres de rescision dans l'impôt

575. On peut dire dans ce travail que l'application des lettres de rescision n'avait qu'un but fiscal. – Cependant, pour certains, si ce but fiscal existait, il n'a servi qu'à étendre

²²⁵⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 100.

²²⁵⁶ Cf. *supra*, n° 574.

²²⁵⁷ Pour J. Ph. Lévy et A. Castaldo, si dans certaines provinces on peut se passer des procédures de rescision « [...] pour les nullités *ipso iur* ; mais cette tendance se heurta à des résistances, et les solutions demeurent variables selon les provinces » (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 842).

²²⁵⁸ Cité par E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 152.

²²⁵⁹ Rép. Guyot, Nullité, § 7.

²²⁶⁰ Mais aussi ceux violant les conditions de forme. Cf. *Supra*, n° 18.

²²⁶¹ D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007, op. cit., p. 77.

ces lettres à tout le royaume²²⁶². En effet, « [...] la nécessité de recourir à des lettres de rescision pour se prévaloir d'une cause de restitution fondée sur le droit romain se justifie pleinement par le fait que, dans le royaume de France, le droit romain n'a force obligatoire qu'en vertu de la permission du roi »²²⁶³. Ce qui laisse, implicitement, entendre que, même dans la zone de droit écrit, les lettres de rescision étaient devenues nécessaires aussi. Au demeurant, cette idée a été corroborée par J. Ph. Lévy et A. Castaldo. En effet, pour eux « le roi, même dans les pays de droit écrit, n'était pas tenu par les lois du Saint-empire romain germanique, qui se présente comme l'héritier de Rome »²²⁶⁴.

C'est pour exprimer cette idée qu'Imbert enseignait qu'en « France voye de nullité n'a lieu, ainsi il faut toujours recourir au bénéfice du prince »²²⁶⁵. Un document datant de 1481, annexé à la fin de ce travail, fait même explicitement allusion à l'exigence d'une lettre de rescision à Bordeaux²²⁶⁶, qui était pourtant dans la zone de droit écrit. On retrouve la même situation dans la sénéchaussée de Périgueux. Alors même que le droit romain était déjà applicable dans cette zone de droit écrit²²⁶⁷, on y exigeait des lettres de rescision pour pouvoir invoquer les nullités romaines²²⁶⁸. Ce qui prouve que les lettres de rescision pouvaient être exigé aussi bien dans la zone de droit écrit que dans la zone coutumière.

²²⁶² C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., pp. 107, 115.

²²⁶³ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 539. Mais pour F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, cette procédure n'était pas nécessaire dans la partie du droit écrit, mais seulement dans la partie du droit coutumier, puisque « Le droit romain n'ayant pas force de loi dans les pays de coutume, un plaideur ne pouvait demander d'emblée au juge la rescision du contrat ; il devait obtenir les lettres de rescision[...] » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 100).

²²⁶⁴ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 841. ; Pour J. Ghestin aussi, la zone de droit écrit utilisait certes le droit romain, mais ce n'est pas tout le droit romain qui y était utilisé. Le droit qui y était appliqué était surtout inspiré du code *théodosien* sous forme de coutume. Quant au droit de *Justinien*, il a eu du mal à trouver une place dans le droit écrit du sud. Donc on comprend pourquoi la procédure de rescision est nécessaire dans certains cas dans la zone de droit écrit. Si la cause de nullité est issue d'un droit romain qui n'a pas été accueilli au sud en coutume, cette procédure serait tout à fait justifiée (J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, op. cit., p. 873).

²²⁶⁵ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 115.

²²⁶⁶ Cf. annexe, Doc N° XI.

²²⁶⁷ **488.** Au sud, pour limiter le droit romain, on avait rédigé les coutumes, qui étaient composées du droit issu du code *Théodosien* au XII et XIII^{ème} siècle (A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., n° 486). Pour invoquer le droit de *Justinien*, qui n'a pas été rédigé, il fallait des lettres (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 110). Ce principe a été confirmé par l'ordonnance de Montils-lez-Tours, en 1454. L'article 125 de cette ordonnance avait dit que le juge ne pouvait pas invoquer une coutume si elle n'est pas rédigée officiellement; Or tout le droit romain et plus particulièrement le droit de *Justinien*, n'était pas rédigé officiellement. Cette interdiction d'invoquer le droit romain dans tout le royaume, s'il n'a pas été rédigé, pourrait expliquer l'extension des lettres de rescision au sud, car le droit de *Justinien* n'a pas été codifié au sud. (*Idem*, pp. 108 et 110 ; A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., pp. 431 et 604).

²²⁶⁸ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 115.

Mais peut-on dire que le but fiscal de ces lettres n'a servi qu'à justifier leur extension dans la zone de droit écrit ou pourtant le droit romain était déjà appliqué, dans les autres domaines du droit, sans lettre de rescision? Pour Mortet, la réponse à cette question ne fait aucun doute, car pour lui, « Quant à l'esprit de fiscalité, on ne peut [...] y chercher l'origine des lettres de rescision ; mais il eut [...] de l'influence sur l'extension et la durée de cette procédure »²²⁶⁹.

576. Contrairement, à cette affirmation, on peut soutenir que ce but fiscal n'a pas servi qu'à étendre ces lettres à la zone du droit écrit ; il est le fondement même de ces lettres de rescision. – On a vu tout au long de ce travail que ces lettres de rescision pouvaient être exigées, alors même qu'elles n'étaient justifiées ni par la nécessité d'obtenir la permission d'invoquer le droit romain, car elles étaient exigées même là où le droit romain était déjà en vigueur, ni pour sanctionner l'atteinte à l'équité, parce qu'elles étaient exigées pour des nullités qui ne sanctionnaient pas l'atteinte à l'équité, comme les nullités *ipso iure*²²⁷⁰. Par conséquent, on peut dire que ces lettres n'avaient qu'un but fiscal. Cette idée n'est pas nouvelle, car elle était déjà présente chez plusieurs grands auteurs de l'ancien droit²²⁷¹. En effet, de l'avis même « [...] des jurisconsultes comme Du Moulin [...] les lettres n'avaient aucun effet réel, et ne constituaient qu'une formalité fiscale [...] »²²⁷². On retrouve la même position chez D'Argentré²²⁷³ et chez Mornac²²⁷⁴.

577. Cependant, si tous ces auteurs ont affirmé que les lettres de rescision n'avaient qu'un but fiscal, ils n'ont pas fondé cette affirmation sur des arguments historiques. – C'est sans doute pour cela que, malgré la prise de position des auteurs aussi prestigieux que Du Moulin pour le but fiscal, les historiens du droit ont continué à soutenir que les lettres de rescision avaient pour but de donner la permission d'appliquer le droit romain en France. Il s'agit donc ici de fonder l'affirmation de Du Moulin sur des arguments historiques, pour que les historiens du droit puissent se rallier à sa position.

²²⁶⁹ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 107 ; J. M. Augustin, « L'adage voies de nullité n'ont point de lieu », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 61.

²²⁷⁰ Cf. *Supra*, n° 574.

²²⁷¹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 159 ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 114.

²²⁷² E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 164 ; D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 77.

²²⁷³ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 167.

²²⁷⁴ Mornac, *Observationes in viginti quatuor priores Libros Digestorum, ad usum fori gallici*, sur la loi 21, 4, D.

Pour démontrer que les lettres de rescision étaient fondées sur des raisons fiscales, il suffit de regarder pourquoi ces lettres ont été créées. Après le sacre de Philippe VI à Reims, il a exigé d'Edouard III, Roi d'Angleterre, hommage pour ses terres en France²²⁷⁵. Après 1337, Edouard III demande de son côté à Philippe VI de renoncer à la couronne en 1340 : ce fut la guerre de cent ans²²⁷⁶. A la fin de cette guerre, le Roi souhaite créer une armée permanente et professionnelle²²⁷⁷. L'armée traditionnelle, fondée sur le système féodal du ban et de l'arrière-ban ayant été rendue responsable de plusieurs défaites²²⁷⁸.

Charles VII décide donc de créer une armée permanente et professionnelle, capable de résister à une nation étrangère. D'où la nécessité de trouver un financement permanent pour cette armée²²⁷⁹. Pour atteindre ce but, le Roi, Charles VII réunit les Etats-généraux à Orléans en 1439. Ce furent ces Etats qui votèrent, spécialement, une taille annuelle de 1 200 000 livres pour l'entretien d'une armée permanente, comme l'explique A. Rigaudière, selon lequel c'est « [...] sous le règne de Charles VII en 1439[...] avec la mise sur pied définitive d'une armée permanente, que la taille le devient aussi »²²⁸⁰.

Pour déterminer l'assiette de cet impôt, on a utilisé des lettres de rescision²²⁸¹. C'est pour cette raison qu'avant cette décision, l'étude des archives ne montre aucune trace d'une lettre de rescision. D'ailleurs, pour le moment, la plus vieille référence à une lettre de rescision connue, selon les archives, date d'un document de 1481²²⁸². Ce document a été annexé à la fin de ce travail²²⁸³. Toutefois, ces archives sont des documents largement inexploités. Mais, comme cette question est accessoire dans cette thèse, on n'a pas pris le soin de remonter plus

²²⁷⁵ *Dictionnaire encyclopédique et universel*, op. cit., p. 271.

²²⁷⁶ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 69 ; A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 274

²²⁷⁷ L. Bély, *La France moderne 1498-1789*, op. cit., p. 24

²²⁷⁸ A l'époque, le lien entre le roi et les nobles, était souvent vassalique ; il était plus un suzerain qu'un souverain. (A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., pp. 240 et 276).

²²⁷⁹ Le roi avait deux sources de revenu, ceux résultant de son domaine (finances ordinaires) et ceux résultant de l'impôt (finances extraordinaires). Les lettres de rescision permettaient justement d'abonder ces finances extraordinaires (J. Garrisson, *Royaume Renaissance et Reforme : 1483-1559 Nouvelle histoire de la France moderne-I*, op. cit., p. 189 voir aussi ; L. Bély, *La France moderne 1498-1789*, op. cit., p. 25).

²²⁸⁰ A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 278.

²²⁸¹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 139 note.

²²⁸² Arch. Nat., Carton des rois JJ., reg. 208, f 117, ch. 196. Toutefois, deux ordonnances de 1318 et de 1338 avaient déjà fait allusion à des lettres royaux, avant 1439, en disposant que les « *Lettres d'Estat ne seront données que par le Roy* ». Mais ces ordonnances ne précisait pas le type de lettre dont il s'agit. Or, on sait qu'il y avait plusieurs types de lettres royaux (Pierre Guenois, *Recueil des ordonnances royaux*, op. cit., p. 598).

²²⁸³ Cf. annexe, Doc N° XI.

loin dans le dépouillement de ces derniers, laissant à ceux qui travailleront sur la théorie des nullités avant le Code civil le soin de se livrer à cette tâche.

578. Au terme de cette démonstration, on peut dire que c'est pour des raisons fiscales, que, pour invoquer certaines nullités, il fallait demander des lettres de rescision. – Pour illustrer cette affirmation, ces lettres étaient soumises à un droit de sceau et de signature qui variait entre une livre et trois livres et cinq sous²²⁸⁴. Les nullités qui exigeaient ces lettres n'étaient pas que des nullités romaines²²⁸⁵ ou celles sanctionnant la violation d'une règle équitable²²⁸⁶ ; ces nullités pouvaient être la sanction de la violation du droit national²²⁸⁷ ou d'un droit romain strict²²⁸⁸. Le seul point commun à toutes ces nullités, concernées par les lettres de rescision, n'était ni le droit romain ni l'équité : c'était l'impôt, comme l'a soutenu Mornac²²⁸⁹.

On peut donc dire que ces lettres de rescision n'avaient aucune utilité dans la distinction des nullités ; elles ne visaient qu'à financer l'armée. C'est sans doute pour cela que ni Pothier²²⁹⁰ ni Domat²²⁹¹ n'ont donné une réelle importance à ces lettres de rescision dans leur théorie. Quant à Du Moulin, il a estimé que ces lettres n'étaient dues qu'à l'avidité de la monarchie²²⁹². Ce qui a poussé Guyot à soutenir que ces lettres de rescision ne constituaient qu'une « formalité purement bursale » sans aucune valeur sur le fond²²⁹³.

Tous ces arguments prouvent que ces lettres de rescision n'avaient rien d'équitable, parce qu'elles étaient délivrées « sans connaissance de cause [...] [de] façon automatique »²²⁹⁴, dès lors que la taxe était payée. Si ces lettres étaient octroyées de façon automatique, on ne peut pas dire qu'elles étaient données après avoir vérifié que l'équité était atteinte par le contrat ; la

²²⁸⁴ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 121.

²²⁸⁵ Cf. *Supra*, n° 566.

²²⁸⁶ Cf. *Supra*, n° 574.

²²⁸⁷ Cf. *Supra*, n° 566.

²²⁸⁸ Cf. *Supra*, n° 574.

²²⁸⁹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 166; Pour Planiol aussi, « Pour des raisons politiques et fiscales, on décida que les nullités empruntées au droit romain ne pourraient être invoquées que par ceux qui ont obtenu[...]des lettres de rescision »(M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 359).

²²⁹⁰ Cf. *Supra*, n° 53.

²²⁹¹ Cf. *Supra*, n° 52.

²²⁹² C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 114.

²²⁹³ M. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile*, tome 42, p. 468.

²²⁹⁴ J. M. Augustin, « L'adage voies de nullité n'ont point de lieu », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 59.

seule chose que visait la Monarchique, c'était l'impôt. C'est sans doute en raison de ce but fiscal qu'un arrêt du Parlement de Paris, du 16 mars 1576 a étendu l'exigence d'une lettre de rescision aux demandes pour obtenir le bénéfice d'inventaire, alors même qu'il n'y avait aucun contrat ici qui violait le droit romain ou l'équité²²⁹⁵.

579. D'ailleurs, si ces lettres de rescision ont suscité une réaction de rejet, de la part des sujets du Roi, c'est à cause de ce but fiscal. – Ainsi, les Etats-généraux, réunis à Orléans en 1560, ont-ils demandé la suppression de ces lettres de rescision, mais sans succès²²⁹⁶. Pour motiver cette demande, les sujets avaient estimé, selon Charondas, qu'« *affin* de [...] décharger le peuple des frais de sceau et poursuite d'*icelui* »²²⁹⁷, il fallait supprimer ces lettres de rescision injustes. La requête fut repoussée²²⁹⁸ « parce qu'elle semblait entreprendre sur l'autorité du roi »²²⁹⁹. Il a fallu attendre la Révolution de 1789 pour voir la suppression de ces lettres par la loi des 7 et 11 septembre 1790²³⁰⁰.

Ce qui montre que cette procédure ne visait pas l'équité, mais plutôt l'impôt, d'où son rejet par le peuple. Ce qui met en cause les théories actuelles, fondées sur l'équité. En effet, pour utiliser cette équité, les auteurs de ces théories ont soutenu que c'est l'équité qui fondait les lettres de rescision, qui elles-mêmes se perpétuent dans les nullités relatives actuelles. Mais on a montré dans ce travail que ces lettres n'étaient pas justifiées que par l'équité mais par des buts fiscaux.

Mais si l'utilisation de l'histoire à d'autres fins que la connaissance du passé peut pousser à déformer cette histoire pour justifier le présent, on peut rencontrer le même problème chez ceux qui utilisent le présent, comme les faits sociaux, pour y déceler des règles relatives aux nullités.

²²⁹⁵ Cité par C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 115.

²²⁹⁶ *Idem*, p. 114.

²²⁹⁷ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 121.

²²⁹⁸ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 841.

²²⁹⁹ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 114.

²³⁰⁰ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 539

C. L'utilisation de la sociologie dans la construction de la théorie générale des nullités

580. Depuis Montesquieu, on sait que les institutions d'une société et ses règles sont déterminées par ses mœurs²³⁰¹. – C'est ce qui a permis à Marx de montrer, dès le XIX^{ème} siècle, que le système juridique d'une société est largement déterminé par son mode de production²³⁰². Cette idée, qui se retrouvait déjà chez Savigny aussi²³⁰³, s'illustre parfaitement dans l'évolution du régime de la responsabilité civile délictuelle du fait de l'industrialisation²³⁰⁴. Ce qui prouve que l'utilisation de l'évolution de la société est nécessaire pour comprendre son droit.

Mais cette utilisation n'a été possible qu'avec le développement du positivisme d'Auguste Comte qui a donné un cadre scientifique à l'étude des faits²³⁰⁵. C'est en utilisant cette méthode en droit que Durkheim s'est rendu compte que les actes juridiques sont des faits sociaux qui sont soumis aux déterminismes sociaux²³⁰⁶. Conscient de cette réalité, dès la fin du XIX^{ème} siècle, Saleilles utilise cette source pour interpréter la loi en estimant que « la loi est un instrument de réglementation sociale ; elle doit s'interpréter de la façon la plus

²³⁰¹ J. Carbonnier, « Droit privé et sociologie », in *Jean Carbonnier 1908-2003 : Ecrits*, (Dir R. Verdier), Paris : Presse universitaire de France, 2008, p. 971 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^è éd, op. cit., p. 20. ; X. Dijon, « Esquisse historique des référence philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ?* (Dir L-L. Christians), op. cit., p. 71.

²³⁰² P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 309. Pour Marx « dans la production sociale[...]les hommes entrent en des rapports déterminés, nécessaires, indépendants de leur volonté. Ces rapports de production correspondent à un développement donné de leur forces productives matérielles. L'ensemble de ces rapports de production constitue la structure économique de la société, la base réelle d'une superstructure juridique et politique et à laquelle correspondent des formes de conscience totale et déterminée » (F. Braustein-Silvestre & J. F. Pepin, *Les grandes doctrines*, op. cit., p. 183).

²³⁰³ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^è éd, op. cit., p. 20.

²³⁰⁴ R. W. Gordon, « Histoire critiques du droit », in *Ecrire l'histoire du droit : Réflexions méthodologiques*, (Dir F. Michaud), Paris : L'harmattan, 2006, p. 28 ; Voir aussi : C'est pour cela que Josserand, cité ici par D. Deroussin a estimé que le droit est dicté par « les nécessités économiques par les progrès scientifiques, par les forces morales et religieuses[...] » Ainsi c'est la révolution industrielle qui a poussé à la création de la notion de risque à côté de la faute, comme fait générateur (D. Deroussin, « Josserand : le droit comme science sociale ? », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), op. cit., pp. 65 et 66).

²³⁰⁵ Pour J. L. Halpérin, « Le positivisme d'Auguste Comte conduit à envisager l'utilisation en droit d'une méthode scientifique fondée sur l'observation des faits [...] » (J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 178 ; voir aussi R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^è éd, op. cit., p. 21).

²³⁰⁶ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 505 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^è éd, op. cit., p. 21. ; J. Carbonnier, « Droit privé et sociologie », in *Jean Carbonnier 1908-2003 : Ecrits*, (Dir R. Verdier), op. cit., p. 971.

conforme au bon fonctionnement du mécanisme créé par le législateur. Et comme la matière sociale est une matière organique, en voie de transformations constantes, la réglementation qui s'y applique doit suivre l'évolution progressive du milieu pour lequel elle est faite»²³⁰⁷. La même idée sera reprise par Géný dans sa libre recherche²³⁰⁸ mais aussi par Gaudemet, Lambert²³⁰⁹ et Gounot²³¹⁰.

581. Cette prise en compte des faits pour interpréter la loi est justifiée par le fait que le droit n'est pas issu de la loi, mais seulement formalisé par elle. – En effet, le droit viendrait directement de la société²³¹¹. C'est au demeurant ce qu'expliquait Portalis, en estimant que « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites[...] »²³¹². Donc si la loi ne formalise pas correctement ce droit, issu de la société, l'interprète pourrait le chercher directement dans les faits sociaux²³¹³.

Ce qui peut expliquer la volonté de certains interprètes d'aller chercher ce droit à sa source, en étudiant directement les faits sociaux²³¹⁴. Ainsi, selon cette méthode, l'interprète peut très

²³⁰⁷ Cité par Drogoul. (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 70).

²³⁰⁸ Fr. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., pp. 230, 257, 459, 460 ; X. Dijon, « Esquisse historique des références philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ? (Dir L-L. Christians)*, op. cit., p. 93.

²³⁰⁹ O. Moréteau, « Ed. Lambert et l'enseignement du droit comme science sociale et comparative », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République (Dir D. Deroussin)*, Paris : Ed la mémoire du droit, 2007, p. 195.

²³¹⁰ Pour Gounot, il faut abandonner l'autonomie de la volonté, car « il est incontestable que le milieu économique et social dans lequel a pris naissance notre théorie du contrat et de la liberté des conventions était fort différent du notre. Le commerce juridique n'est plus aujourd'hui ce qu'il était à l'époque de Gaius et de Paul, ni même à celle des rédacteurs du code civil. » (E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., p. 13.)

²³¹¹ R. W. Gordon a parlé de « l'évolution du droit à la vie privée comme réponse à la complexité et à l'interdépendance croissante dans la société moderne. » (R. W. Gordon, « Histoire critiques du droit », in *Ecrire l'histoire du droit : Réflexions méthodologiques, (Dir F. Michaud)*, op. cit., p. 27).

²³¹² J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 4.

²³¹³ Pour Ph. Jestaz et C. Jamin « [...] les juristes vont devoir s'appuyer sur les sciences sociales nouvelles pour connaître scientifiquement la réalité sociale et qu'ils vont ensuite traduire celle-ci en droit au moyen de constructions juridiques » (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 143). Ainsi, Gaudemet s'est demandé « Que fait [...] l'interprète, si les sources formelles, loi ou coutume, ne lui fournissent pas la solution cherchée ? M. Géný lui permet de recourir à la libre recherche scientifique, et décider d'après le droit naturel, l'équité, ou les données de la nature des choses positives, c'est-à-dire les circonstances historiques, économiques et sociales. L'interprète cherchera donc la règle de droit immanente, et la découvrira comme le ferait le législateur. » (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 128).

²³¹⁴ F. Audren, « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs de droit lyonnais et les traductions de la science sociale (1875-1935) », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République (Dir D. Deroussin)*, Paris : Ed la mémoire du droit, 2007, pp. 3 et 4

bien se substituer au législateur pour chercher le droit dans les faits²³¹⁵. C'est ce que faisait la Société d'étude législative qui a été créée par Saleilles. En effet, cette société réalisait des enquêtes sociales en vue de reformer le droit²³¹⁶. Certains auteurs vont appliquer cette technique, aux nullités, pour construire une théorie générale (I), ce qui va prouver les limites de cette méthode (II).

I. L'utilisation des faits dans la construction de la théorie des nullités

Si certains auteurs ont exploité les faits pour construire une théorie générale des nullités, c'est pour y trouver un critère de distinction des nullités plus précis (1), mais aussi les moyens de limitation des effets de la nullité (2).

1. La recherche du critère de distinction des nullités dans les faits

Même des auteurs classiques, qui sont pourtant censés avoir été indifférents aux faits, ne les excluent pas dans la théorie des nullités²³¹⁷, car ces faits permettent de rendre plus précis le critère lié au but de la loi (a) pour distinguer les nullités (b).

²³¹⁵ C'est ainsi que la doctrine a découvert le concept d'abus de droit en se fondant sur la régression de l'individualisme dans la société. Ce qui permet de sanctionner l'abus de droit qui est une utilisation égoïste d'un droit ; car les droits ne sont plus donnés à des fins individualistes. (D. Deroussin, « Jossierand : le droit comme science sociale ? », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), op. cit., p. 64).

²³¹⁶ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 132.

²³¹⁷ Ainsi Bourgeon sans appliquer les faits, en tient compte en estimant qu'il n'y a pas « dans le Code des règles générales sur l'inexistence des actes juridiques, il ne faut pas s'en étonner, car le législateur est rarement en avance[...]S'il surgit en effet dans la société quelque besoin nouveau à satisfaire, ce besoin saura bien se manifester[...] » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 196). Quant à Mortet, il semble tenir compte aussi des faits, en estimant que si « La logique est la même dans tous les temps et dans tous les pays [...] Au contraire l'ordre public, qui est la constitution morale [...] varie nécessairement avec le temps et la société. » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p.155 ; *Rapp* : J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., p. 123). J. L. Halpérin a montré que Demolombe aussi a fait une « observation attentive des mœurs et des besoins de la société[...] » (J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 67).

- b. La recherche d'un critère précis dans les faits pour rendre plus précise la notion d'ordre public

582. Dans la théorie moderne des nullités, il est très difficile de distinguer la nullité absolue de la nullité relative²³¹⁸. – En effet, dans cette théorie, ces deux nullités sont distinguées par l'opposition entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction²³¹⁹. Or, cette notion d'ordre public ne peut pas être définie par la loi à l'avance ; elle dépend des mœurs. Aussi, Colin et Capitant ont-ils estimé que s'il est difficile de définir l'ordre public, c'est parce que c'est « une notion qui traduit la prééminence des intérêts sociaux sur les volontés individuelles ; ce ne peut être qu'une notion souple, car elle doit s'adapter à la complexité des intérêts sociaux et à la multiplicité des formes des activités individuelles, et tenir compte des changements qui peuvent à tout moment se produire dans l'importance respective des besoins de défense sociale ou de la nécessité qu'il y a reconnaître aux individus une plus ou moins large autonomie. La loi, formule générale et par conséquent trop rigide, ne peut procéder elle-même à cette adaptation »²³²⁰. Ce qui peut expliquer l'utilisation des faits sociaux, par certains auteurs, pour préciser cette notion d'ordre public afin de trouver le critère de distinction des nullités.

583. L'ordre public peut d'autant plus se définir par les faits sociaux qu'il est assimilé aux bonnes mœurs par le législateur dans l'article 6 C. civ. – Ainsi, Colin et Capitant ont procédé de la sorte en assimilant eux aussi, comme le législateur, cette « notion de bonnes mœurs à celle d'ordre public [...] dont elle n'est en réalité qu'un des aspects. »²³²¹. Toutefois cette assimilation pourrait être relativisée. En effet, selon l'article 6 C. civ. ce sont les lois qui concernent les bonnes mœurs qui sont dans l'ordre public mais pas les bonnes mœurs. Cependant, pour Carbonnier, « l'a. 6 ne doit pas être pris à la lettre : ce n'est pas seulement aux lois intéressant les bonnes mœurs qu'il est interdit de déroger, c'est aussi aux bonnes mœurs directement, alors même qu'elles ne seraient pas consacrées dans un texte. [...] D'où la variabilité de la notion »²³²². Pour illustrer cette affirmation, il a montré que si les libéralités

²³¹⁸ Cf. *Supra*, n° 176 et s.

²³¹⁹ Cf. *Supra*, n° 178.

²³²⁰ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., n° 12.

²³²¹ *Idem*

²³²² Mais l'article 1133 C. civ. ne parle pas des lois relatives aux bonnes mœurs, mais des bonnes mœurs (J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^e éd, op. cit., tome IV, p. 137).

faites aux concubins étaient nulles, elles ne le sont plus, ce bien avant la loi de 1999 reconnaissant le concubinage²³²³.

Ce qui explique cette évolution de la jurisprudence, c'est le changement des mœurs, car le concubinage est entré dans les mœurs. Aussi, D. Deroussin a-t-il estimé que la licéité de l'objet ou de la cause peut dépendre des mœurs²³²⁴. Donc si l'ordre public est assimilable aux mœurs, on peut utiliser, comme le sociologue, les faits pour définir cet ordre public, pour donner un critère de distinction aux nullités, car « la sociologie s'occupe des mœurs »²³²⁵. Ce qui crée une jonction entre le droit et la sociologie. Ce lien peut permettre, à ceux qui utilisent l'ordre public comme critère de distinction des nullités, d'utiliser les faits pour bien distinguer ces nullités.

b. L'utilisation du critère tiré des faits pour distinguer les nullités

Si Lutzesco a ouvertement utilisé les faits pour distinguer les nullités ²³²⁶(ii), bien avant lui, Drogoul et Japiot avaient déjà fait usage de ces faits dans la distinction des nullités (i).

i. *L'utilisation des faits pour distinguer les nullités chez Drogoul et Japiot*

584. Japiot n'a pas fait mystère que, pour tenter d'élaborer sa théorie générale des nullités, l'utilisation des faits était nécessaire car « pour être générale, la théorie des nullités doit avoir pour base, une observation très large des faits. »²³²⁷ Pour mettre en pratique cette idée, il a estimé que la question de « [...] savoir si la nullité peut être couverte, même partiellement, par les prescriptions de droit commun, ne doit pas être résolue à l'aide de la

²³²³ Pour Carbonnier, il est remarquable que « dans la pratique française, la notion de bonnes mœurs n'ait guère été envisagée que par rapport à la morale sexuelle, alors qu'en Allemagne la clause correspondante (§ 138, 826 B. G. B.) a servi à tout autre chose, et notamment à la répression de l'abus de droit, de la lésion, etc. » (*Idem*, p. 140).

²³²⁴ Pour le Pr. Deroussin, « l'appréciation du caractère licite ou moral de l'objet ou de la cause de l'obligation varie selon les époques et les sociétés. Elle est éminemment contingente. L'évolution des mœurs, dans une même société, conduira par exemple à condamner à un moment donné un contrat comme portant sur un objet illicite pour le valider quelques années plus tard » (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 375).

²³²⁵ J. Carbonnier, « Droit privé et sociologie », in *Jean Carbonnier 1908-2003 : Ecrits*, (Dir R. Verdier), op. cit., p. 969.

²³²⁶ G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 1.

²³²⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 348.

distinction des nullités absolues et des nullités relatives [...] elle doit être résolue à l'aide d'un critère qu'il faut chercher plus près des faits eux-mêmes [...] »²³²⁸.

Mais il n'a pas été le premier à recourir aux faits, dans sa théorie des nullités, pour trouver un critère de distinction. Drogoul l'avait déjà fait avant lui, pour plutôt constater l'absence de critère. En effet, pour lui, en parlant de l'interprète, « Quand un procès en nullité se présenterait [...] il n'aurait nul besoin de se creuser la tête pour qualifier cette nullité et tirer *a priori* de cette qualification les conséquences que la doctrine lui donne. Il n'aurait qu'à se mettre en présence des faits [...] »²³²⁹. Ce qui revient à dire que pour lui, les faits peuvent permettre de qualifier, *a posteriori*, la nullité d'absolue ou relative et donc de distinguer les nullités. Mais il ne parviendra jamais à distinguer ces nullités en partant des faits. En effet, sa théorie va sombrer dans la casuistique²³³⁰, même si son but était de construire une théorie générale, car le titre de sa thèse était intitulé : *Essai d'une théorie générale des nullités*²³³¹.

Donc, on peut dire que ces deux auteurs ont certes utilisé les faits dans leur théorie, mais ils n'ont pas précisé en quoi ces faits influent réellement sur la distinction des nullités. Ce que va faire Lutzesco en associant ces faits à l'ordre public.

ii. L'utilisation des faits dans la distinction des nullités chez Lutzesco

585. **Pour Lutzesco**, « la théorie des nullités »²³³² ne doit pas « [...]trop s'éloigner des nécessités sociales qui se font jour dans une société vivante »²³³³. Ce lien entre la nullité et les faits se fait par le critère de distinction des nullités. Pour lui, ce critère pourrait être recherché directement dans les faits, car « [...]la nullité a toujours [...]eu la difficile charge de mettre d'accord le but poursuivi par les contractants avec le but ou les buts de l'organisme social[...]Mais pour mieux correspondre aux nécessités du milieu, et pour mieux s'adapter à leur incessante variabilité, elle a renoncé à s'appuyer d'une manière exclusive sur les dispositions de la loi[...]Ayant donc la même orientation que l'ordre public, elle en subira les

²³²⁸ *Idem*, p. 866.

²³²⁹ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 265.

²³³⁰ Cf. *Infra*, n° 675.

²³³¹ *Idem*

²³³² G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., pp. 2, 400.

²³³³ Pour Lutzesco « le droit est une science sociale, il vit par la société et pour la société, il se développe et suit son rythme [...] la théorie juridique, combinaison de l'ordre légal et de la pratique, ne pourra pas se soustraire, elle non plus, à ces règles issues, pour ainsi dire, du milieu social. » (*Idem*, pp. 2, 256).

mêmes conséquences : elle aura tantôt une source légale, tantôt une source extra-légale[...] »²³³⁴ .

Ce qui revient à dire que dans la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative, il pourrait être fait appel à l'évolution des mœurs, pour savoir si telle règle est d'ordre public de protection ou de direction, car cet ordre public est influencé par l'évolution de ces mœurs. Cela permettrait, de surmonter l'impossibilité de trouver une véritable frontière entre l'ordre public de protection et de direction, pour mieux distinguer les nullités absolue et relative afin de construire une théorie qui est valable pour tous les contrats²³³⁵. D'autres auteurs recourent également aux faits, non pas que pour distinguer les nullités, mais aussi pour limiter les effets de ces nullités.

2. La recherche d'un moyen de limitation des effets de la nullité dans les faits

586. Le principe de la *culpa in contrahendo* n'est pas compatible avec la théorie classique des nullités²³³⁶. – Pour trouver une justification à ce principe, Saleilles a fait appel aux exigences sociales qui peuvent justifier la limitation des effets de la nullité, en estimant que « Le droit est créé par un lien de concordance avec les exigences sociales [...] la volonté n'est un instrument de création juridique que dans la mesure où elle s'adapte à ces nécessités [...]et, parmi ces exigences, se trouve la nécessité de se porter garant de toute nullité[...] »²³³⁷. Ce qui revient à dire que, pour lui, la *culpa in contrahendo* est permise par des exigences sociales, qui ont limité les effets de la nullité, pour donner un fondement contractuel à la responsabilité de celui qui est à l'origine de cette nullité.

587. On retrouve la même limitation des effets de la nullité, par les exigences sociales, chez Japiot aussi. – En effet, pour lui, « le théoricien ne doit pas travailler pour lui-même, mais en vue de la pratique ; la théorie doit s'inspirer très intimement des faits, des besoins de

²³³⁴ Pour lui « Chercher à poser aux nullités des bornes inchangeable ou à déterminer l'allure exacte des éléments de la notion d'ordre public, ce serait leur ravir toute possibilité d'adaptation aux nécessités sociales, ce serait faire du droit une science abstraite et dépourvue de tout sens des réalités, ce serait méconnaître son caractère social. » (*Ibid*, pp. 396, 397, 400).

²³³⁵ Cf. *Supra*, n° 178.

²³³⁶ Cf. *Supra*, n° 430.

²³³⁷ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 351.

la vie réelle, sans quoi elle risque de s'égarer dans l'abstraction pure »²³³⁸. Par conséquent, il a estimé que si la nullité « semble trop mal adaptée au milieu où elle aurait à fonctionner : mieux vaudrait alors tolérer l'efficacité comme un moindre mal »²³³⁹. Ce qui revient à moduler les effets de la nullité par les faits sociaux. Mais cette soumission des actes juridiques aux exigences sociales est critiquable.

II. Les limites des faits dans la construction de la théorie générale des nullités

Si l'utilisation des faits sociaux dans la construction des théories juridiques a été critiquée par plusieurs auteurs²³⁴⁰, c'est parce que pour eux, les faits ne peuvent pas être des normes²³⁴¹ (1) s'ils ne passent pas par le filtre des autorités compétentes pour créer ces normes (2).

1. Les faits ne sont pas des normes

L'utilisation des faits par les juristes risque de les assimiler aux sociologues²³⁴², car comme l'a montré Carbonnier dans le domaine des nullités (b), ces faits ne déterminent pas toujours le droit (a).

a. Les faits ne déterminent pas toujours le droit

588. L'utilisation des faits dans le droit postule qu'il y a toujours une corrélation entre ces faits et les normes juridiques. – Or, cette corrélation n'existe pas toujours²³⁴³. Pour

²³³⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 169.

²³³⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, loc. cit., p. 41. Pour de la Pradelle « la sanction doit épouser étroitement les contours des relations sociales qu'il faut recouvrir[...] » (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 8).

²³⁴⁰ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., p.106.; J. Carbonnier, *Ecrits*, op. cit., p. 973.

²³⁴¹ C'est pour cette raison que Josserand qui « [...] voit dans le droit un produit de la société, nous met en garde cependant contre la tyrannie des faits » (D. Deroussin, « Josserand : le droit comme science sociale ? », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), op. cit., p. 63).

²³⁴² E. Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 57.

²³⁴³ C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit aux faits », *D.* 1977. 251 ; Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 291.

illustrer cette absence de corrélation, systématique, entre les réalités sociales et les normes, des juristes américains de l'école de droit de Stanford, comme R. W. Gordon, se sont livrés à « [...] des études comparatives montrant que des conditions économiques et sociales apparemment similaires [...] ont produit en fait des réponses juridiques radicalement différentes [...] »²³⁴⁴. Ainsi, bien que l'Europe occidentale et l'Amérique du nord aient des systèmes économiques, relativement, similaires, cette similarité n'a pas induit l'adoption de règles d'organisation des sociétés anonymes qui sont proches²³⁴⁵. Ce qui prouverait l'absence de corrélation systématique entre les faits et le droit.

Pour autant « la clé d'explication des disparités des droits nationaux inspirés, pourtant, par les mêmes causes économiques et sociales »²³⁴⁶ se trouve sans doute dans la liberté, du choix des moyens, laissée aux pays pour répondre à ces causes et non dans l'absence de corrélation entre les faits sociaux et les normes juridiques. Par conséquent, on ne peut pas dire que les faits n'influent pas sur le droit, mais ce n'est pas à la doctrine qu'il revient d'intégrer cette influence, mais, comme l'a montré Carbonnier sur les nullités, cette tâche revient aux autorités.

b. La mise en évidence par Carbonnier de l'indifférence du droit aux faits dans les nullités sanctionnant la publicité trompeuse

589. Les positivistes, comme Kelsen, ont toujours tenu à distinguer, le *sein* (l'être, le fait) et le *sollen* (le devoir, le droit)²³⁴⁷ en montrant une frontière stricte entre les deux. – Ce qu'illustre parfaitement Carbonnier ici. Pour lui, on ne peut pas partir des faits pour trouver le droit, car « le droit ne se dissout pas dans les faits. Il y a [...] des phénomènes sociaux qui restent considérés à un certain moment[...]en dehors du droit et qu'il ne servirait à rien de vouloir faire entrer de force dans le droit. Il y a des zones étrangères au droit dans les phénomènes sociaux »²³⁴⁸. Pour illustrer cette critique, il recourt à un exemple relatif aux

²³⁴⁴ R. W. Gordon, « Histoire critiques du droit », in *Ecrire l'histoire du droit : Réflexions méthodologiques*, (Dir F. Michaud), op. cit., p. 41.

²³⁴⁵ *Idem*, p. 50.

²³⁴⁶ D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., p. 23.

²³⁴⁷ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 299.

²³⁴⁸ J. C. carbonnier, *Ecrits*, op. cit., p. 976.

nullités. Pour lui, l'idée selon laquelle « les pratiques modernes de la publicité imposent un traitement tout différent de l'action en nullité »²³⁴⁹ est plus affirmée que démontrée.

Donc pour lui, les faits, à eux seuls, ne peuvent pas modifier le régime des nullités ; il met même en garde contre cette technique d'interprétation, en estimant qu'avec cette technique, « quand la loi vous est défavorable, vous montrerez qu'elle est inadaptée aux transformations sociales ; la critique sociologisante peut devenir un leitmotiv dispensant d'appliquer ou même de bien connaître le droit positif »²³⁵⁰. En fin pour lui, la sociologie doit étudier l'effectivité des normes²³⁵¹. Cependant, il n'exclut, toutefois, pas que les faits puissent influencer le droit, à condition qu'ils ne soient pas imposés par la doctrine mais par les autorités.

2. Il faut que ces faits passent par le législateur ou par la jurisprudence

Si les faits peuvent déterminer les normes, c'est par l'intermédiaire du législateur (a) ou du juge que cette influence doit passer. Ce qui crée un risque de casuistique chez les auteurs qui utilisent directement les faits dans la théorie des nullités (b).

a. La légitimité de l'intégration des faits par des enquêtes à des fins législatives

590. Les critiques de Carbonnier n'excluent pas l'influence des faits sur le droit, mais cette influence doit passer par le filtre du législateur. – Déjà, avant le vote du Code civil, Portalis s'est-il demandé « que doit faire le législateur [...] Il doit consulter les mœurs, le caractère, la situation politique et religieuse de la nation qu'il représente »²³⁵². Carbonnier aussi semble aller dans ce sens, en estimant qu'il « est une utilité de la sociologie pour le droit [...] il existe surtout une application de la sociologie à l'activité législative. Il s'agit des enquêtes d'opinion menées à des fins législatives »²³⁵³. C'est le meilleur moyen d'intégrer les

²³⁴⁹ *Idem*, p. 975.

²³⁵⁰ *Ibid*; Voir aussi: H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, 7^{ème} éd, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1990, p. 40 et S.

²³⁵¹ J. C. carbonnier, *Ecrits*, op. cit., p. 976.

²³⁵² J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 28.

²³⁵³ J. C. carbonnier, *Ecrits*, op. cit., p. 979. Ainsi la loi du 13 juillet 1965 reformant les régimes matrimoniaux, a été précédé par des enquêtes sociologiques sous forme de questionnaires diffusés auprès des notaires (J. Revel, *Les régimes matrimoniaux*, 2^è éd, Paris : Dalloz, 2003, p. 13).

faits dans le droit, car ce n'est pas à la doctrine de le faire, comme le souhaitait Gény²³⁵⁴. Mais la jurisprudence aussi peut jouer ce rôle, surtout en ce qui concerne les nullités.

b. La légitimité de l'intégration des faits par la jurisprudence

591. Pour rendre une décision, sur une question de société, le juge n'est pas insensible à l'évolution des mœurs²³⁵⁵. – Aussi, Gaudemet a estimé que « La jurisprudence a été, depuis le Code civil, l'agent createur essentiel, l'élément vital du droit, le courant de réalité vivante qui circule sous l'apparence des systèmes rigides, assurant la réaction des lois sociales naturelles contre les formules mortes »²³⁵⁶. Donc ceux qui estiment que le critère de distinction des nullités pourrait être trouvé dans l'évolution des mœurs, peuvent trouver là un argument solide. En effet, les juges aussi font partie de la doctrine²³⁵⁷.

Cependant, cette affirmation doit être relativisée, parce que l'article 5 C. civ. interdit aux juges de prendre des décisions de portée générale. Donc, contrairement au législateur, ils ne peuvent décider qu'au cas par cas. Par conséquent, si les faits pénètrent les nullités par le juge, le risque est de tomber dans la casuistique. Au demeurant, même Drogoul n'excluait pas cette casuistique, si on utilise les faits dans la théorie des nullités. En effet, pour lui, si on utilise les faits dans la distinction des nullités, chaque « [...] cas particulier en litige [...] »²³⁵⁸ aurait un régime spécifique. Ce qui est contraire à l'idée de théorie, dont le but est de systématiser

592. D'ailleurs Japiot, après avoir utilisé les faits, a pris conscience de ce risque créé par eux²³⁵⁹. – Ainsi, il a cherché à l'éviter en estimant que « si l'on s'en tient à l'observation des faits, l'on est conduit à faire œuvre exclusivement descriptive[...]le principe de la libre

²³⁵⁴ Cf. *Supra*, n° 580.

²³⁵⁵ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 133.

²³⁵⁶ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 53.

²³⁵⁷ Si les Professeurs constituent la quintessence même de la doctrine, il n'en reste pas moins que certains praticiens ont joué un rôle dans la doctrine. Parmi ces praticiens on peut citer Murlon et Delsol, Merlin de Douai, Duvergier, Pont et Troplong, Marcadé et Josserand[...]Les rapports annuels de la Cour de cassation contiennent des œuvres d'une qualité doctrinale indiscutable

²³⁵⁸ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 265.

²³⁵⁹ Pour Gaudemet, Gény a évité ce risque en cherchant à « intégrer dans l'ordre juridique la vie sociale avec sa mobilité changeante et fuyante, et de garder pour tant à la règle de droit ce caractère ferme, précis, normatif, sans quoi elle cesse d'être un principe directeur pour devenir un simple résumé d'observations sociologiques. » (E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 189).

recherche est de nature à détruire entièrement la cohésion des théories juridiques [...]»²³⁶⁰. Malgré cette lucidité, et parce qu'il a utilisé les faits lui aussi, Japiot n'a pas échappé à la casuistique dans la construction de sa théorie des nullités²³⁶¹. Donc utiliser les faits pour distinguer les nullités, c'est prendre le risque de se substituer au législateur où de tomber dans la casuistique si on veut éviter ce risque. On touche ici les limites des sources non étatiques dans la construction de la théorie générale des nullités. Mais même les sources étatiques n'ont pas pu permettre la construction d'une théorie générale des nullités.

§ 2. L'utilisation des sources étatiques dans la construction de la théorie générale des nullités

593. Comme un système général des nullités n'existe pas dans le Code civil, il a été montré dans le paragraphe précédent que certains auteurs ont utilisé des sources non étatiques pour chercher cette théorie. – Ce qui ne veut pas dire que la doctrine a totalement ignoré les sources étatiques. Certes, les sources utilisées sont souvent des sources périphériques de l'Etat, car issues d'Etats étrangers (A) ou de textes encore en phase embryonnaire, comme les débats parlementaires (B). Mais, dans certains cas, on a même utilisé des dispositions spéciales du Code civil pour les généraliser (C).

594. L'utilisation de ces sources étatiques, surtout celles venant du Code civil, aurait dû permettre à ces auteurs de construire une théorie générale des nullités qui reflète le droit positif. – Mais, il sera démontré dans ce paragraphe que cette utilisation n'a pas permis de construire une théorie générale des nullités. En effet, les auteurs qui ont voulu construire une théorie générale des nullités l'ont construite *a priori* ; ils sont allés ensuite trier, parmi les dispositions spéciales, celles qui confortent cette théorie générale, et ils ont occulté les autres. C'est ce biais méthodologique qui a rendu la théorie générale des nullités non conforme au droit positif.

²³⁶⁰ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, loc. cit., pp. 3, 4. G. de la Pradelle a montré les difficultés de systématiser les faits, en estimant que «la réalité sociale oppose à la spéculation intellectuelle une résistance indéniable ; mais on sait que le droit ne peut se former sans recourir aux constructions théoriques » (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 15).

²³⁶¹ Cf. *Infra*, n° 681.

A. L'utilisation du droit comparé dans la construction de la théorie générale des nullités

595. **Les lois sont le fruit de dynamiques sociales, propres à chaque société**²³⁶². – Aussi, elles ne peuvent pas être les mêmes partout, malgré le rêve universaliste d'un droit naturel universel et valable pour tous les peuples²³⁶³, chaque société produit ses propres normes²³⁶⁴. Dans l'ancien droit, c'était au sein même du pays que les coutumes étaient diverses²³⁶⁵. Le Pr. L. A. Barrière a montré que le droit comparé sert justement à étudier et à comparer ces divers droits²³⁶⁶. C'est ce qu'a montré Y. M. Laithier, en estimant que la « comparaison facilite [...] la compréhension du droit d'autrui »²³⁶⁷. Mais pour Lambert, le droit comparé ne sert pas qu'à étudier les systèmes étrangers²³⁶⁸; il sert aussi au juriste à comprendre son propre système, voire à l'améliorer²³⁶⁹.

Parce qu'il est immergé dans son propre droit national, certains mécanismes, aux yeux du juriste, peuvent paraître aller de soi. Ce qui exclut toute interrogation à leur sujet. Or, en comparant le système national à d'autres systèmes, qui utilisent un autre mécanisme pour répondre au problème auquel un mécanisme national répond, il se rendra compte de la contingence de ce mécanisme²³⁷⁰. C'est pour cette raison que le droit comparé permettra de déceler des « [...]réalités non perçues de l'intérieur du système observé »²³⁷¹, car « [...]grâce à la comparaison, le juriste perçoit mieux ce qui est original, ce qui est constant, ce qui résiste

²³⁶² Cf. *Supra*, n° 580.

²³⁶³ G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Pref. D. Gutmann, op. cit., pp. 33 et 411.

²³⁶⁴ Ce qui est du selon Montesquieu, au fait que les lois révèlent « la manière de penser d'un peuple » (Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 5.); *Contra* : Cependant en ce qui concerne les droits de l'Homme, on assiste à un début d'universalisation; même si des résistances à cette universalisation existent. (R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 19)

²³⁶⁵ Cf. *Supra*, n° 43; D'où l'affirmation de Pascal, selon laquelle « Le juste et l'injuste changent de qualité en changeant de climat » (Guy Canivet, « Préface », in *Juges et universitaires face au droit comparé : histoire des trente-cinq dernières années*, Paris : Dalloz, 2006, p. 1).

²³⁶⁶ Louis-Augustin Barrière, « Comparaison et histoire : convergence ou concurrence des méthodes? » Université Jean Moulin Lyon3 : *Séminaire sur la Comparaison dans le droit qui a eu lieu le Mardi 9 avril 2013*.

²³⁶⁷ Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 15.

²³⁶⁸ B. G. Tedeschi, «Edourd Lambert : le rôle du droit comparé dans l'unification du droit », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), Paris : Ed la mémoire du droit, 2007, p. 241.

²³⁶⁹ Pour Y. Laithier, « l'objectif du droit comparé est de découvrir les identités qu'elles soient aisément perceptibles ou cachées derrière la variété des définitions savantes. L'objectif est encore, et peut-être surtout, de mettre au jour les véritables différences, parfois dissimulées par l'utilisation de définitions communes. Le comparatiste doit s'efforcer de comprendre l'étendue exacte de ces différences, leurs causes ainsi que leurs effets » (Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 15).

²³⁷⁰ Ainsi si en droit français les conditions de formation des contrats sont sanctionnées par la nullité, les conditions de formation des sociétés ne sont pas sanctionnées par la nullité par tout. (Cf. *Infra*, n° 710).

²³⁷¹ Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 15.

aux changements, ce qui est latent et ce qui reste peu ou mal exploré dans son propre droit[...]»²³⁷².

596. Aussi, l'étude du droit comparé peut permettre, en plus de la connaissance du droit étranger, l'importation de certaines notions étrangères. – Ainsi, comme l'ont montré Capitant²³⁷³ et Saleilles, « [...] il n'y a que profit à retirer des données du droit comparé [...] quand on les aura analysées [...] il pourra ressortir de la toute une mise au point et toute une transformation de notre droit français »²³⁷⁴. Ce qui s'illustre parfaitement chez Demogue, qui s'est inspiré des droits allemand et italien, pour introduire, en France, la distinction entre l'obligation de moyens et de résultat²³⁷⁵. Ce qui montre que l'amélioration, ou la correction des lacunes du droit national, peut passer par l'imitation des systèmes étrangers²³⁷⁶.

597. On peut utiliser le même procédé dans la construction de la théorie générale des nullités aussi. – Cette théorie n'existant pas dans le droit français, il serait possible de s'inspirer du droit étranger pour l'élaborer, comme on l'a fait pour les nullités partielles²³⁷⁷. C'est ce qu'a fait Planiol dans sa construction des théories générales. En effet selon Ph. Jestaz et C. Jamin, Planiol prend « [...] en considération [...] l'histoire et le droit comparé [...] » A partir de ce matériau, Planiol va élaborer expressément des théories générales [...] »²³⁷⁸. Toutefois, une telle utilisation du droit comparé ne sera pertinente que si les systèmes étudiés sont proches²³⁷⁹. Si ces systèmes sont proches, en les étudiant, on pourrait découvrir qu'ils ont un fond commun²³⁸⁰. C'est au demeurant ce qu'ont montré Colin et Capitant²³⁸¹. Ce fond

²³⁷² *Idem*

²³⁷³ *Ibid*

²³⁷⁴ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. VIII; E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 125.

²³⁷⁵ Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 18 ; Pour Demogue cité ici par D. Deroussin, le droit comparé ouvre « un champ d'observation tout nouveau qui lui permettant d'éprouver la valeur et la solidité des constructions doctrinales, de les modifier, et d'en introduire de nouvelles pourvu qu'elles soient en harmonie avec l'ensemble du Droit interne ». C'est ce qu'il a fait avec l'obligation de moyens et de résultat. (D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., p. 35). D. Deroussin a montré que les obligations de moyens étaient de résultat existaient dans l'ancien droit français (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 60).

²³⁷⁶ Pour Y. Laithier, « L'amélioration du droit national passe donc par l'imitation du droit étranger. Le processus d'imitation est le plus souvent initié par la doctrine » (Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 18).

²³⁷⁷ Cf. *Supra*, n° 450.

²³⁷⁸ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 150.

²³⁷⁹ D. Deroussin, « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », op. cit., n° 11.

²³⁸⁰ Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 12.

²³⁸¹ Pour Colin et H. Capitant, on peut « tirer de l'étude des législations étrangères, et de leur voir aussi souvent avec la nôtre, les grandes lignes d'un Droit commun [...] » (A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 38; voir aussi Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 10).

commun, selon Lambert²³⁸² et René David, serait dû à l'origine commune des systèmes étudiés²³⁸³.

598. C'est ce qu'ont fait les auteurs qui ont voulu construire une théorie générale des nullités à partir du droit comparé. – Ces auteurs ont étudié les différents systèmes des nullités dans les pays occidentaux en y cherchant un fond commun sur ces nullités²³⁸⁴. A partir de ce fond commun, ils ont cherché à construire une théorie générale des nullités (I). Ce qui, la aussi, est critiquable (II).

I. L'utilisation de la diversité des systèmes juridiques pour construire une théorie générale

Après avoir étudié le système des nullités des différents ordres juridiques (1), certains auteurs ont cherché à construire une théorie générale des nullités à partir des constantes qui se dégagent de l'étude de ces divers droits (2).

²³⁸² Toutefois, Lambert n'ignorait pas les autres droits extra européens (O. Moréteau, «Ed. Lambert et l'enseignement du droit comme science sociale et comparative », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), op. cit., p. 199 et s ; voir aussi T. Kirat, «La méthode de jurisprudence comparative d'Edouard Lambert et son destin tragique », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), Paris : Ed la mémoire du droit, 2007, p. 214 et s).

²³⁸³ Pour Lambert, ce fond commun, c'est le droit romain, car pour lui « Le droit comparé nous montre ce que le droit romain est devenu dans les différents pays où il a reçu[...]» René David est allé dans le même sens ; (P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 2). Pour Lambert « On ne saurait bien comprendre le fonctionnement actuel d'une institution de droit privé et les divergences de réglementation dont elle est l'objet selon les pays, sans profiter de la lumière fournie par le Voir aussiochement des origines de cette institution et des formes successives qu'elle a revetues avant de prendre sa physionomie présente »(P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 3.)

²³⁸⁴ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 6. Mais Demogue ne s'est pas limité aux droits occidentaux dans sa théorie des nullités, il a aussi étudié le droit tunisien et marocain (R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris : Arthur Rousseau, tome II, 1923, pp. 836 à 838). Voir aussi : Il est vrai que dans les systèmes non occidentaux, s'il y a des règles relatives aux nullités, ces règles sont directement inspirées des droits occidentaux. C'est ce qu'a montré K. Mbaye, en disant que les règles des nullités en Afrique noire francophone, sont les mêmes que les règles françaises. Ce qui donne la même origine aux droits occidentaux et les autres (K. Mbaye, « Le destin du Code civil en Afrique », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz & Litec, 2004, p. 531).. En ce qui concerne le droit brésilien aussi, on rencontre la même influence occidentale sur les nullités, selon F. P. de Bulhoes Carvalho (F. P. de Bulhoes Carvalho, « La théorie de l'inefficacité des actes juridiques selon le droit brésilien » , in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV, pp. 579-582). Quant au droit musulman, il est plus original, car selon Chehata, dans ce droit, on distingue le *but'il* et le *fasid*. Mais ces deux concepts recourent l'opposition entre l'inexistence et l'annulabilité (C. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Préf. I. Fadlallah, (1969), réimp Paris : Dalloz, 2005, pp. 128, 131) .

1. La théorie des nullités dans les différents systèmes juridiques

Pour construire une théorie générale des nullités, à partir des droits étrangers, on a étudié non seulement les systèmes dotés d'un code (b) mais aussi les systèmes dépourvus de code (a).

a. La théorie des nullités dans les systèmes non pourvus de code

Parmi les systèmes dépourvus de code, aussi bien le système anglais (i) que le système américain (ii) ne connaissent pas de véritables théories des nullités.

i. Le système anglais des nullités

599. Dans le droit anglais, comme l'a montré F. Zenati²³⁸⁵, il n'y a pas de tradition universitaire ; c'est le juge qui joue ce rôle²³⁸⁶. – Par conséquent, ce droit n'utilise pas souvent des théories juridiques ; il se limite à la casuistique²³⁸⁷. Ce qui a influencé la théorie des nullités dans ce droit. En effet, comme l'a montré M. Cumyn, il y a une « absence de théorie générale dans le droit de tradition anglaise »²³⁸⁸ en ce qui concerne les nullités. Ainsi, pour distinguer les nullités en droit anglais, il est difficile de trouver un critère fixe.

En effet, dans ce droit, le juge peut juger en équité pour corriger la rigidité et l'injustice de la *Common law*²³⁸⁹. Ces deux sources de droit ont permis d'utiliser l'origine de la règle pour distinguer les nullités²³⁹⁰ : l'acte violant la *Common law* serait « void »²³⁹¹ et l'acte violant

²³⁸⁵ F. Zenati, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, *chron.* pp. 15, 16. ; Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 3, 5, 11, 265, 266.

²³⁸⁶ Pour Y. Laithier, « les traits les plus caractéristiques de la *common law* s'expliquent principalement par l'absence de tradition universitaire comparable à ce qui existe dans les pays d'Europe continentale. Faute de professeur, le droit était entre les mains des juges [...] aujourd'hui encore, en Angleterre, le statut du juge est supérieur à celui du professeur. Par ailleurs l'importance du rôle joué par les juges a forgé la réputation de la *common law* d'être un droit pragmatique et casuistique [...] La *common law* répugna à poser des principes abstraits » (Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 35; voir aussi Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 265 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 153).

²³⁸⁷ D. Deroussin, « Jossierand : le droit comme science sociale ? », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), op. cit., p. 69.

²³⁸⁸ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 11.

²³⁸⁹ Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale de droit civil*, 2^e éd, op. cit., p. 262 ; M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 70, 85.

²³⁹⁰ *Idem*, pp. 6, 7 ; *Conf* : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 331.

l'équité, serait « *voidable* »²³⁹². Mais, à côté de cette distinction, il y a aussi l'inexistence, qu'on appelle « *there is no contract* »²³⁹³. Cette dernière distinction n'est pas forcément fondée sur la différence entre l'équité et la *Common law*. Ce qui rend difficile le classement des nullités dans ce droit anglais²³⁹⁴. C'est pour cette raison que M. Cumyn a estimé qu'il « [...] y aurait[...]un grand intérêt à bâtir une théorie générale des nullités en droit de tradition anglaise.»²³⁹⁵. On retrouve la même absence de théorie dans le droit américain aussi.

ii. Le système américain des nullités

600. Si le système américain, à la différence du système anglais, dispose d'une véritable doctrine à la française²³⁹⁶, cette doctrine n'a pas été capable de construire une théorie générale des nullités. – En effet, comme l'a montré Guggenheim, « il n'existe pas, en droit américain, de théorie qui tente de trouver un critère de distinction généralement valable entre les actes nuls et les actes annulables »²³⁹⁷. Dans ce droit, c'est la casuistique qui règne, puisque si certaines décisions de justice recourent à l'intérêt protégé pour distinguer les nullités²³⁹⁸, d'autres se réfèrent l'état de l'acte. Pour ne rien arranger, à côté de l'état de l'acte et de l'intérêt protégé, on trouve aussi l'équité dans la distinction des nullités. En effet, dans ce droit, on distingue parfois les actes « *void* » des actes « *voidable* » en ayant recours à l'équité, comme dans le droit anglais²³⁹⁹.

C'est ce qui a poussé Guggenheim à estimer qu'il « [...] n'existe pas de critère uniforme pour distinguer un acte nul d'un acte annulable. Tantôt l'acte est considéré comme nul parce qu'un élément essentiel lui fait défaut, et tantôt, malgré l'absence d'un élément qualifié d'essentiel, l'acte est simplement annulable, car il possède une apparence de validité ; tantôt, enfin l'acte est nul ou annulable selon l'intérêt qui est à la base de la règle que viole l'acte invalide »²⁴⁰⁰. Cette absence de critère de distinction exclut toute possibilité de distinguer les nullités dans ce

²³⁹¹ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd., op. cit., p. 513.

²³⁹² *Idem*.

²³⁹³ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 175.

²³⁹⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 331.

²³⁹⁵ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 12.

²³⁹⁶ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., pp. 10, 264.

²³⁹⁷ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 56.

²³⁹⁸ *Idem*.

²³⁹⁹ *Ibid*, p. 58.

²⁴⁰⁰ *Ibid*, p. 61.

droit. Ce qui exclut toute théorie des nullités dans le droit américain, car c'est à « [...] l'occasion de cas particuliers [...] »²⁴⁰¹ que l'on distingue les nullités et non en se fondant sur un critère abstrait. Mais cette casuistique ne se rencontre pas que dans les systèmes dépourvus de code ; on la rencontre même dans les systèmes disposant d'un code.

b. La théorie des nullités dans les systèmes dotés d'un code

Si les systèmes allemand (i), suisse (ii), italien (iii), hollandais (iv) et belge (v) disposent d'un code civil, cela ne veut pas dire que ces systèmes disposent d'une véritable théorie des nullités²⁴⁰². Le seul système qui dispose d'une véritable théorie des nullités c'est le système québécois (vi).

i. Le système allemand des nullités

601. Le droit allemand a été largement influencé par le Code civil français. – En effet, même si la Prusse a élaboré un code civil avant le code français, ce code n'a jamais eu le succès du Code Napoléon²⁴⁰³. En plus de la qualité de ce Code Napoléon, son succès en Allemagne peut s'expliquer aussi par les conquêtes napoléoniennes qui avaient permis l'application de ce code dans une partie de l'Allemagne. Même après ces conquêtes, le Code civil a gardé une véritable influence intellectuelle sur le droit allemand²⁴⁰⁴. Ce n'est qu'en 1900 que le code français a commencé à perdre, progressivement, son influence en Allemagne²⁴⁰⁵, ce qui a créé une certaine proximité entre ces deux droits²⁴⁰⁶.

Cette proximité a suscité des intérêts de part et d'autre. Du côté français, Saleilles a étudié la théorie des nullités dans le droit allemand. Du côté allemand, Zachariae, le père de l'inexistence en France, Savigny se sont intéressés à la théorie des nullités dans le droit français. Sans oublier Windscheid, qui fut, en Allemagne, un des plus grands connaisseurs du

²⁴⁰¹ *Ibid*, p. 56.

²⁴⁰² Certes après le congrès de Vienne, les alliés ont cherché à réduire l'influence de Napoléon en Europe, mais son code a continué à influencer tous les pays cités ci-dessus. (J-L de Sédouy, *Le concert européen : Aux origines de l'Europe 1814-1914*, op. cit., p. 37 ; *Dictionnaire encyclopédique et universel*, op. cit., p. 1651).

²⁴⁰³ En 1794 Un code prussien entra en vigueur mais sans succès. (E. Muller, « Le Code civil en Allemagne : son influence générale sur le droit du pays, son adaptation dans les pays rhénans » , in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 628).

²⁴⁰⁴ *Idem*, p. 630.

²⁴⁰⁵ *Ibid*, p. 638.

²⁴⁰⁶ C. Crome, « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français » , in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., pp. 588 , 589.

droit français, et qui s'était plaint des nullités dans la préface de son livre sur la *Théorie de la nullité des actes juridiques d'après le Code Napoléon*, paru en 1847²⁴⁰⁷.

602. Cependant si les auteurs allemands, comme Windscheid et Savigny, sont très critiques à l'égard de la théorie des nullités dans le droit français, le code allemand n'a pas fait mieux que le code français sur ce point. – Même si une partie « la doctrine allemande »²⁴⁰⁸ a cherché à remédier à cette situation en tentant de construire une « théorie générale de l'invalidité des actes juridiques »²⁴⁰⁹, cette doctrine a été contredite par des règles spéciales²⁴¹⁰. D'où la réticence de cette doctrine à proposer une véritable théorie générale des nullités, à la différence de la doctrine française.

Cette impossibilité, de la doctrine allemande, à proposer une véritable théorie générale des nullités, conforme au code allemand, est due, selon Saleilles, au défaut du code allemand, car « l'art. 141 est le seul texte du Code civil [allemand] exposant les conséquences de la nullité, ou plutôt l'une des conséquences de la nullité [...] il est relativement facile de déduire toutes les autres et d'extraire la conception même que l'on doit se faire de la nullité. Le nouveau Code, en effet, n'a pas jugé qu'il rentrât dans la mission d'une loi proprement dite de donner à cet égard une définition doctrinale [...] Le Code civil[...]a cru que ces définitions rentraient dans le rôle de la doctrine et non dans celui de la loi »²⁴¹¹.

603. C'est pour cette raison que le code allemand ne contient pas de critère de distinction des nullités. – On aurait pu attendre des auteurs allemands qu'ils proposent un critère général, comme l'a fait la doctrine française en proposant l'état de l'acte ou le but de la règle violée. Mais tel n'a pas été le cas chez plusieurs d'entre eux. En effet, après avoir pris conscience de l'absence de définition dans le code, Guggenheim a montré qu'une bonne partie de, « [...]la doctrine allemande ne semble guère s'être préoccupée de la question de savoir quel serait le critère le plus adéquat pour distinguer les actes nuls des actes

²⁴⁰⁷ Pour l'auteur de cette thèse, en parlant des nullités, il a estimé que « La rédaction de ses dispositions[...]ne renvoie que de façon relativement rare à une explication en excluant toute autre ; sa précision si vantée dans l'expression n'est souvent que formelle[...] Il n'est pas qu'on s'aperçoive que le Code n'a eu en vue que tel phénomène particulier d'un acte juridique et qu'il n'a pas su le considérer dans toute son ampleur » (C. Crome, « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 590).

²⁴⁰⁸ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 39.

²⁴⁰⁹ *Idem*.

²⁴¹⁰ Pour lui, « La théorie de l'invalidité des actes juridiques telle qu'elle est reflétée dans la partie générale du BGB se voit contredit sur des points essentiels par des dispositions spéciales [...]» (*Ibid*, pp. 25, 41).

²⁴¹¹ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 324.

annulables[...]La doctrine allemande se montre à vrai dire, dans ce domaine, extrêmement respectueuse de la loi et rattache, contrairement à la doctrine française, la plupart de ses solutions à l'interprétation littérale de cette dernière [...]»²⁴¹². Mais malgré cette absence de critère de distinction dans une partie de la doctrine allemande, Saleilles a estimé que le *BGB* adoptait une distinction des nullités, car il « [...] accepte deux catégories de nullité, ou si l'on veut, d'invalidité, la nullité proprement dite et l'annulabilité [...] »²⁴¹³. Idée que l'on retrouve chez Gaudemet aussi²⁴¹⁴.

604. D'ailleurs, malgré la réticence de plusieurs auteurs allemands, à proposer une théorie générale des nullités, on rencontre chez certains d'entre eux, comme l'ont fait Saleilles et Gaudemet, une tentative de théoriser les nullités allemandes. – Ainsi, Enneccerus-Nipperdey ne distingue-t-il pas, comme Saleilles, l'inexistence de l'annulabilité²⁴¹⁵. Il en est de même chez Manigk qui a opéré le même type de distinction²⁴¹⁶. Toutefois, cette distinction est purement doctrinale, en effet elle ne figure pas dans le *BGB*, c'est au demeurant pour cette raison que Kipp et la majorité des auteurs Allemands ne l'ont pas acceptée²⁴¹⁷. Cette même difficulté se rencontre en droit suisse.

ii. Le système suisse des nullités

605. Là aussi l'influence du Code Napoléon est réelle, car après l'annexion de Genève, c'est le Code Napoléon qu'on y appliqua²⁴¹⁸. – Même après la chute de l'Empire, le traité de Paris du 20 novembre 1815 a permis l'application du Code Napoléon à Genève²⁴¹⁹, ce qui peut expliquer l'influence de la théorie des nullités française sur le code fait par ce pays au début de XX^{ème} siècle. Par conséquent, le code suisse, comme le Code français n'offre pas de critère de distinction des nullités. En effet, selon Guggenheim, « [...]une définition[...]de la nullité ne se trouve pas dans la science juridique austro-allemande[...]ni le CCS ni le CO n'en

²⁴¹² D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 39.

²⁴¹³ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 324.

²⁴¹⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 189.

²⁴¹⁵ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., pp. 31, 41.

²⁴¹⁶ *Idem*, p. 30.

²⁴¹⁷ *Ibid*, p. 27.

²⁴¹⁸ A. Martin, « Le Code civil dans le canton de Genève » , in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 879.

²⁴¹⁹ *Idem*, pp. 880, 882.

donnent une définition légale, il s'agira dans chaque cas particulier, de déterminer ce que la loi entend par acte nul»²⁴²⁰.

C'est sans doute pour cela que les auteurs suisses n'ont pas cherché à construire une théorie générale des nullités, mais se sont limités à une casuistique. Ainsi pour Guggenheim, en ce qui concerne « Le critère de distinction entre l'acte nul et l'acte annulable, Von Thur n'examine pas cette question. Il se borne à énumérer les cas de nullité et d'annulabilité des actes juridiques en se fondant sur la loi. »²⁴²¹. Ce qui revient à se limiter à la simple casuistique. Cette absence de critère, qui a poussé les autres membres de la doctrine suisse comme Gouttes, à rejeter toute « [...] classification [en ce qui concerne les nullités] Il est dès lors inutile de tenter de les classer, mais il s'agira dans chaque cas particulier [...] »²⁴²² de trouver une distinction. Ce qui peut expliquer l'absence d'une théorie générale des nullités en droit suisse²⁴²³. La même situation se rencontre en droit italien aussi.

iii. Le système italien des nullités

606. Dans les premières années du XIX^{ème} siècle, c'était le Code Napoléon qui régissait plusieurs parties de l'Italie²⁴²⁴. – Il a fallu attendre 1814 pour que le code cesse d'y être en vigueur²⁴²⁵. Néanmoins, il continua à exercer une influence intellectuelle sur le droit italien. Aussi, en 1865, quand les Italiens décident de se doter d'un code, ils s'inspirent largement du Code civil français²⁴²⁶. En effet, « le *Code civil* italien de 1865 avait été élaboré en partie sur le modèle du *Code civil* français »²⁴²⁷. Cette influence se retrouvera même lors du vote du second code italien en 1942²⁴²⁸. Dans tous ces codes, le régime des

²⁴²⁰ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 123.

²⁴²¹ *Idem*, p. 120.

²⁴²² *Ibid*, p.123.

²⁴²³ R. Patry, « La nullité en droit commercial suisse », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV, p. 667.

²⁴²⁴ G. P. Chironi, « Le code civil et son influence en Italie », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, pp. 763, 765.

²⁴²⁵ *Idem*, p. 766.

²⁴²⁶ P. M Vecchi, « Catégories juridiques et faux amis : le système des nullités dans les codes civils italiens », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, (Dir M. Boudot et P. M. Vecchi), Poitiers : LGDJ, 2008, p. 99; G. P. Chironi, « Le code civil et son influence en Italie », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 773.

²⁴²⁷ D. Deroussin, « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », op. cit., n° 1

²⁴²⁸ P. M Vecchi, « Catégories juridiques et faux amis : le système des nullités dans les codes civils italiens », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 104.

nullités est très proche de celui des nullités françaises. Par conséquent, selon P. M. Vecchi, en Italie « La théorie des nullités est à peu près la même que la théorie française »²⁴²⁹.

607. Cependant, comme le dernier code italien date de la période de la théorie moderne des nullités, on peut se demander si elle n'a pas été reprise par ce code. – En effet, Japiot, le père de cette théorie, était aussi membre du Comité français de l'union législative entre les nations alliées et amies²⁴³⁰. Après la première guerre mondiale, ce comité, qui avait pour homologue en Italie la Commission pour l'étude des problèmes pour le passage de l'état de guerre à l'état de paix (*Commissione reale per il dopo guerra*), avait justement pour but de rapprocher le droit français et le droit italien²⁴³¹. Même si cette entreprise n'a pas réussi²⁴³², on peut se demander si ses résultats, en ce qui concerne les nullités, n'ont pas été repris par le code italien en 1942.

608. La réponse à cette question est loin d'être facile, parce que, dans le système italien, on ne sait pas si le critère de distinction des nullités est le but de la règle violée ou l'état de l'acte. – Ainsi, le cas où l'objet est illicite et le cas où il est absent sont sanctionnés de la même façon dans ce droit²⁴³³. Par conséquent, Cariota Ferrara et de Santtoro- Passarelli ont estimé que le critère de distinction, des nullités en Italie, c'est l'état de l'acte²⁴³⁴. Mais Trimarchi, s'inspirant de Japiot, a rejeté cette théorie en utilisant l'intérêt protégé comme critère²⁴³⁵.

Cette controverse, entre les tenants de l'état de l'acte et ceux du but de la règle violée, est due au fait que, comme en droit français, on ne précise pas clairement le critère de distinction des deux types de nullité dans le code italien. En effet, toutes les nullités y sont désignées par un terme générique « *negozio* »²⁴³⁶. C'est sans doute pour cette raison que « la doctrine italienne

²⁴²⁹ *Idem*, p. 102.

²⁴³⁰ D. Deroussin, « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », op. cit., n°2.

²⁴³¹ *Idem*, n°3.

²⁴³² *Ibid*, n°4.

²⁴³³ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd., op. cit., p. 510.

²⁴³⁴ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 44 ; D. Deroussin a montré que le système italien n'ignorait pas la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité. (D. Deroussin, « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », op. cit., n° 29).

²⁴³⁵ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 45.

²⁴³⁶ M. Allara, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité en droit civil italien », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV, p. 632 ; P. M Vecchi, « Catégories juridiques et faux amis : le système des nullités dans les codes civils italiens », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 102.

semble [...] d'accord pour rejeter la notion de nullité relative [...] »²⁴³⁷, au profit de la rescision²⁴³⁸. Ce qui laisse entendre qu'il n'y a pas, en Italie, de distinction entre la nullité relative et la nullité absolue. Toutefois, il y a parmi les nullités italiennes, des nullités imprescriptibles (art 1422 C. civ. italien) et non confirmables (art 1423 C. civ.)²⁴³⁹, alors que d'autres peuvent être confirmées. Ce qui laisse entendre qu'il y a plusieurs types de nullité en Italie, même si toutes ces nullités portent le même nom²⁴⁴⁰. D'où la nécessité de donner des noms distincts à ces nullités. D'ailleurs cette difficulté à nommer les nullités n'est pas propre au système italien ; on la rencontre dans le système néerlandais aussi.

iv. Le système hollandais des nullités

609. Le système hollandais des nullités aussi a été largement influencé par le Code Napoléon qui resta en vigueur en Hollande jusqu'en 1829²⁴⁴¹. – Cette influence a été rappelée par Kunst pour qui « ni dans le Code civil français ni dans le *Nederlands Burgerlijk Wetboek* l'acte juridique et la possibilité de nullité de cet acte ne sont réglementés dans un ordre cohérent et régulier »²⁴⁴². Ce qui est dû, selon lui, au fait que, comme la théorie des nullités est vue comme une « [...] matière difficile [...] Dans le Code les nullités restaient disséminées sans plan et en variations diverses. Les conséquences des nullités, de l'annulabilité, de la nullité de droit sont établies sans aucune méthode [...] »²⁴⁴³. C'est pour cette raison que l'on peut dire que dans le système hollandais aussi, il n'y a pas de théorie des nullités, même si Kunst a estimé que dans ce système, il y a « un peu plus de plan que dans le

²⁴³⁷ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 54.

²⁴³⁸ P. M Vecchi, « Catégories juridiques et faux amis : le système des nullités dans les codes civils italiens », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 100.

²⁴³⁹ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3è éd., op. cit., p. 510.; P. M Vecchi, « Catégories juridiques et faux amis : le système des nullités dans les codes civils italiens », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 104.

²⁴⁴⁰ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 43.

²⁴⁴¹ C. D Asser, « Le Code civil dans les Pays-Bas », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp., Paris : Dalloz, 2004, p. 819.

²⁴⁴² M. A. J. M. Kunst, « L'annulabilité, la nullité et l'inexistence des actes juridiques en droit hollandais », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV, p. 638.

²⁴⁴³ A. J. M. Kunst, « L'annulabilité, la nullité et l'inexistence des actes juridiques en droit hollandais », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 639.

Code français [...]»²⁴⁴⁴. Quant au système belge, on peut lui faire le même reproche que celui adressé au système français.

v. Le système belge des nullités

610. Au moment du vote du Code civil français, la Belgique faisait partie de la France, le décret conventionnel du 9 vendémiaire an IV l'ayant incorporée à la France²⁴⁴⁵. – Même après 1830, date de la création de la Belgique²⁴⁴⁶, le Code civil français continua toujours d'y être appliqué²⁴⁴⁷. Ce n'est qu'en 1879 que l'on a demandé à Laurent, juriste belge mais aussi un des pères de la théorie classique des nullités en France, de rédiger un projet de code civil²⁴⁴⁸. Toutefois, ce projet fut abandonné en 1884²⁴⁴⁹.

Après cet échec, le Code civil français est resté en vigueur en Belgique, malgré des modifications, s'agissant des nullités, car la prescription est de dix ans dans tous les cas en droit belge²⁴⁵⁰. Ainsi, comme dans le droit français, « établie de façon empirique, à défaut d'un régime juridique complet prévu par le Code, la théorie des nullités est essentiellement l'œuvre de la doctrine [...] »²⁴⁵¹ en Belgique, car il n'y a pas de théorie générale des nullités dans le Code civil belge²⁴⁵². Mais on ne peut pas en dire autant du système québécois qui a été, lui aussi, influencé par le système français.

vi. Le système québécois des nullités

²⁴⁴⁴ *Idem.*

²⁴⁴⁵ Hanssens, « Le Code civil en Belgique », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 681 ; J-L de Sédouy, *Le concert européen : Aux origines de l'Europe 1814-1914*, op. cit., p. 206 ; *Dictionnaire encyclopédique et universel*, op. cit., p. 163.

²⁴⁴⁶ *Idem.*

²⁴⁴⁷ Hanssens, « Le Code civil en Belgique », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 682 ; Code Napoléon, *Seul texte du Code civil pour la Belgique*, Bruxelles : Librairie Polytechnique D'aug, 1857.

²⁴⁴⁸ F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 2, op. cit., n° 269 et s.

²⁴⁴⁹ *Ibid* ; Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil*, Bruxelles : Bruylant, 1884.

²⁴⁵⁰ M. Dupont, « Nullité absolue et nullité relative », in *La nullité des contrats*, Bruxelles: Larchier Université de Liège, 2006, p. 71.

²⁴⁵¹ *Idem.*, p. 81.

²⁴⁵² M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 561.

611. Le droit québécois est un droit largement influencé par le droit français. – En effet, c'était la coutume de Paris qui régissait une bonne partie du Canada à sa découverte²⁴⁵³. Mais après la fin de la guerre de sept ans (1756-1763)²⁴⁵⁴, cette influence a été rompue au profit de la *Common law*²⁴⁵⁵. L. Bély a même montré que c'est bien avant cette guerre que les anglais ont cherché à limiter cette influence française²⁴⁵⁶. Cependant, malgré cette apparente rupture, une influence intellectuelle est demeurée. Ainsi, le Code Napoléon a beaucoup influencé le législateur québécois lors de la conception du Code du bas Canada en 1865²⁴⁵⁷. Ce code reprend, littéralement l'article 1117 C. civ. français, dans son article 1000²⁴⁵⁸. Aussi, dans les années cinquante, Mandoza, un auteur Québécois, a-t-il estimé que « ce qui se dit du Code de Napoléon se dit à peu près sans restriction de notre Code civil : même obscurité dans le royaume de la nullité. »²⁴⁵⁹

612. Quand en 1991, ce code du bas Canada a été remplacé par le nouveau code civil québécois, une véritable théorie des nullités a été proposée. – C'est le premier code, après celui de la nouvelle Orléans de 1984²⁴⁶⁰, à proposer une véritable théorie générale des nullités en distinguant clairement la nullité absolue de la nullité relative selon le critère lié au but de la règle violée²⁴⁶¹. C'est ce qu'a montré M. Cumyn en estimant que « le législateur québécois semble entériner la théorie du droit de critique en distinguant la nullité absolue et la nullité relative en fonction de la nature de l'intérêt protégé dans le nouveau Code civil Québécois »²⁴⁶².

²⁴⁵³ P. B. Mignault, « Le code civil au Canada », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 725.

²⁴⁵⁴ L. Bély, *La France moderne 1498-1789*, op. cit., p. 532 ; *Dictionnaire encyclopédique et universel*, op. cit., p. 241.

²⁴⁵⁵ Le roi d'Angleterre, George III, voulait soumettre les québécois à la *commun law* mais par l'acte de Québec de 1774, on a maintenu les anciennes coutumes françaises. Aussi une loi de 1791 divisa le pays en deux entre le haut Canada et le bas Canada. Au bas Canada, la coutume de Paris resta en vigueur jusqu'en 1866. (P. B. Mignault, « Le code civil au Canada », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 726).

²⁴⁵⁶ L. Bély, *La France moderne 1498-1789*, op. cit., p. 532.

²⁴⁵⁷ P. B. Mignault, « Le code civil au Canada », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 727.

²⁴⁵⁸ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 30; S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 325 ; Code civil du Bas-Canada, Montréal : C O B & Valois éditeur, 1866.

²⁴⁵⁹ C. Mandoza, « La nullité des contrats », op. cit., vol II, p. 104.

²⁴⁶⁰ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd., op. cit., pp. 512, 513.

²⁴⁶¹ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 47.

²⁴⁶² *Idem*, p. 2 ; *Conf*: C'est sans doute ce que Mandoza a voulu exprimer, en estimant que « Notre propre jurisprudence reste libre de s'inspirer de tous les progrès de la jurisprudence et de la doctrine française. » (C. Mandoza, « La nullité des contrats », op. cit., vol II, p. 119).

Ce qui s'illustre dans les dispositions de ce code. Ainsi selon l'article 1417 C. civ. québécois, la nullité est absolue « lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général »²⁴⁶³. Quant à l'article 1419 C. civ. québécois, il dispose que « la nullité d'un contrat est relative lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection d'intérêts particuliers [...] »²⁴⁶⁴. Ce qui prouve que le système québécois a construit une véritable théorie des nullités qui distingue des catégories générales, valables pour tous les contrats.

613. Le point commun à tous ces systèmes, cités ici, c'est la volonté de sanctionner les conditions de formation du contrat par la nullité. – Mais d'autres auteurs ont voulu aller plus loin en cherchant d'autres points communs, permettant de trouver un critère pour distinguer les nullités afin de construire une théorie générale des nullités.

2. La construction d'une théorie générale des nullités à partir de ces divers des systèmes

614. Pour plusieurs auteurs, l'étude de tous ces droits étrangers permettra de trouver des constantes qui permettront de combler certaines lacunes du droit national. – Ainsi, pour Capitant, le droit comparé « permettra d'éprouver la valeur et la solidité des constructions doctrinales [...] et d'en introduire de nouvelles[...] »²⁴⁶⁵. Aussi, lors des rencontres internationales, portant sur la théorie des nullités, plusieurs auteurs ont exprimé la volonté de construire une théorie générale des nullités à partir du droit comparé.

615. Ainsi, lors des rencontres internationales de Turin, sur la théorie des nullités, organisées par l'association H. Capitant, cette volonté a été clairement exprimée par plusieurs auteurs. – Ces auteurs ont émis le souhait qu'après la confrontation des différents systèmes de nullité, « que cette Conférence, dans ses conclusions, définisse une meilleure classification des nullités des actes juridiques [...] »²⁴⁶⁶. On a exprimé la même volonté en 2007, lors du colloque, sur la théorie des nullités, comparant le système français et le système

²⁴⁶³ C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd., op. cit., p. 511 ; S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 333.

²⁴⁶⁴ *Idem*, p. 333 ; C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd., op. cit., p. 511.

²⁴⁶⁵ D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., p. 35.

²⁴⁶⁶ F. P. de Bulhoes Carvalho, « La théorie de l'inefficacité des actes juridiques selon le droit brésilien », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV, p. 582.

italien. A la conclusion de ce colloque, les organisateurs ont estimé que « [...] la perspective historico-comparatiste qui a guidé ces travaux offre de nombreuses clés [...] pour comprendre nos ordres juridiques respectifs [...] au moyen de concepts que les dogmatiques nationales n'ont pas elles-mêmes forgés »²⁴⁶⁷. Ce qui, là aussi, montre que si certaines catégories de nullité sont absentes du droit national, il serait tout à fait possible de les trouver dans le droit comparé afin de construire une théorie générale des nullités avec ces catégories. C'est cette idée qui a été mise en pratique par certains auteurs.

616. Ainsi, Guggenheim, après avoir étudié les différents systèmes occidentaux, propose-t-il une théorie générale des nullités. – En effet, comme l'a montré Kaufmann, « M. Guggenheim a le grand mérite d'avoir tenté de construire, une théorie générale de l'invalidité des actes juridiques »²⁴⁶⁸. Pour parvenir à un tel résultat, Kaufmann a montré que Guggenheim a utilisé les divers systèmes juridiques²⁴⁶⁹.

616 bis. On retrouve la même méthode chez S. Gaudet aussi. – Dès le début de son travail, il a dit vouloir construire « une théorie vraiment générale des nullités. »²⁴⁷⁰. Pour atteindre ce résultat, il fera « [...] un examen détaillé de l'évolution de la théorie des nullités qui [...] servira à en dégager les éléments fondamentaux [...] »²⁴⁷¹. Cet examen de l'évolution, a consisté à comparer le système français et le système québécois. C'est cet examen qui lui « [...] a permis [...] l'élaboration d'une théorie complète des nullités [...] »²⁴⁷².

617. M. Cumyn aussi utilise la même méthode, afin de trouver un critère général, permettant de distinguer les nullités absolues des nullités relatives. – Pour atteindre cet objectif, elle a comparé les systèmes français, anglais et québécois, afin d'y déceler un critère de distinction des nullités. Ainsi, selon elle, « pour tenter de dégager l'essence même des nullités absolue et relative, nous faisons appel à une analyse à la fois historique et comparée

²⁴⁶⁷ M. Boudot et P. M. Vecchi, *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008, Couverture du document.

²⁴⁶⁸ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. VIII.

²⁴⁶⁹ Pour Guggenheim, la « [...] diversité des modalités de l'invalidité des actes juridiques dans les divers droits invite à la réflexion. C'est d'autant plus le cas que le chercheur, en étudiant le système de l'invalidité dans le cadre d'un système déterminé, n'est pas satisfait des solutions qu'il a trouvées. Il est naturel qu'il essaie ensuite de savoir si d'autres ordres juridiques en ont développé de plus convaincantes. Tel est le motif pour lequel M. Daniel Guggenheim, à la recherche d'une solution adéquate pour le droit suisse, s'est penché aussi sur les droits français, allemand, italien et américain. » (*Idem*)

²⁴⁷⁰ S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 335.

²⁴⁷¹ *Idem*, p. 295.

²⁴⁷² *Ibid*, p. 336.

du droit civil français et québécois, d'une part, et du droit de tradition anglaise[...] »²⁴⁷³. L'utilisation de cette méthode devrait lui permettre de déceler un critère lié à l'équité²⁴⁷⁴. D'où la nécessité de s'interroger sur la pertinence de cette façon de procéder.

II. Les limites de l'utilisation de la diversité des systèmes juridiques pour construire une théorie générale

617 bis. Les distinctions proposées par S. Gaudet ne peuvent pas refléter le droit français, même s'il a utilisé ce droit²⁴⁷⁵. – Cette impossibilité est due au fait que l'unité des différents systèmes juridiques est plus postulée que réelle²⁴⁷⁶. Comme l'a montré Montesquieu, le droit est le résultat d'interactions, issues de dynamiques, propres à chaque société²⁴⁷⁷. Par

²⁴⁷³ Ainsi pour M. Cumyn, « la distinction entre les *void et voidable contracts* du droit de traduction anglaise recoupe pour l'essentiel la décision fondamentale de ce droit en *common law* et *equity*[...]Etonnante coïncidence, la distinction des nullités contractuelles en droit civil tire, elle aussi, son origine de l'opposition entre une juridiction de droit strict et une juridiction d'équité[...]Ces parallèles entre l'évolution historique des nullités dans les deux traductions juridiques nous amènent donc à formuler l'hypothèse que la nullité absolue concerne la légalité du contrat, tandis que la nullité relative concerne l'équité du contrat. Tel sera le fondement de chaque nullité et de la distinction entre elles.» (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, loc. cit., pp. 4, 7).

²⁴⁷⁴ Pour M. Cumyn « Nous sommes partie d'un constat : en droit civil comme en droit de traduction anglaise, les nullités absolues sont issues du droit strict, tandis que les nullités relatives sont issues de l'équité. » (*Idem*, p. 253).

²⁴⁷⁵ Ainsi pour S. Gaudet « les quatre degrés d'inefficacité que nous avons proposés [...] inexistence matérielle, inexistence juridique, annulabilité absolue, annulabilité relative [...] nous semblent constituer un bon point de départ pour fonder une théorie complète et satisfaisante en matière des nullités» (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », op. cit., vol 40, p. 361).

²⁴⁷⁶ Il montre que cette unité est postulée dans le but avoué de construire « une culture juridique européenne commune » (Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 21; *Voir aussi* : Ce qui s'illustre parfaitement dans la théorie des nullités, dans les projets européens (M. Feunteun, « La théorie des nullités au regard des principes du droit européen du contrat de la commission d'Ole Lando », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007* (Dir M. Boudot et P. M. Vecchi), Poitiers : LGDJ, 2008, p. 225; V. Forti, « La théorie des nullités dans le code européen des contrats de Pavie », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, (Dir M. Boudot et P. M. Vecchi), Poitiers : LGDJ, 2008, p. 237). Mais cette unité, si elle se conçoit bien intellectuellement, sa mise en pratique s'est toujours heurtée à la diversité des systèmes juridiques qui semblent pourtant très proches. Ce qui explique sans doute les difficultés de concrétiser les projets européens de codification. Et D. Deroussin a montré que le projet de codification franco-italien s'est heurté au même obstacle. (D. Deroussin, «Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », op. cit., n°2, 45).

²⁴⁷⁷ Selon Montesquieu, les lois révèlent « la manière de penser d'un peuple » (Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 5).. Quant à M. Pédamon, il a montré ici que chez Savigny, le droit est « fonction de l'esprit national » Ce qui fait que ce droit ne peut résulter que de la conscience commune du peuple (*Volksgeist*). D'où son hostilité à l'application du Code Napoléon en Allemagne. (M. Pédamon, « Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, op. cit., pp. 812, 813.). *Conf* : O. Jouanjan, « Présentation », in *L'esprit de l'école historique du droit*, op. cit., p. 14 ; F. C. von Savigny, « Le but de la présente revue », in *L'esprit de l'école historique du droit*, op. cit., p. 27.

conséquent on ne peut pas trouver dans le droit comparé une source de droit²⁴⁷⁸. Ce qui s'illustre aussi bien chez Guggenheim (1) que chez M. Cumyn (2).

1. Guggenheim et la surestimation du fond commun entre les différents systèmes occidentaux des nullités

618. Pour proposer un « Essai d'une théorie generale »²⁴⁷⁹ des nullités à partir d'une comparaison des différents systèmes occidentaux, Guggenheim a postulé l'existence d'un fond commun entre ces systèmes, malgré leur diversité. Ainsi, il a estimé que si on peut opposer à sa théorie, résultant de la comparaison des différents systèmes, « [...] qu'il existe plusieurs systèmes d'invalidités des actes juridiques, qu'ils obéissent forcément à des conceptions différentes, et qu'il est vain de vouloir les comparer pour dégager des traits fondamentaux.[...] C'est ici le lieu d'insister sur la profonde unité du sujet traité. L'invalidité des actes juridiques est un sujet fondamental de tout ordre juridique. Aucun ordre n'est concevable qui ne réglemente les conditions de validité des actes juridiques et par là, les conséquences de la violation de ces règles. Cela signifie que quelle que soit la terminologie utilisée et le nombre des cas traités, l'on se trouvera toujours en présence du même phénomène. Dès lors, peu importe la terminologie utilisée, qui peut être diverse [...] Si une telle diversité [...] peut paraître à première vue un obstacle, elle force à chercher sous la diversité des étiquettes l'unité du phénomène. Elle contraint à ne pas être prisonnier des mots »²⁴⁸⁰.

²⁴⁷⁸ Certains relativisent cette critique de Montesquieu en estimant « que si les lois sont le fruit de circonstances particulières propres à chaque nation, l'influence exercée par ces dernières sur la législation « s'atténue sensiblement de nos jours, en raison non seulement du développement et de l'intensité du commerce international, qui exige des instruments juridiques simplifiés, mais encore de la grande homogénéité des régimes de production et des conditions de vie dans les pays concernés, où les mêmes besoins appellent les mêmes remèdes » Donc pour ces auteurs, « l'unification de certaines matières du droit privé échappe aux obstacles que l'histoire, les mœurs, la politique ou la religion y mettent habituellement. La raison en est simple et souvent répétée comme une évidence par les juristes : le droit des obligations est un droit stable, fixe parce que technique » (D. Deroussin, « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », op. cit., n° 13 ; voir aussi Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 224). Pour relativiser le postulat de l'unité, Y. Laithier a estimé que le droit de chaque société lui est spécifique, car le droit est « [...] le fruit d'une culture et d'une expérience nationales[...] il évolue en permanence, à des rythmes variés, entraînant inévitablement des différences[...] Pour l'ensemble de ces raisons, la comparaison juridique révèle sans peine l'existence à l'étranger de règles qui apparaissent plus originales ou plus adaptées aux besoins économiques ou sociaux d'une époque donnée » (Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 5, 17).

²⁴⁷⁹ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 63.

²⁴⁸⁰ *Idem*, p. X.

Cependant, cette unité est plus postulée que réelle²⁴⁸¹. En effet, la théorie générale des nullités qui résulte de cette comparaison est fondée sur une « combinaison du critère de l'intérêt avec le critère de l'apparence »²⁴⁸². Partant de ces critères, Guggenheim a d'abord trouvé l'acte nul, qui peut jouer sans action en nullité²⁴⁸³, car cet acte a violé une règle d'intérêt général ou n'a pas d'apparence de validité²⁴⁸⁴. Mais même si cet acte nul a une apparence de validité, dès lors que ses effets sont contraires à l'intérêt général, il sera nul de plein droit²⁴⁸⁵. A côté de cet acte nul, il a découvert l'acte annulable qui nécessite toujours une action en nullité²⁴⁸⁶. Quant à l'exception de nullité, elle ne serait plus imprescriptible²⁴⁸⁷. Selon Kaufmann, cette théorie proposée par Guggenheim, serait valable, non seulement en droit suisse, mais aussi en droit français²⁴⁸⁸.

Or en droit français, même si un acte viole une règle d'intérêt général, une action en nullité serait toujours nécessaire²⁴⁸⁹, même en l'absence d'une apparence de validité²⁴⁹⁰. En plus, l'exception de nullité est toujours imprescriptible en droit français, ce contrairement à la théorie de Guggenheim²⁴⁹¹. Ce qui montre que ce fond commun sur les nullités dans les différents pays occidentaux est à relativiser. Aussi, Y. Laithier a-t-il estimé que « L'évocation du *jus commune* est [...] mythique [...] »²⁴⁹² en droit comparé. En effet, même si les différents systèmes ont une origine commune, la rupture avec le droit romain, les dynamiques sociales propres à chaque société, ont su forger une armature, spécifique, à chaque système

²⁴⁸¹ C'est pour cela que M. Troper a estimé que, certes, la théorie générale du droit est présentée comme une synthèse des différents droits positifs étrangers, mais il a précisé que « les systèmes juridiques n'ont en commun que la forme et le raisonnement des juristes » mais pas le contenu, car chaque système juridique est influencé par le milieu social. (M. Troper, *La théorie du droit, le droit*, l'Etat, op. cit., pp. VI et VII).

²⁴⁸² D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 97.

²⁴⁸³ *Idem*, p. 99.

²⁴⁸⁴ *Ibid*, p. 97.

²⁴⁸⁵ *Ibid*.

²⁴⁸⁶ *Ibid*, p. 105.

²⁴⁸⁷ *Ibid*, pp. 116, 117.

²⁴⁸⁸ Kaufmann a montré que « C'est pour le droit suisse que l'auteur tire [...] les conclusions de ses recherches. Il est cependant évident que l'importance du livre dépasse largement les limites du droit helvétique. Il concerne [...] la jurisprudence et la législation [...] des quatre ordres juridiques examinés et comparés [...] » (*Ibid*, p. VIII).

²⁴⁸⁹ Pour Guggenheim, « en cas de conflit entre les critères de l'intérêt public et de l'apparence de l'acte [...] c'est l'intérêt public qui doit l'emporter sur l'apparence de l'acte. En effet, dans la mesure où un acte juridique viole par son contenu une règle d'intérêt public, même si cet acte est apparemment valable, il ne sera pas possible de lui conférer des effets juridiques si de tels effets vont à l'encontre de l'intérêt public. » Ce qui revient à dire qu'en cas d'atteinte à l'ordre public, même en l'absence d'une apparence, l'action en nullité n'est pas nécessaire. (*Ibid*, p. 97).

²⁴⁹⁰ Cf. *Supra*, n° 252.

²⁴⁹¹ Cf. *Supra*, n° 400.

²⁴⁹² Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 22.

juridique²⁴⁹³ ; elles lui permettent d'avoir une identité qui le distingue des autres systèmes²⁴⁹⁴. Cette critique est aussi valable contre la théorie de M. Cumyn.

2. M. Cumyn et la surestimation du fond commun entre les systèmes occidentaux

619. M. Cumyn aussi est partie du même postulat du fond commun, car pour elle « [...]il existe des constantes entre les traditions juridiques occidentales[...] »²⁴⁹⁵. Ce qui revient pour elle aussi à postuler un « fond commun »²⁴⁹⁶ dans les différents systèmes occidentaux²⁴⁹⁷. C'est pour cette raison qu'elle a pu utiliser l'équité, comme critère de distinction des nullités. Pour exploiter ce fond commun, après avoir étudié les nullités françaises, anglaises et québécoises, elle propose un critère de distinction des nullités fondé sur l'équité²⁴⁹⁸, cette équité étant directement inspirée du droit anglais²⁴⁹⁹. Cela renvient à introduire en droit français un concept proprement anglais, car le système français ne connaît pas les juridictions d'*equity* anglaises²⁵⁰⁰.

620. On touche là les limites du droit comparé. – En effet, si le droit comparé peut enrichir le droit national de concepts nouveaux, il faut préciser que « [...] l'exercice requiert une conscience certaine de sa difficulté : en particulier, la comparaison peut être rendue

²⁴⁹³ *Idem*, p. 20.

²⁴⁹⁴ En effet, « l'unité dans le temps et dans l'espace du droit des contrats depuis Rome est donc non seulement une vue trop simpliste mais aussi et surtout artificielle et fausse [...] » (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 2).

²⁴⁹⁵ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 26.

²⁴⁹⁶ *Idem*, p. 21.

²⁴⁹⁷ Ce qui est due à l'influence commune du droit romain. (D. Deroussin, « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », op. cit., n° 9).

²⁴⁹⁸ Pour Ghestin « La réflexion menée par Mme Cumyn au sujet des nullités contractuelles est partie du constat suivant : en droit civil comme en droit de traduction anglaise, les nullités absolues sont historiquement issues du droit strict[...] tandis que les nullités relatives sont généralement introduites par une juridiction d'équité[...] Ce constat l'amène à formuler l'hypothèse que la nullité absolue sanctionne la non-conformité du contrat aux exigences du droit strict, tandis que la nullité relative constitue un remède d'équité, intervenant en faveur d'un contractant lié par un contrat injuste, quoique valide et obligatoire selon le droit strict » (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. IX).

²⁴⁹⁹ Cf. *Supra*, n° 599.

²⁵⁰⁰ Cf. *Supra*, n° 214 et s. Ainsi pour Génys « Notre organisation judiciaire française moderne ne connaît, ni n'admettrait, soit le système des Cours d'équité, qui naguère encore jouait un rôle si capital en Angleterre [...] » (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., p. 84.). Pour Laroumet « la distinction entre les contrats void et les contrats voidable ne correspond pas à la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative. » (C. Laroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd., op. cit., p. 513).

délicate en raison de l'originalité technique de certaines institutions dans le système juridique et de l'absence d'équivalent discernable [...] »²⁵⁰¹ dans le système français. L'équité, proposée par M. Cumyn, place justement devant un tel cas de figure, parce que « [...] l'emploi de la méthode comparative ne garantit aucunement l'amélioration recherchée [...] tout n'est pas transposable, par exemple l'*equity* hors de la *common law* »²⁵⁰² est impossible à transposer dans le droit français²⁵⁰³. C'est sans doute pour cette raison que la théorie construite par cet auteur, au tour de l'équité, n'a pas pu refléter exactement le droit français²⁵⁰⁴.

Ce qui prouve là aussi que si le postulat de l'unité n'est pas à rejeter, il doit être relativisé, surtout en ce qui concerne le droit anglais²⁵⁰⁵. Cependant, même avec les autres droits continentaux, ce postulat de l'unité doit être manié avec prudence. En effet, même à propos du rapprochement du droit français et du droit italien, deux droits pourtant très proches historiquement, ce postulat ne marche pas toujours, car « le droit n'est pas une technique neutre et transposable d'une nation à une autre. Il est le reflet intime du degré de civilisation [...] »²⁵⁰⁶ de chaque société. Par conséquent, si le système juridique français peut s'enrichir des concepts étrangers, dans certains cas, cet emprunt aux systèmes étrangers est impossible. Cela qui ne veut pas dire que l'emprunt aux embryons de lois internes, comme les débats parlementaires, garantirait, lui, un meilleur résultat que le recours aux sources étrangères.

B. L'utilisation des débats ayant précédé l'adoption du Code civil dans la construction de la théorie générale des nullités

621. La loi est l'expression de la volonté générale. – Cependant, si la loi exprime cette volonté, elle n'est pas assimilable à elle ; elle n'en est que le véhicule. La portée normative n'appartient qu'à la volonté et pas à la loi au sens formel. Aussi, Demante a-t-il estimé que

²⁵⁰¹ Guy Canivet, « Préface », in *Juges et universitaires face au droit comparé : histoire des trente-cinq dernières années*, op. cit., p. VIII.

²⁵⁰² Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 20.

²⁵⁰³ C'est pour cela que Malaurie a estimé que « la distinction anglaise est radicalement différente de notre droit des nullités[...] » (Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 331).

²⁵⁰⁴ Cf. *Supra*, n° 214 et s.

²⁵⁰⁵ Ainsi pour Y. Laithier, l'argument de l'unité des systèmes occidentaux « [...] perd de sa force lorsqu'il est invoqué au soutien d'une harmonisation englobant les droits de *common law* » (Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 22). Toutefois, T. Kirat a montré que Lambert n'établissait pas une frontière aussi étanche entre le droit romano germanique et la *common law* (T. Kirat, «La méthode de jurisprudence comparative d'Edouard Lambert et son destin tragique », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), op. cit., p. 214 et s).

²⁵⁰⁶ D. Deroussin, «Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », op. cit., n° 15.

« c'est la volonté du législateur [...] qui constitue la loi. L'esprit du législateur est pour nous, un guide si sûr, que nous devons souvent le faire prévaloir sur ses termes [...] »²⁵⁰⁷. Delvincourt ne disait pas autre chose, en estimant que « c'est à l'esprit et non à la lettre qu'il faut s'attacher [...] »²⁵⁰⁸.

622. Mais comment trouver cet esprit, si l'intention du législateur n'apparaît pas dans la lettre du texte ? – On pourrait utiliser les débats parlementaires, qui ont précédé son adoption du texte, pour y découvrir cette intention, comme le faisaient les auteurs du XIX^{ème} siècle²⁵⁰⁹. Cette utilisation des débats par ces auteurs leur a donné beaucoup de liberté pour s'affranchir du plan du Code civil. Ainsi, Aubry et Rau, ayant rompu avec le plan du code²⁵¹⁰, ont pu « édifier une théorie générale du droit civil [...] »²⁵¹¹. Or pour atteindre un tel objectif, ils ont privilégié l'intention du législateur. En effet, pour eux, on peut « [...] chercher la véritable pensée du législateur dans le but d'arriver à l'exacte application d'un texte de loi [...] »²⁵¹². C'est donc en utilisant, entre autres, les débats qu'ils ont pu s'affranchir du plan du code pour édifier des théories générales.

623. La même technique a été utilisée pour construire une théorie générale des nullités. – Ainsi, pour Pize, même si une théorie générale des nullités n'est pas présente dans le code, on peut utiliser les « [...] travaux préparatoires et [...] conclure que les rédacteurs du Code civil se sont inspirés en règle générale de la théorie que nous cherchons à approfondir. »²⁵¹³. Mais si cette utilisation a permis de construire une théorie générale des nullités (I), elle n'est pas au-dessus de toute critique (II).

²⁵⁰⁷ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 170.

²⁵⁰⁸ *Idem.*

²⁵⁰⁹ *Ibid*, p. 169. Pour Malaurie, La méthode exégétique « [...]a recours aux travaux préparatoires» (Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale de droit civil*, 2^e éd, op. cit., p. 321).

²⁵¹⁰ J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 65 ; D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., p. 37.

²⁵¹¹ Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 81.

²⁵¹² P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 170.

²⁵¹³ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 74.

I. L'utilisation des débats dans la construction de la théorie générale des nullités

Le Code civil n'a pas de théorie générale des nullités, mais est-ce que le législateur l'avait dans son intention ? Pour plusieurs auteurs, le législateur a voulu faire de l'annulabilité et de l'inexistence une distinction des nullités, car cette distinction existait dans les débats (1). C'est pour cette raison qu'ils les ont utilisés pour construire leur théorie générale des nullités(2).

1. La distinction des nullités dans les débats parlementaires

624. Lors des débats parlementaires, il a été question de l'inexistence et de l'annulabilité, aussi bien dans le domaine du mariage que dans le domaine des contrats. – Ainsi, lors des débats sur l'article 146 C. civ., Bonaparte avait estimé, à la séance du 16 fructidor an IX au Conseil d'Etat, « que la rédaction de l'article n'est pas exacte. Il n'y a pas de mariage là où il n'y a pas de consentement libre ; l'article semble cependant supposer qu'il y a un mariage, mais qu'il n'est pas valable »²⁵¹⁴. Ce qui prouverait qu'il a voulu distinguer ici le cas où « il n'y a pas de mariage », parce que ce mariage serait inexistant et le cas où le mariage est mais annulable, car il « n'est pas valable ». Cela prouverait l'existence de la distinction entre les contrats annulables et les contrats inexistants dans l'intention du législateur.

625. Au demeurant, cette supposition pourrait être corroborée par les autres débats sur les contrats en général.²⁵¹⁵. – En effet, lors de ces débats, Jaubert avait estimé qu'il est impossible « [...] de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes fausement qualifiés de contrats et qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation [...] »²⁵¹⁶. C'est ce qui a poussé Pize à soutenir que dans le rapport de Favart et de Jaubert, s'il n'y a pas de cause « il n'y a pas d'obligation, car il faudrait admettre des effets sans cause »²⁵¹⁷. Cela prouverait, là aussi, que le législateur avait l'intention de distinguer les actes annulables des actes inexistants. C'est pour toutes ces raisons que la doctrine utilise ces

²⁵¹⁴ Cf. annexe, Doc N°III.

²⁵¹⁵ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.150.

²⁵¹⁶ Cf. annexe, Doc N°V ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 148.

²⁵¹⁷ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 71.

indices pour construire une théorie générale des nullités en prétendant refléter l'intention du législateur.

2. L'utilisation de ces débats dans la distinction des nullités

626. Plusieurs auteurs ont cherché à utiliser les indices, qui se trouvent dans ces débats, pour justifier leur distinction des nullités. – C'est ce qu'ont fait les auteurs de la théorie générale des nullités qui est fondée sur la distinction entre les actes inexistantes et des actes annulables. Ainsi, pour Hartemann, « il résulte [...] des travaux préparatoires [...] que la théorie de l'inexistence et de l'annulabilité n'a pas échappé au législateur ; au contraire il l'a consacrée d'une façon générale »²⁵¹⁸. Aussi, il pense que les travaux préparatoires lui permettront de renforcer les arguments, issus des textes fragmentaires, car pour lui, « Les travaux préparatoires du Code nous permettront de consolider les arguments qui nous seront fournis par les textes de la loi ; nous retrouverons, non sans peine assurément, la preuve certaine que la distinction traditionnelle du Droit romain et de l'ancien droit français n'a pas été abandonnée par les rédacteurs du Code civil[...] »²⁵¹⁹.

Donc, l'intention du législateur étant de conserver la distinction entre l'annulabilité et l'inexistence, on peut utiliser cette distinction pour construire une théorie générale des nullités, même si elle ne figure pas dans la lettre du Code ; son existence dans son esprit suffirait. Mais une telle utilisation des débats est critiquable.

II. Les limites de l'utilisation des débats dans la construction de la théorie générale des nullités

627. Pour utiliser les débats, afin de distinguer les nullités, on est parti du postulat suivant : mieux vaut se conformer à l'esprit du texte qu'à sa lettre. – Or ce postulat a été mis en cause par plusieurs auteurs. En effet, « l'esprit sans la lettre n'est rien qu'une nébuleuse, le prétexte de toutes les justifications, la porte ouverte à tous les errements

²⁵¹⁸ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 256.

²⁵¹⁹ *Idem*, n° 236.

[...]»²⁵²⁰. En plus, la libre recherche a été très critique à l'égard de ces débats, puisque d'après Gény, même s'il n'est pas totalement contre l'utilisation de cette source, « une fois institué, le texte de la loi se détache de la pensée du législateur »²⁵²¹. Par conséquent, aussi bien Drogoul que Loyer ou Japiot ont décidé de ne pas utiliser les débats dans leur théorie des nullités²⁵²². Si tous ces auteurs sont contre l'utilisation des débats dans la construction de la théorie des nullités, ce n'est pas parce qu'ils veulent privilégier la lettre du texte par rapport à son esprit, mais c'est parce qu'ils ne pensent pas que l'on puisse connaître l'intention du législateur en étudiant les débats²⁵²³. Ce qui est dû au fait que la procédure législative (1) ne garantit pas que les textes votés reflètent forcément les débats qui ont précédé leur adoption (2).

1. Les limites des débats induites par le déroulement de la procédure législative

628. Au moment de la rédaction du Code civil, la procédure législative était régie par la Constitution de l'an VIII. – Cette Constitution ne réservait l'initiative législative qu'au gouvernement²⁵²⁴ (a). Puis le projet devait passer devant quatre assemblées²⁵²⁵ : le Conseil d'Etat, devant lequel on pouvait le modifier, d'où l'intérêt des débats devant cette Institution(b) ; ce projet devait passer ensuite devant le Tribunat qui ne pouvait que le discuter sans un réel pouvoir d'amendement (c). Enfin, il devait passer devant le Corps législatif qui ne pouvait que l'approuver ou le rejeter²⁵²⁶. Quant au Sénat, il ne faisait que contrôler la

²⁵²⁰ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 171. Car comme l'a montré P. Deumier, les débats législatifs ne font pas partie des sources du droit. (P. Deumier, « *La soft law* », Université Jean Moulin Lyon3 : *Séminaire sur les sources du droit qui a eu lieu le Mardi 14avril 2013*)

²⁵²¹ Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 225. Selon D. Deroussin, « [...] en 1935[...] Capitant prend le parti de la doctrine anglaise contre Le préjugé français selon lequel la loi doit être lue d'après la volonté du législateur révélée par les débats parlementaires qui ont précédé son adoption. » (D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., pp. 35, 36).

²⁵²² Pour Loyer, « les auteurs classiques [...] font très grand cas de l'autorité des travaux préparatoires [...] On sait les tendances de la méthode actuelle à ne pas attacher une importance exagérée à la recherche toujours difficile et souvent incertaine de la volonté précise du législateur. Une fois le texte élaboré il doit vivre d'une vie autonome [...] » (J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., pp. 72, 73).

²⁵²³ Pour D. Deroussin, « [...] l'interprétation des lois deviendrait plus simple, plus forte si l'on faisait abstraction complète des travaux préparatoires » (D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., p. 36).

²⁵²⁴ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., n° 21.

²⁵²⁵ *Idem*

²⁵²⁶ P.-C. Timbal et A. Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 10^e éd, Paris : Dalloz, 2000, p. 498.

constitutionalité du texte adopté²⁵²⁷. Cette procédure limitait largement l'importance des débats dans la découverte de l'intention du législateur.

a. La théorie des nullités dans la rédaction du projet de loi portant sur le Code civil

629. C'est pendant la Révolution que la Constitution du 3 septembre 1791, dans son titre premier, a prévu qu'il « sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume »²⁵²⁸. Pour atteindre ce but, on chargea Cambacérès de rédiger un projet de code²⁵²⁹. De 1793 à 1796, il en rédigea trois, dont aucun ne fut repris²⁵³⁰. Dans tous ces projets, les règles relatives aux nullités n'étaient pas très claires²⁵³¹.

Tout change en l'an VIII. Un arrêté des Consuls du 24 thermidor an VIII nomme une commission, composée de Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville²⁵³², pour rédiger un projet de loi sur le Code civil²⁵³³. Cette commission rédigea un projet qui sera soumis à débat²⁵³⁴. Dans ce projet, sans distinguer clairement les nullités, on pose des règles claires qui laissent entendre qu'il y a deux types de nullités. Ainsi selon l'article CXCI de ce projet, « l'action tendant à faire déclarer nul un contrat, dure trente ans excepté dans le cas où la loi restreint certaines actions à un terme moindre. »²⁵³⁵. Quant à l'article CXCV, il dispose que « l'action en restitution ne dure que dix ans [...] »²⁵³⁶. Cela revient, sans le dire

²⁵²⁷ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., n° 21.

²⁵²⁸ *Idem*, n° 20.

²⁵²⁹ Même si bien avant les projets de Cambacérès on avait déjà proposé un projet de Code civil au début de la Révolution française (J. Olivier, *Nouveau code civil proposé à la nation française et soumis à l'assemblée, 1789*).

²⁵³⁰ P.-C. Timbal et A. Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, op. cit., p. 498. ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 45 ; R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^e éd, op. cit., p. 238.

²⁵³¹ Dans le dispositif d'un des projets de Cambacérès, il a certes parlé des nullités, mais il n'a fait aucune distinction entre ces nullités. Par exemple l'article 714 du projet, dit que les conventions « [...] qui blessent l'honnêteté publique et l'ordre social, sont nulles » dans l'article 717. Il ajoute que « la convention est nulles s'il y a dol, violence grave ou erreur sur la chose » Cambacérès fait ici implicitement une distinction entre la nullité absolue et la nullité relative. Mais il ne tire aucune conséquence de cette distinction dans son projet. Par exemple il ne dit rien sur les titulaires de l'action en nullité selon le type de nullité, il ne dit rien non plus sur la confirmation. Quant à la prescription, il semble soumettre tous les deux types de nullité à la même règle dans l'article 721 de ce projet. C'est pour cette raison qu'on peut dire qu'il n'y avait pas de classification des nullités dans ce projet (Cambacérès, *Projet de Code Civil*, op. cit., p. 57).

²⁵³² A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., n° 21 ; P.-C. Timbal et A. Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 10^e éd, op. cit., n° 253.

²⁵³³ R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^e éd, op. cit., p. 325.

²⁵³⁴ P.-C. Timbal et A. Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 10^e éd, op. cit., n° 253.

²⁵³⁵ Projet de Code civil du 24 thermidor an VIII, op. cit., p. 254.

²⁵³⁶ *Idem*

clairement, à distinguer la restitution, c'est-à-dire la nullité relative, de la nullité, c'est-à-dire la nullité absolue. C'est ce projet qui est transmis au Conseil d'Etat pour être débattu.

b. La théorie des nullités dans les débats devant le Conseil d'Etat

630. Les débats devant le Conseil d'Etat sont très importants, puisqu'ils peuvent conduire à modifier le projet. – Ce qui fait que les opinions émises devant cette institution peuvent être assimilées à la pensée de ceux qui ont rédigé le Code civil. En effet, non seulement Portalis et les autres rédacteurs du code sont intervenus ici, mais aussi et surtout les membres du gouvernement et les Consuls sont aussi intervenus. Le compte-rendu des débats, sur les nullités, devant cette institution est d'ailleurs été annexé à la fin de ce travail²⁵³⁷.

Donc, au regard de l'importance de tous ces intervenants, on peut considérer leur discours comme reflétant la pensée du législateur. Le gouvernement ayant l'exclusivité de l'initiative législative, s'il dit un mot devant cette institution, qui ne se retrouve pas dans le code, on peut dire que sa plume a trahi sa pensée. Il en est de même pour ceux qui ont rédigé le code. Cependant, si ces débats devant le Conseil d'Etat peuvent révéler l'intention du législateur, la division des intervenants ne permet pas de déceler, dans ces débats, l'intention d'un législateur abstrait, car chaque position était individuelle (i). En outre, la confusion de ces débats sur les nullités ne permet pas d'y déceler une intention claire du législateur (ii).

i. Les opinions divergentes des protagonistes

631. Malgré l'importance des débats devant le Conseil d'Etat, il est très difficile d'y déceler l'intention du Législateur. – En effet, les intervenants n'étaient pas toujours d'accord. Cette divergence s'est manifestée lors de la rédaction d'un article sur le mariage. Ainsi, Bonaparte, à la séance du 16 fructidor an IX au Conseil d'Etat, avait estimé « que la rédaction de l'article n'est pas exacte. Il n'y a pas de mariage là où il n'y a pas de consentement libre ; l'article semble cependant supposer qu'il y a un mariage, mais qu'il n'est pas valable »²⁵³⁸. Portalis n'avait pas hésité à contredire le premier Consul en estimant qu'il « [...] n'est pas exact de dire que, dans ce cas, il n'y a pas de mariage, puisqu'il y a un

²⁵³⁷ Cf. annexes, Doc N° I; Doc N°II; Doc N°III; Doc N°IV; Doc N°IX.

²⁵³⁸ Cf. annexe, Doc N°III.

principe de mariage qui rend le mariage valable après un certain temps »²⁵³⁹. Dans un tel cas de figure, si on veut chercher l'intention du législateur, dans les débats, laquelle de ces deux interventions faut-il retenir?

La même divergence est apparue entre Bonaparte et Tronchet. Le premier Consul avait dit, à la séance inédite du 4 frimaire an IX, que « le projet explique par qui la nullité pourra être demandée ; mais qu'il n'explique pas en quels cas le mariage est nul de plein droit »²⁵⁴⁰. Tronchet a répondu au premier Consul en estimant « que le mariage n'est jamais nul de plein droit : il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire. »²⁵⁴¹ La même situation s'est reproduite à propos de la confirmation aussi²⁵⁴².

632. C'est l'existence de toutes ces divergences, au sein des débats, qui peut inciter à estimer que « si les lois demeurent [...] des actes de volonté [...] cette volonté ne saurait être authentiquement découverte dans les débats parlementaires pour la simple raison qu'il n'y a pas un législateur mais des législateurs »²⁵⁴³. Aussi, il est très difficile de trouver la volonté du législateur dans ces débats. On retrouve d'ailleurs la même critique chez Saleilles aussi. Pour lui « on est à peu près d'accord pour admettre que l'interprétation des lois n'a pas pour but une recherche de volonté, et qu'elle ne consiste pas à découvrir la volonté du législateur, chose impossible, et purement fictif. Car s'il en était ainsi, il faudrait savoir ce que chacun de ceux qui ont participé au vote de la loi a voulu et dégager de cette moyenne la volonté générale, qui a été celle de la majorité, toutes choses irréalisables »²⁵⁴⁴. Mais, même si on

²⁵³⁹ *Idem.*

²⁵⁴⁰ Cf. annexe, Doc N°II.

²⁵⁴¹ *Idem.*

²⁵⁴² G. Couturier, Confirmation des actes nuls, Préf. J. Flour, op. cit., p. 263; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 160. Ainsi dans le projet, on semblait admettre la confirmation des actes inexistantes, car il est dit dans l'article 227 du projet, « dans la confirmation d'un acte radicalement nul, on doit, pour qu'elle soit valable, trouver la substance de l'acte nul [...] » (Ph. Bourgeon, Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français, op. cit., pp. 191, 191). Lors des débats sur le code, on a refusé cette confirmation en estimant « [...] qu'on ne peut en aucune manière, confirmer ni ratifier de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 72).

²⁵⁴³ D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., p. 36.

²⁵⁴⁴ Cité par F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Étude de droit civil*, op. cit., pp. 70, 71 : Pour Drogoul, « [...] Pour nous, si le législateur existe, ce n'est jamais qu'une entité fictive, et comme une figure de rhétorique destinée à animer l'impassibilité du texte. Loin de nous l'idée d'en faire une personne plus ou moins concrète dont nous aurions à chercher la volonté subjective. » Il a ajouté que « [...] nous considérons ces discours comme des opinions certainement intéressantes qu'il est parfois profitable de consulter, mais qui n'ont que la valeur des opinions doctrinales. Et l'on ne peut même pas dire que ces orateurs aient eu une compétence toute spéciale [...] leurs arguments ont souvent ce caractère personnels et [...] destinés dans une discussion vivante, à impressionner un auditoire. »

pouvait trouver cette volonté, il serait difficile de s'en servir ici, parce qu'elle ne serait pas très claire.

ii. L'absence de clarté dans les débats sur les nullités

633. Les positions prises devant le Conseil d'Etat ne peuvent pas être considérées comme l'intention du législateur, car elles ne sont pas très claires. – Ce qui leur enlève toute valeur scientifique. Les classiques distinguent l'absence de consentement et le vice du consentement. L'absence de consentement est sanctionnée par l'inexistence, le vice du consentement par la nullité²⁵⁴⁵. Pour justifier cette distinction, ils ont fait appel aux débats. Or, dans ces débats, Bonaparte a sanctionné, indifféremment les vices du consentement et l'absence de consentement, par l'inexistence en estimant qu'il « n'y a pas de mariage là où il n'y pas de consentement libre »²⁵⁴⁶. On retrouve la même assimilation chez Bigot de Préameneu qui a estimé qu'il « n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement »²⁵⁴⁷ et il qui a ajouté qu'il « n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne »²⁵⁴⁸.

Mais malgré cette confusion, Pize a estimé qu'il y a là « clairement exprimée l'idée que, lorsqu'il n'y a pas de consentement, le mariage est, non pas annulable, mais inexistant »²⁵⁴⁹. Ce qui ne l'a pas empêché d'être lucide sur cette confusion en estimant que « malgré cette confusion dans la terminologie, il opposait nettement l'inexistence à l'annulabilité »²⁵⁵⁰ dans cette partie des débats. Cet aveuglement volontaire, des auteurs classiques, sur les confusions

²⁵⁴⁵ Cf. *Supra*, n° 89.

²⁵⁴⁶ Cf. annexe, Doc N° III ; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 65.

²⁵⁴⁷ *Idem*, p. 66.

²⁵⁴⁸ Cf. annexe, Doc N° III.

²⁵⁴⁹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 62.

²⁵⁵⁰ *Idem*, p. 63; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 52. Même les classiques ont repris conscience des lacunes des débats, car pour Hartemann « [...] il fit rentrer, au moins lors de la première discussions dans la catégorie des actes inexistant certains mariages qu'il eut fallu considérer comme annulables ; il émit à un moment donné des idées qu'il avait combattues précédemment ; il eut certaines impropriétés de langage pouvant être la cause de confusions : ce sont des reproches qu'il mérite et qui lui sont bien pardonnables, puisqu'il n'était pas jurisconsulte. » (E. Hartemann, *Etude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., n° 238). Pour Ph. Malaurie et P. Morvan « les débats parlementaires seraient confus, contradictoires, et le plus souvent, lacunaires[...] » (Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale de droit civil*, 2^e éd., op. cit., p. 321.) ; Pour Loyer aussi, « Les travaux préparatoires [...] sont bien vagues, bien contradictoires [...] » (J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 61; voir aussi F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 45; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 65).

des débats a poussé Drogoul à se demander « quel crédit il faut accorder à une théorie dont l’auteur prétendu tombe dans des erreurs si grossières »²⁵⁵¹. Donc au regard de toute cette absence de précision, on ne peut pas donner de crédit aux théories qui ont utilisé ces débats. Il en est de même des débats devant le Tribunal.

c. La théorie des nullités devant le Tribunal

634. Après les débats devant le Conseil d’Etat, les textes ont été transmis au Tribunal pour débat. – Cela a permis, à la section de législation de ce Tribunal, d’émettre des observations sur les nullités dans ce projet à la séance du 4 pluvoise an XII (26 décembre 1803). Ces observations ont été annexées à la fin de ce travail²⁵⁵². Pour éclairer cette institution, les Tribuns Jaubert et Favard ont rédigé un rapport sur la théorie des nullités. Rapport qui a été présenté à la séance du 13 pluvoise an XII (3 février 1804) au Tribunal. Les comptes rendus de cette séance ont été annexés à la fin de ce travail²⁵⁵³. Ce sont ces échanges entre tribuns, qui ont été utilisés par certains auteurs, pour déceler l’intention du législateur sur les nullités afin de proposer une théorie générale des nullités.

Dans ces débats devant le Tribunal, le tribun Jaubert expose une distinction des nullités, proche de la distinction entre la nullité et l’inexistence, dans son rapport²⁵⁵⁴. C’est pour cette raison que Pize a estimé que « les observations du tribunal rappellent à maintes reprises la nécessité de distinguer l’inexistence de l’annulabilité en matière de contrats »²⁵⁵⁵. Cela lui a permis de justifier sa distinction, en soutenant qu’elle est conforme à l’intention du législateur.

²⁵⁵¹ Pour ironiser sur la position de Bonaparte, Drogoul a estimé que la ou « ni Portalis, ni Tronchet, ni Bigot du Preameu n’aperçurent la distinction entre les nullités et les inexistentes. Le regard d’aigle du premier Consul découvrit, comme d’instinct, ce que semblait ignorer le sens juridique de tous ces hommes distingués et savants. Mon Dieu ! Le langage et l’attitude de Bonaparte dans cette discussion s’explique[...] par cette raison, que, précisément, Bonaparte n’était pas jurisconsulte et que, pour rédiger un texte ou prendre part à des débats juridiques, sans mêler tous les termes, à tort et à travers, et confondre les situations et les hypothèses il faut s’être soumis à la discipline du droit et avoir quelque clarté de la terminologie juridique. Or, le Premier Consul s’exprime comme un profane, comme s’exprimerait quelqu’un à qui la distinction des nullités et des inexistentes serait inconnue » (F. Drogoul, *Essai d’une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., pp. 64, 67).

²⁵⁵² Cf. annexe, Doc N° VIII.

²⁵⁵³ Cf. annexe, Doc N° V et Doc N° VI.

²⁵⁵⁴ Bourgeon a montré que « Jaubert[...] devine sans peine, qu’il lui sera fort difficile de faire comprendre à un grand nombre de ses collègues une théorie d’ensemble, il invoque donc simplement l’autorité de l’ancien droit et se contente de demander le maintien des solutions jusqu’alors admises. » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 182).

²⁵⁵⁵ J. Pize, *Essai d’une théorie générale sur la distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des contrats*, op. cit., p. 74.

635. **Toutefois, on ne peut pas utiliser ces débats pour déceler l'intention du législateur.** – En effet, la procédure législative, pour des raisons politiques, ne reconnaissait pas un véritable pouvoir d'amendement aux tribuns. Ces derniers ne pouvaient que rejeter le projet de Code civil, venant du Conseil d'Etat, ou l'adopter intégralement, parce que selon Colin et Capitant, le « Tribunal [...] émettait un vœu d'adoption ou de rejet en bloc, sans avoir le pouvoir d'introduire des amendements »²⁵⁵⁶. Ce qui fait que les débats, sur les nullités, devant cette assemblée ne pouvaient pas révéler l'intention du législateur ; les membres de cette dernière n'étant pas les auteurs de ces textes, ils n'avaient aucun moyen d'imprimer leur pensée sur eux²⁵⁵⁷. Ce qui est dû au fait qu'ils n'avaient aucun pouvoir réel d'amendement.

Aussi, on ne peut pas utiliser ces débats pour dire que la plume du législateur a trahi sa pensée, car cette assemblée n'avait aucun impact sur le texte ; sauf à le rejeter. Mais même à ce niveau, sa liberté était très limitée, car elle était, en fait, obligée d'approuver les textes passés devant le Conseil d'Etat. D'ailleurs les velléités d'indépendance de cette assemblée se sont soldées par une réaction énergique. Ainsi quand elle a rejeté une partie du Code civil, cette assemblée fut épurée, par le sénatus-consulte du 16 thermidor an X, excluant les contestataires comme Benjamin Constant²⁵⁵⁸. Réduit à moitié, le Tribunal n'a plus rejeté le Code civil²⁵⁵⁹.

L'absence de prise des tribuns sur les textes fait donc du rapport de Jaubert une simple position personnelle, même si pour Bourgeon, « Il faut se garder de croire en effet que les termes si nets du rapport de Jaubert ne sont que l'expression d'une opinion personnelle. »²⁵⁶⁰, ce rapport ne peut pas permettre de révéler l'intention du législateur. La seule phase des

²⁵⁵⁶ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., n° 21. Mais pour R. Szramkiewicz et J. Bouineau, le tribunal pouvait amender le texte, même si ce pouvoir était virtuel car le tribunal pouvait difficilement s'opposer à Bonaparte (R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^e éd, op. cit., p. 235).

²⁵⁵⁷ Ce qui ne veut pas dire que le tribunal ne pouvait pas juridiquement modifier les textes, mais politiquement ce pouvoir était très limité. Ainsi, l'article 236 du projet de Code civil, devenu article 1340 C. civ. commençait par les termes suivants « confirmation ou ratification ». Le Tribunal a proposé, à la séance du 6 pluviôse an XII, un amendement pour modifier cette rédaction en ajoutant à ce texte l'exécution volontaire. Selon cet amendement, le texte doit commencer par les termes suivants : « confirmation ou ratification, ajouter : ou exécution volontaire ». Ainsi cet amendement a pu modifier l'article 1340 C. civ, car on y trouve les termes de l'amendement. Ce qui prouve que le tribunal pouvait modifier les textes. Mais politiquement, ce pouvoir était limité. Ainsi, à la séance du 4 pluviôse an XII, le Tribunal a soutenu que « les engagements contractés par les impubères, ou pour cause illicite, ne peuvent être confirmés ni ratifiés, soit tacitement, soit expressément ». Mais l'article 1311 n'inclut pas cet amendement. (Cf. annexe, Doc N°VIII).

²⁵⁵⁸ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., n° 21.

²⁵⁵⁹ Pour éviter toute contestation ultérieure du tribunal, Bonaparte a décidé de le supprimer en 1807. (R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^e éd, op. cit., pp. 236- 237).

²⁵⁶⁰ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 189.

débats, lors de laquelle on pouvait révéler cette intention, c'est la partie où Bonaparte et les rédacteurs du projet sont intervenus, or ses interventions ne sont pas assez claires pour révéler une intention précise du législateur. Aussi, ces débats ne peuvent pas révéler l'intention du législateur, d'autant que, les conséquences de la procédure législative font, que la version du texte qui est votée n'est pas forcément la même que celle qui a été débattue.

2. La limite des débats du fait des conséquences de la procédure législative

636. La procédure législative a pour conséquence le vote de la loi ; tout comme la procédure judiciaire mène à une décision de justice. – Au demeurant, ces deux procédures se ressemblent beaucoup. En effet, comme dans la procédure judiciaire, dans la procédure législative, on débat d'abord après on décide. Dans un procès, chaque partie avance ses arguments, et en décidant, le juge peut choisir l'argument d'une des parties. Pour l'interprétation de cette décision, on ne peut pas reprendre les arguments de celle des parties qui a été déboutée pour en déduire que c'est ce que le juge a voulu dire.

Il en est de même dans une assemblée où il y a une majorité et une opposition : si une loi est débattue, chacun de ces groupes avance des arguments pour ou contre. Tous ces arguments ne se valent pas pour révéler l'intention du législateur. Aussi, peut-on estimer que si, lors des débats parlementaires sur les nullités, des « [...] idées ont parfois été l'objet de discussions [...] rien ne montre que l'issue leur aurait été favorable [...] il résulte que l'on ne peut trouver dans ces passages plus que l'expression de simples opinions individuelles »²⁵⁶¹. Cette idée s'illustre parfaitement chez Portalis, qui n'était pourtant pas un opposant. Pendant la discussion sur le Code, il avait dit, lors de la séance du 4 frimaire an X au Conseil d'Etat, « qu'il aimerait classer les dispositions du projet par espèce de nullités [...] »²⁵⁶², car pour lui « ces expressions, nullités absolues, nullités relatives, sont des termes techniques et simples[...]qui[...] doivent être conservés dans le langage des lois »²⁵⁶³. Or malgré cette affirmation, il n'y a eu ni nullité absolue ni nullité relative dans le code. Ce qui prouve que certes cette position a figuré dans les débats, mais elle n'a pas été retenue lors de l'adoption

²⁵⁶¹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 113.

²⁵⁶² Cf. annexe, Doc N°II.

²⁵⁶³ *Idem*.

du code. Donc ce n'est pas par oubli que cette distinction ne figure pas dans le code ; c'est tout simplement que le législateur n'avait pas l'intention de la retenir.

637. On retrouve la même situation dans l'étude de l'article 1311 C. civ. – Dans ses observations, la section de la législation du Tribunat avait soutenu, à la séance du 4 pluviôse an XII, que « les engagements contractés par les impubères, ou pour cause illicite, ne peuvent être confirmés ni ratifiés, soit tacitement, soit expressément »²⁵⁶⁴. Or, cet article dit le contraire pour les mineurs. Ce qui montre ici aussi les limites l'utilisation des débats parlementaires. Aussi, pour révéler l'esprit de la loi, il n'est pas possible de se fier, exclusivement, aux débats ; il faut aussi prendre en compte la lettre. C'est ce qu'ont fait plusieurs auteurs en utilisant des dispositions spéciales du Code civil pour construire une théorie générale des nullités.

C. L'utilisation des règles spéciales dans la construction de la théorie générale des nullités

638. Selon l'article 1107 C. civ., les contrats peuvent être soumis aux règles générales et aux règles spéciales. – Les règles générales régissant tous les contrats et les règles spéciales, quant à elles, régiraient certains contrats en particulier. Mais il peut arriver que les règles générales ne règlent pas tout. Il est alors permis d'utiliser une règle spéciale pour la généraliser, afin de remédier à la carence de la partie générale. Cette méthode qui consiste à construire des théories générales à partir des règles spéciales n'est pas récente, elle existait déjà chez les juristes de l'ancien droit. En effet, « La plupart des juristes qui, depuis le XVIII^e siècle, adoptent une démarche plus ou moins systématique se plaisent à isoler dans l'ensemble de la réglementation contractuelle un certain nombre de règles dont la portée leur paraît générale et auxquelles ils donnent en quelque sorte le statut de droit commun »²⁵⁶⁵. Dans son *Traité des lois*, Domat a procédé de cette façon²⁵⁶⁶. Quant à Pothier, son *Traité des obligations* contient une « théorie générale des obligations »²⁵⁶⁷ construite de la sorte. Les auteurs contemporains aussi ont utilisé la même méthode, car selon E. Savaux, chez plusieurs

²⁵⁶⁴ Cf. annexe, Doc N°VIII ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 247.

²⁵⁶⁵ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 4.

²⁵⁶⁶ *idem*, p. 4.

²⁵⁶⁷ *ibid*, p. 5.

auteurs, « l'observation du droit spécial a [...] pour but la découverte de règles générales en suspension dans le droit positif, la révélation du droit commun virtuel »²⁵⁶⁸.

639. Pour arriver à un tel résultat, on postule que les diverses lois spéciales obéissent à un ordre caché²⁵⁶⁹. – Par conséquent, la découverte de cet ordre permettrait de construire une théorie générale à partir de ces règles spéciales²⁵⁷⁰. Si cet ordre caché existe, c'est sans doute parce que, comme l'a montré Géný, il y a une technique inconsciente chez le législateur²⁵⁷¹. Une observation sérieuse des normes peut permettre de découvrir cet ordre. Aussi, Ph. Jestaz et C. Jamin ont estimé que les membres de la doctrine, en étudiant les textes et la jurisprudence, postulent que ces derniers «[...] reposent sur un ordre plus ou moins caché, qu'il leur incombe de découvrir et d'explicitier »²⁵⁷². La découverte de cet ordre caché est même une des fonctions principales de la doctrine, car cette « [...] doctrine a une fonction essentielle : celle qui consiste à formuler les principes généraux en vue [...] de structurer la matière juridique [...] »²⁵⁷³.

640. C'est sans doute pour cette raison que, lorsque la doctrine a voulu construire une théorie générale des nullités, elle a fait appel à cette méthode. – Ainsi, plusieurs auteurs ont étudié les règles spéciales régissant les nullités pour y déceler un ordre caché, qui n'apparaît pas, dans l'étude de la partie générale du code relative aux nullités²⁵⁷⁴. Ainsi, en étudiant les nullités, les auteurs ont voulu « [...] mettre en lumière l'idée commune, qui se cache sous la diversité des espèces [...] »²⁵⁷⁵ de nullités des contrats spéciaux, car leur « but est d'élaborer une théorie d'ensemble, en rapprochant, en groupant, en coordonnant les données que [...] fournit le Code civil, de tenter de construire [...] par voie de synthèse une doctrine,

²⁵⁶⁸ Certains auteurs cherchent à « débusquer le général de demain sous le spécial d'aujourd'hui [...] de retirer des règles spéciales accumulées par la loi, la jurisprudence et la pratique, ce qui peut être généralisé à l'ensemble des contrats » (E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 97).

²⁵⁶⁹ Pour Savaux, en étudiant les règles spéciales, « ce qu'y cherche [...] une partie de la doctrine moderne c'est un ordre spontané des contrats [...] » (*Idem*, pp. 82, 103).

²⁵⁷⁰ *Ibid*, p. 97.

²⁵⁷¹ Fr. Géný, « La technique législative dans la codification civile moderne », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 1003 ; J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 14.

²⁵⁷² Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, Paris : Dalloz, 2004, p. 218. S'il existe des principes immuables dans le droit « la formulation de ces principes immuables, qui constituent des vérités juridiques stables par-delà les transformations accidentelles du droit, ne saurait [...] être produite que par les logiciens [...] pratiquant la vraie théorie du syllogisme » (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Paris : Economica, 2007, p. 3).

²⁵⁷³ D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., p. 22.

²⁵⁷⁴ Ainsi pour Pize « [...] la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats [...] est l'un des axiomes, l'une des vérités fondamentale de la science du droit. Notre but est d'élaborer une théorie d'ensemble, en groupant, en coordonnant les données que nous fournit le code civil, de tenter de construire [...] par voie de synthèse une doctrine, dont les éléments se trouvent éparés et disséminés dans les textes » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 8).

²⁵⁷⁵ *Idem*, p. 12.

dont les éléments se trouvent éparés et disséminés dans les textes. »²⁵⁷⁶. Si Pize a utilisé cette méthode, c'est parce que pour lui, « au-dessus des questions de détail, au-dessus des solutions d'espèces, la plupart contingentes, il y a des principes immuables qui les commandent et qui ménagent l'accès vers ces hauteurs d'où l'on découvre de plus vastes ensembles et de plus clairs horizons »²⁵⁷⁷. Ce sont ces principes immuables que les auteurs utilisent pour construire une théorie générale des nullités (I). Ce qui n'est pas sans susciter des critiques (II).

L'utilisation de la diversité des textes pour construire une théorie générale des nullités

Si pour construire une théorie générale des nullités par la généralisation des règles spéciales, la doctrine a commencé par l'extension des règles du mariage aux autres contrats (1), elle a ensuite vite étendu cette volonté de généralisation aux autres dispositions spécifiques (2).

1. La généralisation des règles spéciales à partir des règles du mariage

641. L'inexistence est un concept qui est né dans le droit de la famille²⁵⁷⁸. – Ce concept a été inventé en droit de la famille pour échapper au principe selon lequel il n'y a « pas de nullité sans texte »²⁵⁷⁹. Ainsi, pour construire une théorie générale des nullités, utilisant l'inexistence, les auteurs ont justement utilisé l'article 146 C. civ. pour soutenir qu'en cas d'absence de consentement, le mariage serait inexistant. Par analogie, ces mêmes auteurs ont estimé que l'absence de consentement rendrait les autres contrats aussi inexistant²⁵⁸⁰. C'est

²⁵⁷⁶ *Ibid*, p. 8.

²⁵⁷⁷ *Ibid*, p. 9.

²⁵⁷⁸ En parlant de Laurent, Drogoul a estimé que « [...] notre auteur reprend la distinction qu'il a établie dans la matière du mariage, et il rappelle brièvement le fondement qu'il lui a donné et les applications qu'il en a déjà faites. » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 48). Pour Japiot, pour construire une théorie générale des nullités, les classiques « [...] ont dû prendre des décisions plus ou moins particulières et les présenter comme des applications de principe généraux nulle part formulés [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 527).

²⁵⁷⁹ Cf. *Supra*, n° 112.

²⁵⁸⁰ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 74. Il a exposé sa théorie sur le mariage, il a estimé qu'il « [...]faudrait appliquer les principes que j'ai posés plus haut, en ce qui concerne le mariage nul ou non existant ; mais les appliquer avec mesure, avec discernement[...] de manière enfin à ne pas introduire dans le Code Napoleon une théorie absolue, qui n'a

pour cette raison que M. C. Renard et M. E. Vieujean ont estimé que « le concept de l'acte-organisme et la notion d'inexistence étaient, par leur généralité, destinés à sortir du cadre du mariage, qui les avait vu naître, et à conquérir les autres secteurs du droit des actes juridiques. On en fit bientôt usage en toute matière»²⁵⁸¹

Une telle attitude se rencontre aussi bien chez Aubry et Rau²⁵⁸², Zachariae²⁵⁸³, Laurent²⁵⁸⁴ que chez Baudry-Lacantinerie²⁵⁸⁵. On retrouve la même logique chez Demolombe²⁵⁸⁶. Tous ces auteurs ont cherché à généraliser les règles du mariage aux autres contrats. C'est la raison pour laquelle Drogoul a soutenu que les classiques ont construit la théorie des nullités au tour du mariage, « une fois cette classification établie pour le mariage, elle passe naturellement dans toutes les autres matières [...] notamment dans celle des obligations»²⁵⁸⁷. La même affirmation se rencontre chez Loyer aussi²⁵⁸⁸. Cependant, la doctrine ne s'est pas contentée de généraliser les règles du mariage ; elle a aussi cherché à généraliser d'autres règles spéciales.

2. La généralisation des autres règles spéciales régissant les nullités

642. Plusieurs auteurs ont pris conscience que, s'il n'y a pas de théorie générale des nullités dans le Code civil, les dispositions spéciales de ce code contiennent des règles relatives aux nullités. – Ainsi, pour Hartemann, si les principes d'une théorie générale « [...] sont loin d'être nettement posés par le code. On les y découvrira cependant comme dans le

certainement pas été la sienne[...] » (C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 372).

²⁵⁸¹ M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 527. En parlant d'Aubry et Rau, il a estimé que « Après avoir déterminé les diverses catégories de nullités, nos auteurs s'occupent d'indiquer les règles qui leur sont communes » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 29).

²⁵⁸² *Idem*, p. 31.

²⁵⁸³ J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 20.

²⁵⁸⁴ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 49.

²⁵⁸⁵ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 89.

²⁵⁸⁶ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 21.

²⁵⁸⁷ *Idem*, p. 59.

²⁵⁸⁸ Car pour Loyer, la doctrine a formulé « à propos du mariage leur théorie générale des nullités qu'il appliquent d'abord au mariage et qu'ils transposent dans les autres matières au fur et mesure des besoins du commentaire » (J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 20).

dédale des solutions spéciales [...] »²⁵⁸⁹. Pour illustrer ce propos, il cite les articles 1125, 1234, 1304, 2053, 2054, 146, 1131, 1587 et 1987 C. civ.²⁵⁹⁰. On retrouve la même logique chez Pize aussi. Pour lui, la théorie des nullités « ne revêt point [...] dans notre Code civil la forme d'une théorie d'ensemble. Egarée à travers des solutions spéciales [...] »²⁵⁹¹, c'est dans ces règles spéciales qu'il faut la chercher. Pour cela, il cite « [...] les articles 896, 931, 943, 944, 945, 965, 1001, 1099 al.2, 1117, 1172, 1174, 1339, 1451[...]1597, 1601[...]225, 472, 502, 1110, 1111, 1113, 1116, 1117, 1234, 1311, 1338[...]»²⁵⁹²

Pour tous ces auteurs, l'étude de ces dispositions diverses, doit révéler un ordre caché qui permettra de trouver un critère de distinction des nullités²⁵⁹³. Ainsi, pour Hartemann, la théorie générale des nullités se trouve dans « [...] des solutions spéciales [...] »²⁵⁹⁴. Selon Pize, après avoir étudié « [...] les articles [régissant les contrats spéciaux][...]C'est[...]à l'interprète à chercher un critérium, qui permette de distinguer dans quel cas un contrat est inexistant, dans quel cas il est seulement annulable ; nous le ferons en remontant des applications et des solutions d'espèces, que nous fournit le Code[...]L'œuvre que nous avons entreprise est une synthèse, une généralisation. »²⁵⁹⁵. Quant à Beudant, il est allé dans le même sens, en estimant qu'en ce qui concerne « [...] la théorie des nullités [...] le Code [...]l'a en quelque sorte passée sous silence ; on ne peut l'édifier qu'en utilisant certaines applications faites à des cas particuliers, pour remonter, par induction, à quelques règles générales. »²⁵⁹⁶. Ce qui est

²⁵⁸⁹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 237.

²⁵⁹⁰ *Idem*, p. 254.

²⁵⁹¹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 60.

²⁵⁹² *Idem*, p. 82; Bourgeon, pour construire sa théorie, il a cité les articles 1527, 2146, 1131, 896, 943, 944 ; 945, 1078 ; 1099, 1172 ; 1174 il s'est demandé si « La loi veut-elle comme dans les articles que nous venons de rappeler dire que ces actes sont dépourvus de tout effet, veut-elle au contraire les déclarer simplement annulables ? » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p.217). Beudant aussi a cité les articles 502, 1601, 146, 1131, 931, 1109[...] Pour construire sa théorie générale, car pour lui, « Sans doute, ce ne sont là que des textes relatifs à des cas spéciaux. Mais, faute d'une théorie présentée d'ensemble par la loi, il est légitime de remonter des applications au principe et d'en tirer une règle générale. » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 193).

²⁵⁹³ Pour Loyer, les auteurs « [...] suivent l'ordre du code et vont glanant dans les articles de la loi des arguments de texte, et, dans les matières diverses des applications nouvelles de leur principe. » (J. Loyer, *Les actes inexistants*, op. cit., p. 133).

²⁵⁹⁴ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 237.

²⁵⁹⁵ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 82.

²⁵⁹⁶ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 187. Pour Bourgeon en étudiant les règles spéciales, « Nous n'entendons pas en effet faire ici une étude analytique ; nous tentons on le sait un travail de généralisation. » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 218).

critiquable, car les règles spéciales n'obéissent pas forcément à un ordre caché permettant de construire une théorie générale des nullités.

II. Les limites de l'utilisation de la diversité des règles pour construire une théorie générale des nullités

643. Si on postule l'existence d'un ordre caché sous la diversité des règles spéciales, il est nécessaire pour prouver l'existence de cet ordre caché, d'utiliser certaines dispositions spéciales. – Or le choix des règles spéciales pour illustrer cet ordre caché n'est pas neutre ; on choisit toujours les règles spéciales qui prouvent l'ordre dont on postule l'existence. Aussi, E. Savaux a estimé que « la définition des notions et des principes généraux du contrat suppose en effet un rapprochement des solutions spéciales qui, prolongeant la sélection et l'interprétation dont elles sont l'objet, multiplient le risque de déformation du droit positif »²⁵⁹⁷, car celui qui sélectionne a toujours un « savoir préalable »²⁵⁹⁸ qu'il cherchera à démontrer²⁵⁹⁹.

Cette critique s'adresse aux auteurs qui ont prétendu construire une théorie générale des nullités en la cherchant dans des dispositions spéciales. Ainsi après avoir étudié les diverses dispositions du Code civil, des auteurs classiques ont prétendu y déceler un ordre caché qui prohiberait la confirmation des actes inexistants²⁶⁰⁰. Pour illustrer la pertinence de cette idée, ils ont fait appel à l'article 1339 C. civ., qui concerne les donations, en oubliant qu'à côté de cet article, il en existe d'autres qui admettent la confirmation des actes inexistants²⁶⁰¹. Ce qui est le cas des articles 1998, 1427 et 1340 C. civ. Il a donc fallu, aux tenants de l'impossibilité

²⁵⁹⁷ Pour E. Savaux, « Bien que les civilistes essaient d'appréhender le plus exactement possible les règles générales du contrat en suivant dans le dédale de la jurisprudence, de la pratique et de la législation spéciale ces exposés ne peuvent jamais être confondus avec le droit positif[...] » (E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., pp. 82, 99.)

²⁵⁹⁸ *Idem*, p. 88.

²⁵⁹⁹ C'est pour cela que Amselek a estimé que « Les lois, les régularités, l'ordre que nous croyons voir dans le monde, nous ne les voyons jamais que dans notre esprit, au travers nos vues mentales [...] » ces vues sont forcément *a priori*. (*Ibid*, p. 223).

²⁶⁰⁰ Cf. *Supra*, n° 336.

²⁶⁰¹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 262. ; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 200.

de confirmer les actes inexistants, soutenir que tous ces articles, qui admettent la confirmation des actes inexistants, ne sont que des exceptions²⁶⁰² et la règle étant l'article 1339 C. civ.²⁶⁰³.

Tel est le vice de cette méthode, qui ne sélectionne que les textes qui prouvent les présupposés de celui qui l'utilise, mais qui occulte les autres textes qui le contredisent²⁶⁰⁴. On comprend ainsi pourquoi ceux qui ont utilisé cette méthode ne sont pas parvenus à rendre compte du droit positif. Par conséquent, on peut dire, comme il a été soutenu dans la première hypothèse de ce travail, que c'est cette méthode de construction de la théorie générale des nullités qui explique son inadéquation au droit positif.

Conclusion de la section

644. Dans cette section, il a été montré que les constructions juridiques sont loin de se limiter au XIX^{ème} siècle ; elles se sont perpétuées au XX^{ème} siècle aussi. – Ce qui a permis, la construction d'une théorie générale des nullités aussi bien chez les auteurs du XIX^{ème} siècle que ceux du XX^{ème} siècle. Un tel résultat est dû à l'influence, des « écoles » d'interprétation du Code civil, sur les auteurs qui ont travaillé la théorie des nullités.

Il a été aussi démontré, que comme la théorie générale des nullités n'existe pas dans le Code civil, ces auteurs ont, pour construire cette dernière, utilisé plusieurs sources qui ne sont pas toutes positives. Les limites de toutes ces sources ont été montrées ici. C'est à cause de l'utilisation de ces dernières que les théories générales des nullités, qui ont été construites au moyen de cette méthode, ne reflètent pas le droit positif.

²⁶⁰² Cf. *Supra*, n° 337.

²⁶⁰³ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 262.

²⁶⁰⁴ Pour eux, le bâtisseur d'une théorie générale « [...] résorbe avec plus ou moins d'artifice des contradictions [...] il aboutit à poser des hiérarchies dont l'existence même paraîtra contestable ; il amène à proclamer [...] des solutions parfois plus affirmées que démontrées ; il comporte le risque d'abandonner en route certaines nuances qui dérangerait la pureté de l'édifice » Ils montrent que Audry et Rau eux aussi étaient parvenus à la même impasse quand ils ont voulu construire leur théorie générale du patrimoine, « [...] alors pourtant que cette théorie ne parvenait pas à fédérer parfaitement les solutions particulières...en effet d'importantes dispositions du droit civil ou du droit commercial la contredisent de front dès l'époque d'Aubry et Rau et ces contradictions, dont on ne voit pas le moyen de les résorber sans artifice, se sont aggravées par la suite. La théorie n'en est pas moins devenue un dogme [...]» (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 230, 231).

Conclusion du Chapitre

645. Si l'étude de la théorie des nullités dans les « écoles » d'interprétation du Code civil a montré des coïncidences chronologiques entre la doctrine sur les nullités, on ne peut pas confondre organiquement l'exégèse à la doctrine classique ou la libre recherche à la doctrine moderne. – Mais cela ne veut pas dire que les méthodes des écoles d'interprétation des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles n'ont pas influencé ceux qui ont construit une théorie générale des nullités. Il a été justement montré dans ce chapitre que les faiblesses des théories générales des nullités sont dues à cette influence méthodologique.

Ceux qui ont construit des théories générales des nullités ont procédé *a priori* ; ils ont ensuite utilisé toutes les sources possibles pour démontrer la pertinence de leurs constructions. Parmi ces sources, ils ont sélectionné celles qui accréditent leurs constructions abstraites et ils ont écarté, ou considéré comme des exceptions, celles qui démentent leurs constructions. Aussi, les théories générales des nullités, qui en ont résulté, n'ont pu refléter le droit positif qu'en partie. Ainsi, se trouve vérifiée la première hypothèse émise dans ce travail, selon laquelle, l'impossibilité des théories générales des nullités est due à leur méthode de construction.

646. C'est pour remédier à ce vice de méthode que Japiot et Drogoul ont estimé qu'il est nécessaire d'étudier toutes ces sources avant de procéder aux constructions logiques. – Ainsi, au début de son travail, Drogoul n'a pas postulé l'existence d'une théorie générale des nullités. En effet, pour lui, construire une théorie générale des nullités grâce à l'étude des dispositions spéciales, suppose « [...]d'y procéder dans un état d'esprit dégagé de toute idée préconçue. Il faut oublier que sur chacun des articles de la loi et sur chacun des mots qui les composent, a été échafaudée toute une pyramide de raisonnements [...] C'est à ce prix seulement que ce travail peut être fécond [...] »²⁶⁰⁵. Il convient donc de raisonner « [...] sans opinion arrêtée d'avance[...] »²⁶⁰⁶. C'est seulement *in fine* qu'il s'est posé la question suivante : le législateur a-t-il ou non une théorie générale des nullités²⁶⁰⁷. Pour répondre, il

²⁶⁰⁵ Pour Drogoul aussi, il faut lire tous les articles et mettre « [...] cote à cote les résultats obtenus, on les compare, et de tout cet ensemble, on voit s'il ne se dégage par la nécessité intime de regrouper tous ces cas en deux ou plusieurs groupes qui se distingueraient entre eux par leur structure fondamentale. » (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., pp. 72 et 73).

²⁶⁰⁶ Pour Drogoul, « Nous préférons, au moins en principe adopter un mode d'exposition plus superficiel en tenant compte surtout de l'ordre numérique du Code civil. Ce mode a d'abord l'avantage de mieux faire ressortir le désordre et l'incertitude de la loi[...] » (*Idem*, p. 74).

²⁶⁰⁷ *Ibid*, p. 72.

affirme qu'il lui « a été impossible d'extraire une théorie générale des formules employées par le législateur [...] »²⁶⁰⁸.

647. **Mais ce remède apporté aux méthodes, de ceux qui ont cherché un ordre défini *a priori* dans les nullités, ne permettra la construction d'une théorie générale des nullités.** – Au contraire, il fait sombrer ceux qui l'ont utilisé dans la casuistique. Le recours des auteurs à la casuistique s'explique donc par les limites des méthodes de construction de la théorie générale des nullités. Cette casuistique en est une réaction. Cette réaction ayant consisté à rejeter toute idée *a priori* sur les nullités, elle ne pouvait mener qu'à la casuistique.

²⁶⁰⁸ *Ibid*, p. 111.

CHAPITRE 2 : LES MANIFESTATIONS DE LA CASUISTIQUE DANS LA PRESENTATION DES NULLITES: LA DISPARITION DES THEORIES GENERALES DES NULLITES CHEZ LES AUTEURS

648. **Dans la première partie de ce travail, les limites d’une théorie générale des nullités ont été montrées.** – En effet, on ne peut pas construire des catégories générales et valables pour tous les contrats, ensuite établir un lien de solidarité entre ces catégories et le régime des nullités. Dans le chapitre précédent, il a été montré que ces limites sont dues à la méthode de construction des théories générales des nullités, car ces théories sont faites à l’aide des constructions *a priori*.

Pour remédier à cette situation, plusieurs auteurs ont proposé d’abandonner ces idées *a priori* (Section 1). Dans ce chapitre, il sera montré, comme il a été soutenu dans la deuxième hypothèse de ce travail, que cet abandon des idées *a priori* va mener plusieurs auteurs à la casuistique. Même ceux, comme Japiot, qui avaient l’intention de construire une théorie générale des nullités n’échappent pas à la casuistique dès lors qu’ils ont abandonné les idées *a priori* (Section 2).

Section 1 : Le rejet des idées a priori dans les théories générales des nullités

Après avoir mis en évidence les limites des idées *a priori* dans la construction de la théorie des nullités (Sous-section 1), plusieurs auteurs ont décidé de les abandonner (Sous-section 2).

Sous-section 1. La mise en évidence des limites des idées a priori dans la théorie des nullités

649. Si pour cerner une chose il est nécessaire de l'observer, cette observation est souvent insuffisante pour comprendre cette chose. – En effet, le plus souvent, on ne peut observer qu'un des aspects de cette chose. C'est pour cette raison que les rationalistes ont estimé qu'on ne peut pas connaître les choses en les observant simplement²⁶⁰⁹. Pour comprendre une chose, il faut au préalable la ranger dans des liens logiques²⁶¹⁰. Ainsi, selon Descartes, si « [...] les expériences sont souvent trompeuses [...] la déduction [...] ne saurait être mal faite [...] par là on voit clairement pourquoi l'arithmétique et la géométrie sont beaucoup plus certaines que les autres sciences[...] »²⁶¹¹. L'exemple de cette méthode se rencontre dans les sciences mathématiques²⁶¹². Dans ces sciences, on avance des idées *a priori*, et on cherche à les démontrer rationnellement. Si elles sont conformes à la logique, elles sont valables, ce qui ne veut pas dire qu'elles sont vraies²⁶¹³, parce qu'une idée peut être logique mais fausse²⁶¹⁴.

²⁶⁰⁹ Car il y a plusieurs phénomènes qui vont contre le bon sens, qui est pourtant l'instrument privilégié de l'observation. Le fait de dire qu'une plume d'oiseau et un bloc de pierre d'une tonne, lâchés en même temps dans le vide vont atteindre le sol en même temps, contredit le bon sens ; et pourtant c'est vrai.

²⁶¹⁰ A. Einstein, *Sur la méthode de la physique théorique*, op. cit, p. 271-274.

²⁶¹¹ Descartes, *Règle pour la direction de l'esprit* (1628), Paris : Ed. Gallimard, 1953, pp. 41, 42.

²⁶¹² E. Husserl, *Idées directrices pour une phénoménologie* (1913), Ed. Gallimard, Paris : 1950, pp. 31, 33.

²⁶¹³ Ainsi pour Kant, « [...] une connaissance peut fort bien être complètement conforme à la forme logique [...] et cependant être en contradiction avec l'objet » (Kant, *Critique de la raison pure* (1781), préface et traduction de A. Tremesaygues et B. Pacaud, Paris : Ed. P.U.F, 1968, p. 81). Il résulte de cette affirmation, qu'il ne suffit qu'une idée soit logique pour qu'elle soit vraie ; pour qu'elle soit vraie, il faut qu'elle soit conforme à son objet. Spinoza ne disait pas autre chose en disant qu'une idée est vraie « [...] en tant qu'elle est dite seulement s'accorder avec ce dont elle est idée [...] » (Spinoza, *Pensées métaphysiques* (1663), Paris : Ed. Garnier-Flammarion, 1964, p. 352).

²⁶¹⁴ **489.** Ainsi, il est tout à fait logique de faire les propositions suivantes : d'une part « l'ami de mon ennemi est mon ennemi » ; « l'ennemi de mon ami est mon ennemi » ; et d'autre part, « l'ennemi de mon ennemi est mon ami » ; « l'ami de mon ami est mon ami » Dans tous ces cas, si les éléments d'une proposition sont homogènes, il s'agira d'un ami, mais si un élément étranger intègre la proposition, il s'agira d'un ennemi. Ce qui permet de démontrer mathématiquement ces propositions, en représentant l'ennemi par 0 et l'ami par tout autre chiffre, positif ou négatif. Cette démonstration mathématique se fonde sur les relations suivantes ; première relation : (+

650. Les auteurs qui ont proposé des théories générales des nullités ont procédé de la sorte. – Ils ont d’abord construit une théorie générale *a priori* et ils ont tout fait pour démontrer la pertinence de cette dernière. C’est pour cette raison que Japiot insiste sur « [...]la méthode classique, sur ses conceptions *a priori*, ses constructions édifiées d’un point de vue trop théorique, à l’aide de raisonnements où la logique abstraite intervient d’une façon trop exclusive»²⁶¹⁵. Ce qui a fait de la théorie classique, selon Japiot, qui a repris Géný, « une sorte d’axiome »²⁶¹⁶ comme dans les sciences mathématiques²⁶¹⁷. Or pour Loyer, qui critique la théorie classique des nullités, « [...] le droit ne doit pas être traité comme une science purement spéculative [...]A la déduction brutalement mathématique, il faut substituer en droit la déduction tempérée par[...]l’utilité[...] »²⁶¹⁸. Par conséquent, le droit n’étant pas une science mathématique, on devrait se passer des idées *a priori* en ce qui le concerne²⁶¹⁹.

Sous-section 2. Le rejet des idées a priori au profit de l’empirisme dans la théorie des nullités

651. Pour rompre avec la méthode scolastique, qui privilégiait les idées *a priori*²⁶²⁰, Francis Bacon a proposé une méthode empiriste. – Pour lui, les idées *a priori* sont un obstacle à la connaissance. En effet, si on pense *a priori* par exemple que le soleil se lève chaque matin pour réchauffer la terre, on pourrait tout à fait prouver cette idée alors qu’elle

a) $+ (-a) = 0$; deuxième relation : $(-a) + (-a) = -2a$. Mais même si ces propositions sont mathématiquement logiques, elles peuvent être démenties par la réalité. Ainsi le petit ami de ma compagne n’est pas mon ami, mais mon ennemi, car c’est un rival. On retrouve la même chose en droit des sociétés aussi. Si A et B sont associés dans une société X, B et C peuvent aussi être associés dans une autre société Y. Ce qui ne veut pas dire forcément que A et C sont associés. Depuis le droit romain, Ulpien avait déjà pris conscience de cette réalité, en affirmant que « *socii mei socius, meus socius non est* ». Traduction : « [...]l’associé de mon associé n’est pas mon associé » (Ulpien, 20, D., *De pro socio*, XVII, 2)..

²⁶¹⁵ R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridiques : Essai d’une théorie nouvelle*, op. cit., p. 3.

²⁶¹⁶ *Idem*, p. 124; Voir aussi : Géný montre que chez les exégètes aussi, « l’on suppose , a priori , une certaine structure intime de l’ordre juridique posée, à titre d’axiome » (Fr. Géný, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 116).

²⁶¹⁷ Pour Pize, « [...]la distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des contrats[...]est l’un des axiomes, l’une des vérités fondamentales de la science du droit.» (J. Pize, *Essai d’une théorie générale sur la distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des contrats*, op. cit., p. 8).; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l’ancien droit français et le code civil*, op. cit., pp. 260, 261 ; C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, op. cit., tome I, p. 45. ; *Contra* : F. Drogoul, *Essai d’une théorie générale des nullités : Étude de droit civil*, op. cit., p. 42.

²⁶¹⁸ J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 17.

²⁶¹⁹ Pour lui, contrairement aux autres classiques, « Le Code Napoléon n’a donc pas de système d’ensemble sur tous les cas de nullité[...]même dans le titre du mariage, le législateur n’a pas conçu *a priori* une théorie quelconque, à laquelle il serait toujours demeuré rigoureusement fidèle. Ma conviction est que, si vous voulez adopter un système exclusif, et suivre sans aucune concession toutes les conséquences, vous pourrez bien être plus logique que le législateur lui-même, mais que vous arriverez à des résultats certainement contraires à sa volonté » (C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., pp. 364, 365).

²⁶²⁰ G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Pref. D. Gutmann, op. cit., p. 29.

n'est pas vraie²⁶²¹. Pour mieux comprendre le soleil, il faut l'observer sans aucune idée préconçue.

Pour corriger les excès des théories générales des nullités, plusieurs auteurs ont utilisé justement cette méthode en rejetant les idées *a priori* dans la conception des théories²⁶²². Ainsi, Drogoul prétend, avant de commencer ses études sur les nullités, s'être « dégagé de toute idée préconçue. »²⁶²³. Quant à Japiot, il affirme, avant de commencer ses recherches, avoir rejeté les « conceptions abstraites *a priori*[...] »²⁶²⁴ des classiques.

652. Comment construire une théorie des nullités alors ? – Pour plusieurs auteurs, c'est en rejetant les idées *a priori* dans la théorie des nullités. Là aussi les auteurs se sont largement inspirés de Francis Bacon selon lequel pour comprendre la nature, il vaut mieux, contrairement aux cartésiens, utiliser une méthode inductive et non déductive²⁶²⁵. Ce qui revient à dire que le scientifique doit observer la chose, et de cette observation, construire une classification²⁶²⁶ ; et non classer les choses rationnellement et ensuite vérifier si la nature rentre dans les catégories construites²⁶²⁷.

C'est cette méthode de Bacon que Japiot a utilisée. Pour cela, il s'est d'abord interrogé « comment construire une théorie générale des nullités »²⁶²⁸. Pour répondre à cette question, il a précisé que sa « [...] théorie nouvelle écartait toute classification *a priori*[...] »²⁶²⁹. Pour cela, il a d'abord étudié des « [...] solutions particulières pour dégager les lois générales dont elles relèveront l'existence »²⁶³⁰. Ce qui revient, contrairement à la méthode de Beudant dont l'induction était en réalité une sorte de déduction car fondée sur un *a priori*²⁶³¹, à utiliser la méthode de l'induction à l'état pur. En effet, contrairement à ce qu'on rencontre chez Beudant²⁶³², l'étude des règles spéciales n'avait pas pour but chez Japiot de prouver la pertinence d'une distinction trouvée *a priori* entre l'annulabilité et l'inexistence ; l'étude des règles spéciales avait pour but chez Japiot de trouver une distinction qu'il ne connaissait pas a

²⁶²¹ F. Braustein-Silvestre & J. F. Pepin, *Les grandes doctrines*, op. cit., p. 148.

²⁶²² R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 5.

²⁶²³ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 73.

²⁶²⁴ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 123.

²⁶²⁵ F. Braustein-Silvestre & J. F. Pepin, *Les grandes doctrines*, op. cit., p. 147.

²⁶²⁶ *Idem*, p. 148.

²⁶²⁷ G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Pref. D. Gutmann, op. cit., p. 27.

²⁶²⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 356.

²⁶²⁹ *Idem*, p. 8.

²⁶³⁰ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 9.

²⁶³¹ Cf. *Supra*, n° 642.

²⁶³² Cf. *Supra*, n° 642.

priori²⁶³³. Toutefois, cette méthode qui sera utilisée par plusieurs autres auteurs ne va pas permettre la construction d'une théorie des nullités ; elle va plutôt mener à la casuistique.

Conclusion de la section

653. La méthode qui consiste à utiliser des idées *a priori* peut être un obstacle à la connaissance, si, lors de leur vérification, on sélectionne uniquement les exemples qui prouvent ces idées *a priori* en excluant les exemples qui le contredisent. – Aussi, certains auteurs ont-ils proposé d'abandonner ces idées *a priori* dans la théorie des nullités. Mais cet abandon va mener ces auteurs inéluctablement vers une casuistique qui rejette toute idée de classification *a priori*.

Section 2 : Le rejet de toute idée de classification des nullités

Le rejet des catégories *a priori* a pour conséquence, dans la théorie des nullités, le rejet des classifications des nullités au profit de la casuistique²⁶³⁴. Ce qui s'est illustré aussi bien au XIX^{ème} siècle (Sous-section 1) qu'au XX^{ème} siècle (Sous-section 2).

Sous-section 1. La casuistique dans la théorie des nullités au XIX^{ème} siècle

654. Avant l'émergence de la théorie générale des nullités, au début du XIX^{ème} siècle, plusieurs auteurs ont étudié les nullités sans les classer réellement. – Ce qui était sans doute du au contexte de l'époque : le Code était neuf et l'enseignement du droit, du fait de la suppression des facultés de droit pendant la Révolution, de moindre qualité pour préparer des

²⁶³³ Cf. *Supra*, n° 680.

²⁶³⁴ Pour aller plus loin dans ce débat sur les catégories juridiques, on peut lire les articles de M. Waline de Brugeilles et de M. Vivant. (M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris : Bruyant, 1963, t. 1, p. 359 ; M. Vivant, « Le plan en deux parties, ou l'arpentage considéré comme un art », in *Etudes offertes à Pierre Catala : Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Paris : Litec, 2001, p. 969 ; R. Brugeilles, « Recherche d'une base scientifique pour la classification des droits et des obligations », *Revue trimestrielle de droit civil* 1910, p. 361-386).

esprits capables de bien systématiser²⁶³⁵. Cela aurait poussé la plupart des auteurs de l'époque à utiliser la casuistique dans la présentation des nullités. C'est ce qu'a montré Ph. Simler, en estimant que « pendant la première moitié du XIX^e siècle, approximativement, la doctrine s'est contentée de faire l'exégèse des textes, de commenter, le plus souvent article par article les dispositions du Code[...] Il s'agissait donc d'une pure casuistique »²⁶³⁶ dans la présentation des nullités. Japiot aussi est allé dans le même sens, affirmant qu'au début du XIX^e siècle, les auteurs étudiaient la « [...] théorie des nullités en commentant la partie du Code ou les textes en traitent [...] »²⁶³⁷ sans aucune vue d'ensemble.

Par conséquent, on peut dire que si tous ces auteurs, du début du XIX^e siècle, ont utilisé la casuistique dans la théorie des nullités par absence d'esprit de synthèse (§ 1), il n'en reste pas moins vrai qu'à côté de ces auteurs, d'autres qui ont prôné la casuistique par réaction contre la théorie générale, au motif que cette dernière serait incapable de refléter le droit positif (§ 2).

§ 1. La casuistique dans la présentation des nullités : Une conséquence de l'absence d'esprit de synthèse de certains auteurs du XIX^e siècle

Si on attribue souvent l'absence d'esprit de synthèse des premiers auteurs, qui ont écrit sur les nullités juste après 1804, au contexte intellectuel de l'époque, ce constat mérite toutefois d'être nuancé²⁶³⁸. Certes des auteurs comme Perrin (A), Biret (B) et Solon (C) se sont livrés à une casuistique dans leur présentation des nullités, mais cette casuistique était loin d'être totale, car à la différence de Drogoul, ils ont su créer des catégories abstraites, construites *a priori*.

²⁶³⁵ Cf. *Supra*, n° 509.

²⁶³⁶ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 27.

²⁶³⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 352. Pour Bourgeon « si nous étudions les auteurs contemporains[...] nous sommes bien obligés de reconnaître que si leur doctrine présente une incontestable supériorité sur l'ancien droit, du moins il n'est pas encore un seul d'entre eux qui ait tenté d'exposer cette théorie sous une forme générale et vraiment scientifique. » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., pp. 231).

²⁶³⁸ Cf. *Supra*, n° 509.

A. La casuistique dans la construction de la théorie des nullités de Perrin

655. Si dans les années qui suivent le Code civil des auteurs, comme Touiller et Delvincourt, ont proposé une esquisse de théorie générale des nullités, Perrin est le premier, qui a écrit un traité, exclusivement consacré aux nullités²⁶³⁹. – En 1816, cet auteur publie son traité des nullités dans lequel, cependant, on ne trouve pas de classification des nullités, car les nullités y sont présentées en sans aucun ordre²⁶⁴⁰. Par conséquent, Bourgeon a estimé que « M. Perrin n’a pas su en effet prendre pour base même de son étude, la distinction de l’inexistence et de l’annulabilité sans laquelle un traité des nullités [...] ne sera jamais qu’une série de dispositions éparses sans suite et sans vue d’ensemble »²⁶⁴¹.

Cette absence de vue d’ensemble ne pouvait mener qu’à la casuistique, c’est-à-dire à la confusion. D’ailleurs, dans un article, paru à Themis dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, Guy a critiqué la confusion chez Perrin en estimant qu’on « [...] retrouve dans son ouvrage la même confusion qui règne, à cet égard dans le livre de la loi[...]chaque partie de son plan atteste cette confusion »²⁶⁴². C’est pour cette raison que l’on peut dire que la présentation des nullités chez Perrin est casuistique.

656. Cependant, une telle présentation doit être relativisée. – En effet, le but de Perrin, contrairement à ce que soutiennent Japiot, Bourgeon et l’article à la Themis, ce n’était pas d’étudier les nullités sans aucune vue d’ensemble. Aussi, dès le début de ses travaux, il a tenu à se démarquer des commentaires au cas par cas en estimant qu’il « existe des commentaires particuliers sur les donations, sur les testaments [...]et sur une foule de matières dont chacune a ses règles propres. Ici, on a embrassé l’universalité de la législation civile ; car tous les actes, quel qu’en soit, sont assujettis [...] aux principes généraux des nullités »²⁶⁴³. Ce sont ces principes généraux qu’il a voulu mettre en lumière, en distinguant les « différentes classes des nullités [...] en posant le principe de la puissance absolue ou relative de celles-ci. »²⁶⁴⁴.

657. On doit donc relativiser l’idée selon laquelle Perrin n’avait aucune vue d’ensemble sur les nullités. – En effet, il a proposé une distinction générale des nullités en

²⁶³⁹ R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridiques : Essai d’une théorie nouvelle*, op. cit., p. 130.

²⁶⁴⁰ Ph. Bourgeon, *Distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 241.

²⁶⁴¹ *Idem*.

²⁶⁴² *Ibid*, pp. 241, 243.

²⁶⁴³ J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., p. 24.

²⁶⁴⁴ *Idem*, p. 29.

intitulant un des chapitres de son traité « *Des différentes espèces de nullités [...]* »²⁶⁴⁵. Dans ce chapitre, il a distingué *a priori* « [...] la nullité d'ordre public ou absolue [...] »²⁶⁴⁶ de « la nullité de droit privé[...]et[...]relative[...] »²⁶⁴⁷. Cette distinction, valable pour tous les contrats est fondée sur l'intérêt protégé. Dans ce cas, pourquoi parler d'absence de vue d'ensemble chez Perrin ? C'est sans doute parce qu'il est rentré dans trop de détails. Mais ces détails servent à illustrer sa distinction générale, valable pour tous les contrats. Certes, pour Bourgeon, du fait de sa méthode, le travail de « M. Perrin[...]ne sera jamais qu'une série de dispositions éparées[...] »²⁶⁴⁸, mais si Perrin a utilisé les dispositions éparées, contrairement à la méthode qu'utilisera Drogoul au XX^{ème} siècle²⁶⁴⁹, c'est pour démontrer sa vue d'ensemble, construite *a priori* et fondée sur la distinction entre la nullité absolue et relative. C'est pour cette raison qu'il a estimé qu'en « [...] publiant ce traité [...] je n'ai entendu donner que des principes suivis de quelques exemples propres en en aider l'intelligence »²⁶⁵⁰.

On ne peut donc pas se limiter aux exemples que Perrin utilise ici pour dire qu'il n'a pas une vue d'ensemble sur les nullités ; ces exemples ne sont utilisés que pour démontrer sa vue d'ensemble. L'étude des nullités chez Biret aussi pousse à la même prudence dans le reproche de casuistique.

B. La casuistique dans la construction de la théorie des nullités de Biret

658. Le deuxième traité, exclusivement consacré aux nullités, fut celui de Biret. – Ce traité, qui est intitulé *Traité des nullités de tous genres*, fut publié en 1821. Selon Bourgeon, il ne contiendrait aucune distinction des nullités, parce que, pour qualifier les nullités « d'absolues et de relatives »²⁶⁵¹, Biret se serait contenté de régler chaque cas particulier en s'en remettant au juge. Ce qu'illustrent parfaitement les propos de ce dernier quand il dit, en parlant des nullités, que « la seule idée de tant d'éléments divers nous dit assez qu'il appartient uniquement à la jurisprudence de déterminer et d'appliquer ces nullités d'ordre

²⁶⁴⁵ *Ibid*, p. 47.

²⁶⁴⁶ *Ibid*, p. 52.

²⁶⁴⁷ *Ibid*, p. 58.

²⁶⁴⁸ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 241 et s.

²⁶⁴⁹ Cf. *Infra*, n° 646 et 675.

²⁶⁵⁰ J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., p. 35.

²⁶⁵¹ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 244.

public et privé, ces nullités absolues et relatives. Mais ces éléments sont éparés dans une foule de lois et de règlements disséminés eux-mêmes dans des matières plus nombreuses encore [...] Nulle part dans nos lois, dans nos recueils, il n'existe une réunion théorique des nullités[...] »²⁶⁵².

Aussi, Japiot a-t-il estimé, en parlant du travail de Biret, que cet « [...]ouvrage, écrit par un praticien, renferme des vues très pratiques[...]On remarquera que chaque question y est résolue par des distinctions différentes, fondées sur la nature des choses et la matière particulière à laquelle elles s'adaptent »²⁶⁵³. Ph. Simler aussi ne dira pas autre chose en estimant que « pendant la première moitié du XIX^e siècle [...]Il s'agissait donc d'une pure casuistique [dans le domaine des nullités [...] l'ouvrage de Biret[...]est révélateur de la méthode employée[...] »²⁶⁵⁴ à l'époque.

659. Cette casuistique aurait empêché toute classification des nullités dans le traité de Biret, du fait de l'absence de critère précis²⁶⁵⁵. – Son auteur n'hésitait pas, au demeurant, à confondre les vices du consentement, sanctionnés par la nullité relative et l'absence de consentement, sanctionnée par la nullité absolue²⁶⁵⁶. Ainsi, pour lui, « [...]sont viciées de nullité absolue, les conventions infectées de dol ou de fraude, ou produites par erreur[...] »²⁶⁵⁷. C'est pour cette raison que Bourgeon a critiqué Biret en estimant que « [...]nous ne pouvons empêcher de reconnaître qu'il règne, en ce qui concerne la distinction des actes qui n'ont pas d'existence juridique et ceux qui sont seulement annulables les plus regrettables confusions. M. Biret embrasse dans son traité un nombre beaucoup trop considérable [...] »²⁶⁵⁸ de cas sans les systématiser.

660. Toutefois, ici aussi, une telle présentation de Biret doit être nuancée. – En effet, si on peut lui reprocher son incohérence sur les vices du consentement, on ne peut pas dire qu'il se soit livré à une pure casuistique. Certes, dès le début de son travail, après avoir vu la diversité des nullités, il a pris conscience de la casuistique des nullités dans la

²⁶⁵² M. Biret, *Traité des nullités de tous genres : Substantielles et de procédures*, op. cit., tome I, pp. 6 et 7.

²⁶⁵³ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 130 note 2.

²⁶⁵⁴ P. Simler, *Nullités partielles des actes juridiques*, op. cit., p. 27. Pour Bourgeon, « La date même à la quelle ce traité fit son apparition soit la principale excuse de son auteur ; à cette époque, en effet, la science juridique ne fournissait encore sur la question qui nous occupe que des données imparfaites » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 247).

²⁶⁵⁵ *Idem*, p. 244.

²⁶⁵⁶ *Ibid*, p. 246.

²⁶⁵⁷ M. Biret, *Traité des nullités de tous genres : Substantielles et de procédures*, op. cit., tome I, p. 50.

²⁶⁵⁸ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 243.

jurisprudence²⁶⁵⁹. Mais son travail visait justement à dépasser cette casuistique en offrant au juge une synthèse des cas particuliers. Aussi a-t-il estimé que quand il a décidé de dépasser la casuistique du juge pour proposer une étude d'ensemble sur les nullités, «Une perspective immense s'est alors offerte à mon esprit. Rassembler les principes du droit romain et de l'ancienne jurisprudence sur les nullités de tout genre, les comparer avec les lois nouvelles, puiser dans celles-ci des règles nombreuses, dispersées dans de milliers de textes [...] telle est la pénible tâche que j'ai entreprise et exécutée pour faire ressortir fortement les principes régulateurs qui déterminent et font admettre les nullités. Mais cette tâche n'a point été remplie sèchement ; j'ai dû varier l'intérêt qu'elle présente, par des distinctions et des divisions essentielles [...] Cet ouvrage, fruit de longues méditations, présente donc une réunion qui n'existe pas encore dans la jurisprudence. »²⁶⁶⁰

Cela prouve que Biret a cherché à dépasser la casuistique du droit positif. Certes, son étude a porté sur tous les cas possibles dans le Code civil en suivant le plan de ce dernier, comme le fera Drogoul au XX^{ème} siècle²⁶⁶¹, mais contrairement à Drogoul, qui excluait toute classification *a priori*, avant d'étudier les différentes parties du code qui parlent des nullités, son étude a été «[...]précédée d'un examen[...] de la nature des nullités[...] de leurs divisions de leurs effets et de leur proposabilité»²⁶⁶². Cela lui a permis de distinguer *a priori* « [...] les nullités d'ordre public et d'intérêt privé, les nullités absolues et relatives [...] »²⁶⁶³. C'est cette distinction, fondée clairement sur l'intérêt protégé et qui détermine le régime des nullités²⁶⁶⁴, qu'il va appliquer aux diverses nullités, comme celles du mariage, de la société et de la donation, pour illustrer sa vue d'ensemble sur les nullités²⁶⁶⁵.

661. Aussi, on doit relativiser le reproche qui est fait à Biret relativement à sa casuistique. – En effet, il avait bien une vue d'ensemble, construite *a priori* et fondée sur le critère lié à l'intérêt protégé, sur les nullités. Ce qui lui a permis de distinguer, de façon abstraite, les nullités absolue et relative. Quant aux cas particuliers, ils n'étaient utilisés que pour démontrer cette vue d'ensemble. Ce qui prouve que Biret n'était pas un véritable casuiste. En effet, contrairement à ce que fera Drogoul au XX^{ème} siècle²⁶⁶⁶, il ne s'arrête pas à la diversité des cas, mais il a cherché à la dépasser pour avoir une vue d'ensemble. Ce qui ne

²⁶⁵⁹ Cf. *Supra*, n° 658.

²⁶⁶⁰ M. Biret, *Traité des nullités de tous genres : Substantielles et de procédures*, op. cit., tome I, pp. 8 et 9.

²⁶⁶¹ Cf. *Infra et Supra*, n° 646 et 675.

²⁶⁶² M. Biret, *Traité des nullités de tous genres : Substantielles et de procédures*, op. cit., tome I, p. 9.

²⁶⁶³ *Idem*, p. 31.

²⁶⁶⁴ *Ibid*, pp. 31, 45 et 47.

²⁶⁶⁵ *Ibid*, pp. 111, 112, 266 et 408.

²⁶⁶⁶ Cf. *Infra et Supra*, n° 646 et 675.

fut pas le cas de Solon qui lui tente une véritable casuistique, même si lui aussi il n'ignorait pas totalement toute classification des nullités construite *a posteriori*.

C. La casuistique dans la construction de la théorie des nullités de Solon

662. Solon a publié son traité sur les nullités, quatorze ans après celui de Biret, en 1835²⁶⁶⁷. – Son travail est un véritable progrès par rapport à ce qui se faisait à son époque, car même s'il a tenu compte de la diversité des cas, il a esquissé une classification des nullités. Ainsi, dans son travail, il a d'abord distingué les nullités d'ordre public des nullités de droit privé²⁶⁶⁸. Il a ensuite distingué les nullités d'ordre public secondaire des nullités d'ordre public proprement dit²⁶⁶⁹. Ensuite il a ajouté à cette distinction, la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative²⁶⁷⁰. Il a parlé aussi des nullités de plein droit et les nullités par voie d'action²⁶⁷¹ ; sans oublier la distinction entre la nullité et la rescision²⁶⁷². Il a enfin distingué la nullité continue de la nullité non continue²⁶⁷³.

Au regard de la diversité de cette distinction, on peut se demander s'il s'agit ici d'une véritable classification ou d'un simple catalogue. D'après lui, c'est une classification, même s'il a concédé que ces « définitions [...] paraîtront subtiles[...] Mais, néanmoins, nous nous sommes convaincu combien il était utile de les classer et de ne pas les confondre, vu que leur importance, leurs effets, le droit de les proposer, la facilité de les couvrir par la ratification, enfin leur application dépendent le plus souvent de l'espèce à laquelle elles appartiennent»²⁶⁷⁴.

663. Mais, malgré cet effort pour justifier sa classification, il n'a pas pu réellement systématiser les diverses nullités ; il n'a fait qu'énumérer ces nullités. – Aussi, Bourgeon a estimé que si la théorie des nullités de Solon est parmi les théories des auteurs de la première moitié du XIX^{ème} siècle « [...] certainement ce qui a été écrit de meilleur sur les

²⁶⁶⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 131.

²⁶⁶⁸ M.V. H. Solon, *Théorie sur la nullité des conventions et actes de tout genre en matière civile*, op. cit., tome I, p. 3.

²⁶⁶⁹ *Idem*, p. 4.

²⁶⁷⁰ *Ibid*, p. 5.

²⁶⁷¹ *Ibid*.

²⁶⁷² *Ibid*, p. 10.

²⁶⁷³ *Ibid*, p. 11.

²⁶⁷⁴ *Ibid*, p.12.

nullités, mais elle est au-dessous des progrès aujourd'hui réalisés par la science du droit »²⁶⁷⁵. Cela est dû, selon Japiot, au fait que même s'il a cité la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative, cette distinction n'était qu'une « des distinctions »²⁶⁷⁶ des nullités parmi d'autres chez lui. Par conséquent, on ne peut pas considérer les classifications de Solon comme de véritables classifications ; il s'agit seulement d'une façon pour lui d'adapter la nullité à chaque cas, ce qui est une casuistique.

664. Cette casuistique est due à la méthode de Solon. – Pour son traité, il a d'abord commencé, sans *a priori*, par étudier les diverses lois, estimant ensuite qu'un « [...] examen sur les diverses espèces de lois[...] nous suffira de dire que l'on doit observer dans les nullités les mêmes caractères ; et que, comme les lois dont elles sont la sanction[...] elles ne sont point toujours et indistinctement établies pour tous. Aussi les divise-t-on en plusieurs espèces [...] »²⁶⁷⁷. On peut en déduire que, comme il voulait calquer la diversité des nullités sur celle des lois, si les lois étaient divisées chez lui entre les lois d'intérêt général et les lois d'intérêt privé, il n'y aurait pas de casuistique chez lui, car la violation des lois d'intérêt général serait sanctionnée par la nullité absolue et la violation des lois d'intérêt particulier par la nullité relative.

Mais chez lui, la diversité des lois ne se limite pas qu'à la distinction entre les lois d'intérêt privé et les lois d'intérêt général ; pour lui, « [...] ces lois se rapportent à une infinité d'intérêts distincts ; aussi variés, en quelque sorte, que les actions des hommes [...] »²⁶⁷⁸. Donc, si classer les nullités suppose de tenir compte de cette diversité, la casuistique n'est pas loin, car les lois sont très diverses. Or, c'est exactement ce qu'a fait Solon, puisque pour lui « [...] il est certain que pour bien classer les nullités, pour faire connaître leurs diverses espèces, nous avons dû jeter un coup d'œil rapide sur[...] le caractère des diverses lois[...] »²⁶⁷⁹. Ce qui peut expliquer la casuistique chez lui, car, contrairement à Aubry et Rau qui ont su dépasser la diversité des lois pour proposer une théorie générale²⁶⁸⁰, lui il n'a pas su dépasser cette diversité. Ce qui ne veut pas dire que la méthode d'Aubry et Rau faisait l'unanimité au XIX^{ème} siècle. En effet, plusieurs auteurs de l'époque l'ont critiquée en choisissant la voie de la casuistique qui a été tracée par Solon.

²⁶⁷⁵ Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 252.

²⁶⁷⁶ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 131.

²⁶⁷⁷ M.V. H. Solon, *Théorie sur la nullité des conventions et actes de tout genre en matière civile*, op. cit., tome I, p. 3.

²⁶⁷⁸ *Idem*, pp. 1, 2.

²⁶⁷⁹ *Idem*.

²⁶⁸⁰ Cf. *Supra*, n° 513.

§ 2. La casuistique dans la présentation des nullités : Une réaction contre les systématisations de certains auteurs du XIX^{ème} siècle

Parmi les auteurs du XIX^{ème} siècle, tout comme chez ceux du XX^{ème} siècle, certains auteurs vont utiliser la casuistique contre la naissance des théories générales. Ce qui s'est illustré aussi bien dans la distinction entre la nullité virtuelle et la nullité textuelle (A) que dans les autres distinctions des nullités (B).

A. La casuistique dans la distinction entre les nullités virtuelle et textuelle

Si la réalité de la distinction entre la nullité textuelle et la nullité virtuelle fait débat en droit commun des contrats (I), son intérêt ne fait aucun doute dans certains domaines spécifiques(II). D'où la nécessité de trouver un critère de distinction entre ces deux nullités. Or, dans la recherche de ce critère, contre la théorie générale d'Aubry et Rau, certains auteurs ont proposé la casuistique (III).

I. La réalité de la distinction entre les nullités virtuelle et textuelle en droit des contrats

665. Le principe selon lequel il n'y a pas de nullité sans texte signifie que même si un contrat viole une règle, lors de sa formation, si la violation de cette règle n'est pas expressément sanctionnée par la nullité, on ne peut pas prononcer cette nullité. – C'est d'ailleurs pour échapper à cet obstacle que la théorie classique des nullités a été inventée avec l'inexistence²⁶⁸¹. Mais, à côté de cette nullité textuelle, il y avait aussi la nullité virtuelle. Cette nullité permet de sanctionner la violation de certaines règles qui ne sont pas expressément sanctionnées par la nullité.

²⁶⁸¹ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 120.

Ce qui peut expliquer la coexistence entre la nullité virtuelle et la nullité textuelle chez Aubry et Rau²⁶⁸², car pour eux, « les nullités sont[...]textuelles ou virtuelles»²⁶⁸³. Mais cette distinction ne serait valable que pour le mariage²⁶⁸⁴, la société²⁶⁸⁵ et la procédure civile²⁶⁸⁶ ; elle ne concernerait pas le droit commun des contrats. Même dans le domaine du mariage, elle serait mise en cause²⁶⁸⁷. Ce qui ne l'empêche pas d'exister, de façon résiduelle, en droit des sociétés²⁶⁸⁸. D'où l'intérêt de bien distinguer ces nullités, car cette distinction peut avoir des conséquences pratiques.

II. L'intérêt de la distinction entre les nullités virtuelles et textuelles

666. Il y a plusieurs intérêts à distinguer la nullité virtuelle de la nullité textuelle. – Ainsi, la nullité virtuelle peut passer outre le silence du texte, alors que la nullité textuelle elle, elle exige un texte²⁶⁸⁹. En plus de cet intérêt, un autre concerne le pouvoir du juge. Ainsi, pour Aubry et Rau, « au point de vue de l'office du juge, il y a cette différence à établir entre les nullités textuelles et les nullités virtuelles, que pour les premières, le juge a uniquement à examiner en fait si le précepte prescrit à peine de nullité a été violé, tandis que pour les secondes, il doit non-seulement vérifier en fait si tel précepte légal a été ou non violé, mais encore apprécier en droit si la violation de ce précepte est [...] de nature à entraîner la nullité de l'acte attaqué»²⁶⁹⁰. D'où la nécessité de trouver un critère précis pour distinguer ces deux types de nullités.

²⁶⁸² *Idem*, p. 27.

²⁶⁸³ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome I, p. 119. ; G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 265.

²⁶⁸⁴ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, et Fr. Chabas, *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, op. cit., tome II, p. 282.

²⁶⁸⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^è éd, op. cit., p. 105.

²⁶⁸⁶ J. Bauchard, « Originalité et difficultés d'application de la théorie des nullité des actes de procédure dans le procès civil », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008, p. 146.

²⁶⁸⁷ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 86.

²⁶⁸⁸ Cf. *Infra*, n° 711.

²⁶⁸⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., pp. 329 et s.

²⁶⁹⁰ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome I, p. 120.

III. Le critère de la distinction entre les nullités virtuelle et textuelle

« Quel est donc le critérium qui doit servir à reconnaître les nullités virtuelles »²⁶⁹¹ se demandait Mortet. Pour répondre à cette question, si certains auteurs ont utilisé un critère général (1), d'autres ont réagi contre ce critère général en proposant la casuistique (2).

1. L'utilisation d'un critère général dans la distinction entre les nullités virtuelle et textuelle

667. Pour Durry, dès le XIX^{ème} siècle, l'interprétation stricte de la loi a « [...] conduit les exégètes à une distinction purement formelle entre les dispositions prohibitives[...]et les dispositions impératives[...] »²⁶⁹². De cette distinction, va dépendre la distinction entre la nullité virtuelle et la nullité textuelle. Un acte violant une disposition impérative n'est nul que si une règle spéciale, c'est-à-dire une clause irritante, le prévoit²⁶⁹³. C'est pour cette raison que cette nullité est textuelle²⁶⁹⁴. Un acte violant une disposition prohibitive peut être annulé sans qu'une disposition spéciale le prévoie²⁶⁹⁵ : c'est pour cette raison que cette nullité est virtuelle²⁶⁹⁶.

Cependant, la nullité virtuelle peut aussi sanctionner la violation d'une disposition impérative, même si un texte spécial ne le prévoit pas²⁶⁹⁷. Ce qui complique la distinction, car la nullité virtuelle n'est plus liée à la sanction de la violation d'une disposition prohibitive, puisque ici elle sanctionne la violation d'une disposition impérative. D'où l'intervention de Touiller pour préciser comment la violation d'une disposition impérative, qui est censée être sanctionnée par la nullité textuelle, peut être sanctionnée par une nullité virtuelle. Pour lui, les nullités

²⁶⁹¹ C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., p. 146.

²⁶⁹² G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 613. ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., pp. 265 et s.

²⁶⁹³ *Idem*, p. 265.

²⁶⁹⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Laquette, *Droit civil les obligations*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 105.

²⁶⁹⁵ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 266.

²⁶⁹⁶ *Idem*.; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome I, p. 120 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Laquette, *Droit civil les obligations*, 10^{ème} éd, op. cit., p. 105.

²⁶⁹⁷ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 267.

sanctionnant les dispositions impératives peuvent être virtuelles si la formalité omise est substantielle²⁶⁹⁸. Mais si la formalité est accidentelle, il faut une clause irritante, c'est-à-dire une disposition spéciale prévoyant cette nullité, car elle redevient textuelle dans ce cas²⁶⁹⁹.

Quant à Aubry et Rau, pour eux, si la violation des lois d'ordre public (et donc prohibitives) est sanctionnée par la nullité virtuelle, en ce qui concerne les règles d'intérêt privé, (et donc impératives), « [...] la contravention à leurs préceptes entraîne la nullité virtuelle, lorsque cette contravention porte sur des conditions ou des formalités dont l'accomplissement est indispensable à la réalisation du but que le législateur s'est proposé d'atteindre [...] »²⁷⁰⁰. Cependant, cette distinction abstraite et générale, entre la nullité virtuelle et la nullité textuelle fondée sur la nature de la règle violée et l'importance de la formalité ignorée, n'a pas été reprise par tous les auteurs de l'époque.

2. L'utilisation de la casuistique dans la distinction entre les nullités virtuelles et textuelles

668. Les critères généraux, qui sont fondés sur la nature de la règle violée et l'importance de la formalité ignorée, proposés par Touiller et Aubry et Rau dans la distinction entre les nullités virtuelles et les nullités textuelles ont été critiqués (a). D'où l'utilisation de la casuistique dans cette distinction (b).

a. La critique des théories générales dans la distinction entre les nullités virtuelles et textuelles

669. **La distinction abstraite, des nullités virtuelles et des nullités textuelles, fondée sur la nature de la règle violée et l'importance de la formalité ignorée peut avoir un fondement historique réel.** – Cette distinction est fondée sur le principe selon lequel, un acte violant une disposition impérative n'est nul que si une règle spéciale le prévoit. C'est pour cette raison que cette nullité est textuelle²⁷⁰¹. Quant à l'acte violant une disposition

²⁶⁹⁸ *Idem*, p. 266.

²⁶⁹⁹ *Ibid*, p. 267.

²⁷⁰⁰ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome I, p. 120. ; C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, op. cit., pp. 146, 147.

²⁷⁰¹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 265.

prohibitive, il serait nul sans qu'une disposition spéciale le prévoie, c'est pour cette raison que cette nullité est virtuelle.

Cette notion de disposition prohibitive et impérative existait déjà à Rome, puisqu'à l'époque, il y avait des *leges perfectae*, c'est-à-dire les dispositions prohibitives, sanctionnées par la nullité. À côté de ces règles, il y avait aussi les *leges minusquam perfectae*, c'est-à-dire des règles impératives et sanctionnées par une peine pécuniaire. Il y avait enfin les *leges imperfectae*²⁷⁰² qui étaient des règles sans sanction²⁷⁰³. Les empereurs Théodose et Valentinien avaient même précisé, dans une constitution, que la violation de toute disposition prohibitive de la loi entraînait la nullité virtuelle²⁷⁰⁴. Le titre préliminaire du Code civil avait repris cette constitution en disposant que « les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée »²⁷⁰⁵. Mais, lors du vote définitif du Code civil, cette disposition fut retirée. Ce qui n'a pas empêché Huc de reconnaître un effet positif à cette dernière. En effet, pour lui, « quoique cette disposition ne figure pas dans le titre préliminaire [...] l'idée qu'elle contient [...] n'en est pas moins vraie »²⁷⁰⁶.

670. Cela donne à la distinction générale, entre la nullité virtuelle et la nullité textuelle, utilisant la nature de la règle violée et l'importance de la formalité ignorée comme critère, un fondement historique. – Cependant, on ne peut pas en dire autant de son fondement positif. En effet, pour Duranton, « [...] la loi romaine [...] ne peut être admise dans notre droit que comme une de ces règles générales[...] »²⁷⁰⁷. Pour illustrer cette absence de fondement positif de ce critère général, Hartemann, alors même qu'il est favorable à une théorie générale²⁷⁰⁸, a montré qu'il y a des dispositions « [...] bien que prohibitives, ne sont pas sanctionnées par la nullité »²⁷⁰⁹ virtuellement. Pour illustrer cette affirmation, il cite les articles 296, 295, 298 et 348 C. civ.²⁷¹⁰.

²⁷⁰² G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., pp. 74, 75.

²⁷⁰³ Ulpian, D. 1, 1, 1 et 2.

²⁷⁰⁴ C. J. 1, 14, 5 ; Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome I, p. 186 ; E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 265.

²⁷⁰⁵ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 270.

²⁷⁰⁶ Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., tome I, p. 186.

²⁷⁰⁷ M. Duranton, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, op. cit., tome XII, p. 610.

²⁷⁰⁸ Cf. *Supra*, n° 642.

²⁷⁰⁹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 273.

²⁷¹⁰ *Idem* ; A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^è éd par J. de la Morandière, op. cit., n. 88.

Aussi, Duranton critique-t-il les auteurs qui ont estimé qu'en ce qui concerne la loi prohibitive « [...] d'une manière générale [...] la contravention à la loi rend l'acte nul [...] »²⁷¹¹, car pour lui, cette position est « [...]trop absolue et pour cela même qu'elle manque d'exactitude»²⁷¹². Pour aller dans le même sens, on peut estimer qu'une règle, dont la violation est sanctionnée par une sanction pénale, est plus qu'une disposition impérative, mais c'est une disposition prohibitive. Ce qui n'a pas empêché la Cour de cassation de refuser d'annuler un contrat violant une disposition pénale, au motif qu'aucun texte particulier ne prévoyait la nullité du contrat violant une telle disposition en plus de la peine, alors même que cette disposition est prohibitive²⁷¹³.

Cela prouve qu'il n'y a pas un critère général disant que la violation d'une disposition impérative est sanctionnée par la nullité textuelle et la celle d'une disposition prohibitive, par une nullité virtuelle. Dans cette affaire, alors même que la règle violée est une disposition prohibitive, la Cour a estimé que la nullité était textuelle et non virtuelle. Par conséquent, certains auteurs ont préféré utiliser la casuistique pour distinguer la nullité virtuelle de la nullité textuelle.

b. La distinction concrète entre la nullité virtuelle et la nullité textuelle

671. Bien qu'ayant participé à la théorie générale des nullités²⁷¹⁴, Demolombe a très tôt pris conscience de la nécessité d'introduire une casuistique dans cette théorie. – Cette casuistique s'est manifestée dans sa distinction entre les nullités virtuelles et les nullités textuelles. En effet, pour lui, on ne peut pas distinguer abstraitement la nullité virtuelle de la nullité textuelle, « tout dépend donc du sujet particulier dont il s'agit [...] Le Code Napoléon n'a donc pas de système d'ensemble sur les nullités. Sauf les hypothèses où la nullité est textuellement prononcée, aucune formule n'est par elle seule [...]irritante»²⁷¹⁵.

On retrouve ce même rejet d'une distinction générale chez Duranton aussi. Pour lui la distinction entre la nullité textuelle et la nullité virtuelle « [...]n'est point d'une application

²⁷¹¹ M. Duranton, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, op. cit., tome XII, p. 610.

²⁷¹² *Idem*.

²⁷¹³ Civ. 1^{ère}, 15 dec. 1998 : *Bull. civ.* I, n° 366; *Voir aussi* : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 328; M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 357.

²⁷¹⁴ Cf. *Supra*, n° 64 et 641.

²⁷¹⁵ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 365.

générale et absolue dans le Code civil, car il est une foule de cas dans lesquels la contravention à la prohibition de la loi ne donne même pas lieu à faire annuler l'acte[...]le titre du mariage en fournissait plusieurs exemples notamment l'article 228[...]»²⁷¹⁶. Donc pour lui, il faut étudier chaque texte particulier, c'est pour cette raison qu'il a cité les articles, 896, 931, 943, 944, 945, 1597, 2063 et 2185 C. civ., pour étudier chacune de ces lois²⁷¹⁷. Ce qui prouve là aussi la casuistique, dans la distinction des nullités virtuelle et textuelle, chez certains auteurs, car on tient compte de chaque loi. La même casuistique était prônée dans les autres distinctions des nullités aussi au XIX^{ème} siècle.

B. La casuistique chez Demolombe dans les autres distinctions des nullités

Demolombe ne suit pas systématiquement le plan du Code²⁷¹⁸, et fait preuve d'un « [...]esprit de méthode et de généralisation »²⁷¹⁹. Aussi, il se montre plus disposé à construire une théorie générale des nullités qu'à se livrer à une casuistique. Toutefois, malgré cet élan pour la généralisation, il a fait la promotion de la casuistique dans sa théorie des nullités, comme on l'a montré ci-dessus (I), sans pour autant aller jusqu'au bout (II).

I. La promotion de la casuistique chez Demolombe

672. Après avoir étudié toutes les règles régissant les nullités, dans le Code civil, Demolombe s'est rendu compte qu'il n'existe aucune classification des nullités dans ce code. – Aussi, a-t-il estimé qu'aucune théorie générale, voire seulement une théorie spécifique à un contrat, ne peut systématiser les diverses règles régissant les nullités dans le Code civil²⁷²⁰. Face à un tel constat, que faire ? Pour Demolombe : « ma conviction est que, si vous voulez adopter un système exclusif, et suivre sans aucune concession toutes les conséquences, vous pourrez bien être plus logique que le législateur lui-même, mais que vous

²⁷¹⁶ M. Duranton, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, op. cit., tome XII, p. 611.

²⁷¹⁷ *Idem*, p. 615.

²⁷¹⁸ J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 67.

²⁷¹⁹ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., p. 96.

²⁷²⁰ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., pp. 362, 363, 364, 365.

arriverez à des résultats certainement contraires à sa volonté»²⁷²¹. Ce qui revient à dire qu'une théorie générale des nullités, construite par la doctrine, ne doit pas remplacer l'absence de classification dans le Code civil.

D'où la nécessité, selon Demolombe, de « [...]se garder de l'esprit de système, et de ne pas substituer une théorie absolue, si rationnelle qu'elle puisse être [...] au défaut de théorie de la loi ! »²⁷²² Si Demolombe avait suivi cette injonction, il serait tombé dans la casuistique, car la loi elle-même n'a pas distingué les nullités. Dans ce cas, suivre la loi, et renoncer à toute systématisation que permet une théorie, reviendrait à étudier les nullités au cas par cas. Ce qui est une casuistique. Mais Demolombe n'a pas tenu parole.

II. La pratique des théories chez Demolombe

673. Alors même qu'il a promis de ne pas distinguer les nullités, et que le Code ne procède pas à cette distinction, il a distingué le mariage nul du mariage inexistant. – Après cette distinction, il a estimé que pour les contrats en général, il « [...] faudrait appliquer les principes que j'ai posés plus haut, en ce qui concerne le mariage nul ou non existant ; mais les appliquer avec mesure, avec discernement [...] de manière enfin à ne pas introduire dans le Code Napoléon une théorie absolue, qui n'a certainement pas été la sienne[...] »²⁷²³. Cependant, malgré cette précaution de langage, Demolombe a esquissé ici une théorie générale des nullités qui est fondée sur la distinction entre l'annulabilité et l'inexistence²⁷²⁴.

Aussi, Drogoul a critiqué la rhétorique de Demolombe en estimant que si on peut « [...]louer la modération »²⁷²⁵ de ce dernier, pour avoir insisté « [...]fortement sur les difficultés d'une théorie générale, sur les dangers de l'esprit de système[...] »²⁷²⁶, il n'a pas toujours tenu parole, car cette promesse « [...] ne persiste pas toujours au cours des explications ultérieures,

²⁷²¹ *Idem*

²⁷²² *Ibid*, p. 367.

²⁷²³ *Ibid*, p. 372.

²⁷²⁴ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 9.

²⁷²⁵ *Idem*, p. 8.

²⁷²⁶ *Ibid*

ce qui la fait apparaître plutôt comme une habile précaution oratoire que comme la manifestation d'un principe directeur»²⁷²⁷.

Ainsi, si les premiers auteurs du XIX^{ème} siècle ont utilisé la casuistique sans expliquer pourquoi, chez Demolombe et ceux qui ont critiqué le critère général dans la distinction entre les nullités virtuelle et textuelle, la promotion de la casuistique est justifiée par le rejet de la théorie générale des nullités. C'est exactement pour cette raison que les auteurs du XX^{ème} siècle vont eux aussi utiliser la casuistique. En effet, eux aussi ils vont d'abord rejeter les théories générales qui sont construites *a priori* avant de se livrer à la casuistique.

Sous-section 2. La casuistique dans la théorie des nullités au XX^{ème} siècle

Si plusieurs auteurs du XX^{ème} siècle ont rejeté toute classification dans la théorie des nullités au profit de la casuistique²⁷²⁸ (§ 1), chez Japiot, cette casuistique n'est pas voulue, mais subie (§ 2).

§ 1. La casuistique voulue dans la présentation des nullités au XX^{ème} siècle

Dans sa libre recherche, Gény a fait la promotion de la casuistique, comme l'illustre sa théorie des nullités (A). Ce qui fait que tous les auteurs qui ont été influencés par cette libre recherche sont tombés eux aussi dans une casuistique. Ce qui fut le cas de Drogoul (B) et de Loyer (C).

²⁷²⁷ *Ibid*, p. 9.

²⁷²⁸ Pour Durry, il y a une « [...] difficulté à opérer une classification des nullités. Cette difficulté est d'autant plus grande que le Code civil est muet sur ce point[...] Tout le reste n'est que règles particulières[...] » (G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », *in Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 614). Pour Durry « Il nous semble, quant à nous, que la distinction entre nullité absolues et nullités relative doit être abandonnée comme principe d'exposition du régime des nullités en droit civil français. » (*Idem*, p. 629.). *Conf* : Pour MEKKI aussi, la casuistique est une nécessité, car « le droit des nullités, plus pragmatique, devient plus subtil et moins prévisible. » (M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC*. 2006. 688).

A. La casuistique de Gén y dans la théorie des nullités

674. Comme l'a illustré Demogue²⁷²⁹, la méthode d'interprétation de Gén y pouvait mener à la casuistique²⁷³⁰. – Cette casuistique va se rencontrer dans la construction de sa théorie des nullités, dès lors qu'il a assimilé la théorie générale des nullités aux constructions abstraites à combattre dans sa méthode d'interprétation²⁷³¹. Ainsi, il a estimé dans cet ouvrage que « Les compartiments de notre théorie des nullités [...] demanderaient à être multipliés et assouplis »²⁷³². Or, si on multiplie ces compartiments, cela reviendrait à dire qu'il faut prendre en compte la diversité des cas, qui sont eux aussi multiples. Ce qui revient à la casuistique, car on renonce implicitement à toute classification rigide.

Même si Gén y n'utilise pas le terme casuistique, on sait que sa méthode d'interprétation a fortement critiqué les constructions abstraites du XIX^{ème} siècle, auxquelles il a assimilé la théorie générale des nullités²⁷³³. C'est pour cette raison que Japiot a estimé que Gén y « aussi a reconnu les défauts de ces systèmes trop rigides [...] »²⁷³⁴ que sont les théories générales des nullités proposées par les classiques. C'est donc pour échapper à cette rigidité qu'il a proposé l'abandon des constructions juridiques dans le droit civil.

Par conséquent, après avoir rejeté les constructions abstraites, « Gén y reprend essentiellement le même raisonnement sur la validité juridique d'ententes imparfaites et incomplètes auxquelles dit-il, la théorie pure refuse l'établissement de lien de droit, voire l'appellation même de contrats. Pour lui [...].A la multiplicité des besoins économiques, aux figures relationnelles complexes [...] la théorie oppose un moule unique. Gén y dénonce en quelques mots la rigidité doctrinale »²⁷³⁵. Ce qui revient à dire qu'avec Gén y, il faut renoncer à ce

²⁷²⁹ Cf. *Supra*, n° 518.

²⁷³⁰ Gén y était conscient que sa méthode peut mener à la casuistique, c'est pour cela qu'il s'est demandé « comment donc l'interprétation du droit positif, lorsqu'elle reste abandonnée à elle-même, pourra-t-elle, et devra-t-elle procéder [...] ? » Il n'a pas pu répondre à cette question, car il a lui-même reconnu que « Pour justifier ma critique des constructions juridiques j'ai dû m'expliquer sur les limites [...] des abstractions purement logiques. » Il n'a pu répondre à cette question que dans sa science et technique (Fr. Gén y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., pp. 462, 464).; Voir aussi : E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, op. cit., pp. 204, 205.

²⁷³¹ Fr. Gén y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 147-148.

²⁷³² R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 150; Fr. Gén y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 148.

²⁷³³ Fr. Gén y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 148.

²⁷³⁴ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 150.

²⁷³⁵ L. Rolland, « Les abstractions logiques et les pratiques comme source de droit », in *François Gén y : Mythe et réalité*, Paris : Dalloz, 2000, p. 170.

moule unique, c'est-à-dire à la classification générale des nullités, pour la multiplicité, c'est-à-dire la casuistique. C'est en sens que l'on peut parler de casuistique chez GénY. On retrouve la même casuistique chez Drogoul et Loyer, dont GénY lui-même a reconnu qu'ils ont appliqué sa méthode²⁷³⁶.

B. La casuistique de Drogoul dans la construction de la théorie des nullités

675. En 1902 Drogoul a publié une thèse intitulée : *Essai d'une théorie générale des nullités*. – Dans ce travail, il a d'abord critiqué les constructions abstraites des classiques que sont les théories générales construites *a priori*²⁷³⁷. Ainsi, aux rigidités des classiques²⁷³⁸, il a opposé « diversité et souplesse [...] »²⁷³⁹. Cette volonté d'introduire la souplesse dans la théorie des nullités va le pousser à proposer une « [...] théorie moins rigide »²⁷⁴⁰. En effet, pour lui, « Sur les ruines de la systématisation classique, nous avons essayé de bâtir une théorie plus souple [...] »²⁷⁴¹.

Mais comment parvenir à une telle souplesse ? Pour lui, il faut étudier les nullités « [...] une à une, sans partir d'un principe *a priori* [...] la nullité tantôt prescriptible tantôt non prescriptible, tantôt confirmable, tantôt non susceptible d'être confirmée. Entre ces différents caractères on n'établirait jamais aucun lien indissoluble [...] Cette manière de procéder [...] nous paraît la seule convenable [...] »²⁷⁴², car elle adapte la nullité à chaque « cas particulier »²⁷⁴³. Ce qui explique la place de la casuistique chez Drogoul, parce que par cette affirmation, il a rejeté toute classification abstraite des nullités²⁷⁴⁴. Ce qui s'illustre parfaitement dans ses propos

²⁷³⁶ Cf. *Supra*, n° 501.

²⁷³⁷ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., pp. XI, 134, 143, 167.

²⁷³⁸ *Idem*, p. 167.

²⁷³⁹ *Ibid*, p. 143.

²⁷⁴⁰ *Ibid*, p. 179.

²⁷⁴¹ *Ibid*, p. 264.

²⁷⁴² *Ibid*, p. 129.

²⁷⁴³ Pour lui, il faut chercher dans « chaque hypothèse la solution qui [...] convient le mieux. » (*Ibid*, pp. 221, 263).

²⁷⁴⁴ Pour Drogoul, « à propos de chaque hypothèse de nullité, il faut se demander quelles personnes pourront s'en prévaloir, pendant quel temps [...] et sous quelles conditions [...] Il semble au premier abord que ces difficultés doivent être envisagées séparément, et que le parti le plus sage soit de les examiner une à une, sans partir d'un principe *a priori* [...] Entre ces différents caractères on n'établirait jamais aucun lien indissoluble [...] on s'inspirerait pour chacun d'eux de considérations particulières qui ont pu guider la loi et lui inspirer les règles les plus propres à réaliser son but. Cette manière de procéder [...] n'a pas eu le don de séduire nos auteurs classiques. Elle contrarierait beaucoup trop leur amour du système. » (*Ibid*, pp. 128 et 129).

quand il dit qu'il « «[...]n'y a plus pour nous ni nullité absolue, ni nullité relative, ni inexistence. Il y a des nullités»²⁷⁴⁵. Loyer aussi reprendra ce même rejet de la classification des nullités.

C. La casuistique chez Loyer dans la construction de la théorie des nullités

676. Loyer aussi est un des premiers disciples de Géný, d'où l'application de sa méthode de déconstruction aux nullités dans une thèse publiée en 1908. – Comme lui, il a critiqué les constructions abstraites fondées sur la logique *a priori*²⁷⁴⁶. Dès le début de son travail, il a rejeté toute idée de théorie générale des nullités qu'il assimile à des constructions abstraites, en estimant que « [...] nous n'avons pas la prétention même d'esquisser une théorie générale des nullités [...] »²⁷⁴⁷.

Pour atteindre son but de déconstruction, il a rejeté toute idée de classification des nullités en estimant que « [...] le terme générique de nullité embrasse toutes les inefficacités [...] »²⁷⁴⁸. Aussi, pour lui, il n'est pas nécessaire de classer les nullités en utilisant « les épithètes d'absolue et de relative »²⁷⁴⁹, car il ne faut pas utiliser les « [...] catégories et les classifications sans savoir si la réalité se plie à ces cadres préparés d'avance [...] »²⁷⁵⁰. Ce qui va faire qu'il n'y aura aucune classification des nullités chez Loyer²⁷⁵¹. En effet, chez lui, la théorie des nullités est une véritable casuistique. Aussi, Japiot a-t-il critiqué cette méthode en estimant que « La théorie de M. Loyer nous paraît [...] un peu vague [...] »²⁷⁵². Cependant, même si Japiot a critiqué cette casuistique²⁷⁵³, il va la reprendre sans s'en rendre compte.

²⁷⁴⁵ *Ibid*, p. 209.

²⁷⁴⁶ J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 17.

²⁷⁴⁷ *Idem*, p. 4.

²⁷⁴⁸ *Ibid*, p. 210.

²⁷⁴⁹ *Ibid*, pp. 210, 211.

²⁷⁵⁰ *Ibid*, p. 59.

²⁷⁵¹ Pour lui, il « [...]n'y a pas à rechercher dans la thèse de M. Loyer un essai de construction d'une théorie générale des nullités[...] » Il a ajouté que « M. Loyer semble[...]s'en remettre plutôt à l'arbitraire jurisprudentiel, et même à l'appréciation des juges de fait, pour chaque cas concret[...]» (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 149).

²⁷⁵² *Idem*, p. 149.

²⁷⁵³ Pour Japiot « si l'on s'en tient à l'observation des faits, l'on est conduit à faire œuvre exclusivement descriptive[...]le principe de la libre recherche est de nature à détruire entièrement la cohésion des théories juridiques, il peut aboutir à la suppression trop complète de certaines directions assez sûres et assez précises, dont l'interprète a un très réel besoin : c'est ce que l'on a appelé l'émiettement, et nous trouveront encore la manifestation de ce danger, en ce qui concerne les nullités, dans certains travaux qui, suivant l'opinion que M.

§ 2. Une casuistique subie chez Japiot dans la présentation des nullités au XX^{ème} siècle

Si Japiot a rejeté les constructions abstraites et les émiettements causés par la casuistique (A), il n'a pas su pour autant éviter ces émiettements, même s'il avait la volonté de construire une théorie générale des nullités (B).

A. Les rejets de Japiot

677. Japiot aussi a commencé son travail, paru en 1909, en critiquant les théories générales construites par les classiques²⁷⁵⁴. – Pour lui, ces théories sont fondées sur la logique pure, car elles consistent à « [...] ériger en règles universelles ce qui n'était que remarques particulières [...] »²⁷⁵⁵ en liant la classification des nullités à leur régime²⁷⁵⁶. Mais avant lui, cette rigidité avait déjà été critiquée par Géný, Loyer et Drogoul, ce qui a poussé ces derniers à tomber dans la casuistique. Or Japiot, en critiquant la rigidité des classiques, ne veut pas tomber dans la casuistique lui-même²⁷⁵⁷. Certes, il critique les rigidités des théories générales des classiques, mais critique aussi la casuistique de Géný, de Drogoul et de Loyer²⁷⁵⁸. Selon lui, avec Drogoul, se réalise « [...] l'émiettement complet des nullités et [...] le retour à l'inorganisation romaine, si ce n'est plus »²⁷⁵⁹. Par conséquent, il a estimé que « Le système de M. Drogoul nous semble difficile à saisir et discutable [...] »²⁷⁶⁰. La même critique est adressée à Loyer aussi²⁷⁶¹.

Aussi, souhaite-t-il « [...] substituer aux systèmes classiques une théorie plus souple qui ne fut cependant pas exclusive de toutes règles et de tout principe directeur [...] »²⁷⁶². Mais du

Géný lui-même a bien voulu nous faire connaître, répondant assez bien aux conceptions méthodologiques de l'éminent professeur. » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, loc. cit., pp. 3, 4).

²⁷⁵⁴ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 137.

²⁷⁵⁵ *Idem*, p. 350.

²⁷⁵⁶ G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 4.

²⁷⁵⁷ Pour Japiot « [...] Drogoul [...] s'affranchit de la rigidité des catégories classiques en les supprimant [...] défend l'unité de la notion de nullité [...] » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 146).

²⁷⁵⁸ *Idem*, p. 148.

²⁷⁵⁹ *Ibid*, p. 147.

²⁷⁶⁰ *Ibid*, p. 148.

²⁷⁶¹ *Ibid*, p. 149.

²⁷⁶² *Ibid*.

fait de son rejet des idées *a priori*, il sombre lui aussi dans la casuistique, comme Drogoul et Loyer. Donc on peut dire que la casuistique est plus subie chez Japiot que voulue, car son choix reste celui d'une théorie générale des nullités.

B. Les choix de Japiot

Si le but de Japiot est de construire une théorie générale des nullités (I), force est de reconnaître qu'il ne l'atteint pas (II).

I. Le but de Japiot : la construction d'une théorie générale des nullités

678. **Comme Japiot ne veut ni des théories rigides des classiques, ni de la casuistique de Drogoul, il choisit une voie intermédiaire :** une « théorie plus complexe et plus souple »²⁷⁶³. Dans le but de trouver un juste milieu entre Drogoul et Aubry et Rau, la « souplesse »²⁷⁶⁴ est devenue, comme chez Génry, Drogoul et Loyer, le maître mot chez Japiot. Pour trouver cet équilibre, il fallait rompre le lien qui existe entre la classification des nullités et leur régime²⁷⁶⁵. En effet, selon lui, la question de « [...] savoir si la nullité peut être couverte, même partiellement, par les prescriptions de droit commun, ne doit pas être résolue à l'aide de la distinction des nullités absolues et des nullités relatives[...] »²⁷⁶⁶. Ce n'est pas parce qu'une nullité a tel qualificatif que l'on peut dire que cette nullité peut se confirmer, ou que tout le monde pourrait l'invoquer. Cependant, pour atteindre un tel résultat, Japiot utilise une méthode qui le mène directement à la casuistique.

²⁷⁶³ *Ibid*, p. 46.

²⁷⁶⁴ *Ibid*, p. 44.

²⁷⁶⁵ *Ibid*, p. 531.

²⁷⁶⁶ *Ibid*, p. 866.

II. Le résultat de Japiot : la casuistique

679. « **Comment construire une théorie générale des nullités?** »²⁷⁶⁷ – Pour répondre à cette question, Japiot reconnaît que « [...] le droit scientifique, que nous pouvons entrevoir [...] exigerait autant de solutions que d'espèces, pour se plier à l'infinie variété des hypothèses [...] »²⁷⁶⁸. Mais il a dépassé ce droit scientifique pour utiliser le droit technique. Ce droit technique le pousse à partir des « [...] solutions particulières pour dégager les lois générales dont elles révéleront l'existence »²⁷⁶⁹. C'est de cette loi générale, révélée après et pas avant l'observation des règles, qu'il déduit une théorie générale des nullités²⁷⁷⁰. Toutefois, le fait d'abandonner toute classification *a priori* ne lui a pas permis de trouver une classification *a posteriori*. Par conséquent, le résultat de son travail a été une pure casuistique.

680. **La méthode de Japiot, qui a consisté à abandonner toute classification *a priori*, le conduit à abandonner le « [...] caractère relatif ou absolu de la nullité [...] »**²⁷⁷¹ pour déterminer le régime de la confirmation par exemple. Pour lui, la classification doit résulter de l'observation, et non de la raison *a priori*. En procédant de la sorte, son observation achevée, il dégage une dizaine de types de nullités qui pourtant, selon lui, n'est toujours pas suffisante pour refléter la réalité²⁷⁷². Aussi, il a ajouté qu'il « [...] n'y aura pas la une classification rigide [...] nous pourrions indiquer autant de principes directeurs [...] susceptibles de se combiner entre eux »²⁷⁷³ pour créer de nouveaux types de nullités. Ce qui fait que, non seulement ses classifications sont trop nombreuses, mais qu'il n'y a pas de critère précis pour les distinguer. Même si Japiot utilise l'intérêt protégé pour distinguer, au sein de cette multitude, des nullités, il a vite rendu ce critère flou en estimant que pour lui « motif particulier et motif général sont des termes qui ont une valeur purement relative [...] les deux catégories comportent des degrés [...] les différences entre ces sous catégories seront telles

²⁷⁶⁷ *Ibid*, p. 356.

²⁷⁶⁸ *Ibid*, p. 940.

²⁷⁶⁹ *Ibid*, p. 9.

²⁷⁷⁰ Car pour lui sa « [...] théorie nouvelle écartait toute classification *a priori* [...] » (*Ibid*, p. 8).

²⁷⁷¹ *Ibid*, p. 710.

²⁷⁷² Cf. *Supra*, n° 160.

²⁷⁷³ Ainsi Japiot a estimé qu'on est amené « à abandonner le cadre trop rigide des deux solutions classiques, pour admettre des catégories plus nombreuses et susceptibles de se combiner entre elles » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 532, 536).; Voir aussi : C'est pour cela que Guggenheim a estimé qu'avec la théorie moderne « Il s'agirait, dans chaque cas, de déterminer l'intérêt à la base de l'élément de validité manquant. L'on aboutirait ainsi non plus à une classification rigide et bipartite des invalidités, mais à une multitude de cas qui tiendraient compte de la complexité des situations que régissent les règles sur l'invalidité des actes juridiques » (D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 12).

qu'au fond il y aura la autant de classes qui méritent d'être opposées les unes des autres[...] »²⁷⁷⁴.

681. Par conséquent, la multiplicité des distinctions des nullités et l'absence de critère précis pour procéder à ces distinctions donnent à la théorie de Japiot l'allure d'une casuistique. – En effet, cette théorie procède plus par énumération désordonnée que par une systématisation ordonnée. Aussi, Chevallier s'est-il demandé si cette attitude de Japiot ne tend pas à « [...] condamner tout essai de classification et, par souci d'empirisme et d'opportunité, se résigner à la casuistique »²⁷⁷⁵. Question à laquelle Guggenheim a en estimant que la théorie de Japiot a abouti « [...] à une casuistique qui rejette toute classification générale [...] »²⁷⁷⁶. On peut donc soutenir que, dans le cas de Japiot, la casuistique est plutôt subie, car elle est plus le résultat de la démarche de Japiot que de sa volonté.

Conclusion de la section

682. Dans cette section, il a été montré que si l'on peut penser, du fait du contexte de l'époque, que l'utilisation de la casuistique dans la théorie des nullités est due à l'absence d'esprit de synthèse chez certains auteurs du début du XIX^{ème} du siècle, cette idée mérite d'être relativisée, même si elle n'est pas totalement fausse. La plupart des auteurs qui ont proposé une casuistique dans la théorie des nullités l'ont fait en toute connaissance de cause et pas par absence d'esprit de synthèse. Cette casuistique était le seul moyen pour eux de réagir contre les excès des méthodes, utilisant les idées *a priori*, dans la construction des théories générales des nullités. Dans cette section, on a montré, comme on l'a soutenu dans la deuxième hypothèse de ce travail, que c'est cette réaction contre les idées *a priori* qui justifie, dans la plupart des cas, l'utilisation de la casuistique.

²⁷⁷⁴ M. C. Renard et M. E. Vieujean, « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 534.

²⁷⁷⁵ M. J. Chevallier, « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 514.

²⁷⁷⁶ D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 16.

Conclusion du chapitre

683. Tout au long de ce chapitre, on a cherché à montrer que si, pour remédier aux excès des théories qui sont construites *a priori*, certains auteurs ont abandonné les idées *a priori*. Cet abandon a poussé ces auteurs à se livrer à une présentation diverse des nullités, cette diversité ayant pris ici la figure de la casuistique. Cependant, on a aussi montré dans ce chapitre que tous les auteurs n'avaient pas pour but de se livrer à la casuistique. Certains, comme Japiot, sont tombés dans cette casuistique contre leur volonté, comme si l'abandon des idées *a priori*, menait inéluctablement à cette casuistique.

CONCLUSION DU TITRE

684. **Si dans la première partie de ce travail il a été montré que les théories générales des nullités ne reflètent pas le droit positif, dans ce titre, il a été montré que cette incapacité à refléter le droit positif est due à la méthode de construction de ces théories générales des nullités.** – En somme l’incapacité des théories générales des nullités à refléter le droit positif est due aux excès de cette méthode qui admet des constructions *a priori*. Pour établir ces constructions, les auteurs ont utilisé des sources qui ne sont pas toutes des sources positives. Et, même quand ils ont utilisé des sources positives, ils ont sélectionné parmi ces sources, celles qui permettent d’étayer leur théorie, tout en mettant de côté celles qui les contredisent. L’étude de cette méthode a permis de vérifier la première hypothèse de ce travail, c’est-à-dire que l’impossibilité des théories générales des nullités à refléter le droit positif est due à leur méthode d’élaboration.

685. **Contre les excès de cette méthode, d’autres auteurs ont proposé d’abandonner les constructions *a priori* au profit des constructions *a posteriori*.** – Cette révolution méthodologique mène tous ces auteurs, dans leur présentation des nullités, à la casuistique. Mais si cette présentation diverse des nullités peut refléter le droit positif²⁷⁷⁷, elle est une régression méthodologique. D’où la nécessité de chercher une présentation diverse des nullités, qui ne soit pas une régression scientifique, en tentant de rapprocher les positions de certains auteurs pour proposer des théories spécifiques des nullités dans le titre suivant.

²⁷⁷⁷ Gaël Chantepie, offre un exemple ici de ce que la théorie des « nullités demeure une source d’incertitudes. Réticente à se laisser enfermer dans une conception théorique rigide, la jurisprudence procède par touches empiriques successives, contribuant à affaiblir encore la cohérence de l’ensemble» (Gaël Chantepie, « Sanction par la nullité absolue de la vente consentie sans prix sérieux », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 954).

686. **Par réaction contre les excès des théories générales des nullités, certains auteurs ont choisi la casuistique pour exprimer la diversité des nullités.** – Dans ce dernier titre, il sera montré, comme on l'a soutenu dans la deuxième hypothèse de ce travail, que cette casuistique est une régression méthodologique. D'où la nécessité de restaurer les classifications dans la théorie des nullités. Néanmoins, pour ne pas retomber dans les excès des théories générales des nullités, le rapprochement des positions de certains auteurs permet de déceler chez ces derniers des esquisses de théories spécifiques à certains contrats. Contrairement à la casuistique (Chapitre 1), ces théories ne souffrent pas des critiques liées à l'émiettement, car si elles expriment la diversité des nullités, elles n'excluent pas des classifications pour autant. Même si ces dernières sont spécifiques à chaque contrat (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES LIMITES DE LA PRISE EN COMPTE DE LA DIVERSITE DANS L'ETUDE DES NULLITES : L'EMIETTEMENT

687. La théorie suppose toujours une certaine abstraction qui s'élève au-dessus des cas concrets, alors que la casuistique elle, elle s'intéresse surtout à des cas concrets. – Ainsi, l'opposition entre les deux démarches est clairement exprimée par Japiot quand il dit que « dans les civilisations rudimentaires, alors que tout conflit d'intérêt était tranché par une décision occasionnelle résultant de l'appréciation personnelle suggérée au juge par l'espèce concrète, il n'y avait pas de principes juridiques ; si de principes juridiques se sont fait jour, c'est que l'attention s'est portée sur plusieurs de ces solutions d'espèce[...]en les comparant entre elles, la puissance abstractive et généralisatrice de l'esprit a réussi à isoler, des éléments spéciaux à chacune d'elles, certains éléments généraux qui dans toutes se rencontraient ; et alors on se trouvait en possession de principe abstraits[...]dégagés des particularités des questions concrètes[...]»²⁷⁷⁸.

688. On peut même dire que c'est à partir de cette révolution intellectuelle, qui a permis une telle abstraction, que les théories juridiques sont nées. – Ce qui fait que si on met en cause cette révolution, en privilégiant des cas concrets, comme dans la casuistique, toute théorie des nullités deviendrait impossible. D'où la pertinence des reproches adressés aux auteurs qui ont utilisé la casuistique pour exprimer la diversité dans la théorie des nullités (Section 1), même si ces reproches ne sont pas valables contre l'expression de cette diversité dans des théories spécifiques des nullités (Section 2).

²⁷⁷⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 356, 357, 940.

Section 1 : De la casuistique à l'émiettement des nullités

Les critiques adressées à la casuistique sont pertinentes parce qu'elle est un obstacle à toute théorie des nullités (Sous-section 1). D'où la nécessité de restaurer les classifications dans l'étude des nullités (Sous-section 2).

Sous-section 1. La casuistique: un obstacle à toute théorie des nullités

Si les critiques contre la casuistique sont pertinentes, c'est parce qu'elle nie toute forme de théorie (§1). Ce qui revient à nier la doctrine elle-même, car sa fonction principale est de théoriser le droit (§2).

§ 1. La casuistique et la négation de la théorie

La casuistique et la théorie sont deux termes antinomiques, c'est pour cette raison que l'on ne peut pas parler de casuistique et parler de théorie en même temps. Ce qui s'illustre parfaitement dans les systèmes qui utilisent la casuistique. Dans ces systèmes, il n'y a pas de théorie des nullités. Ce qui fut le cas du droit romain (A) mais aussi des systèmes de *Common law* (B).

A. L'absence de théorie des nullités dans l'ancien droit romain du fait de la casuistique

689. La casuistique mène à l'émiettement, parce qu'un droit dans lequel les normes sont présentées sans ordre ne peut pas permettre l'élaboration d'une théorie. – En effet les théories nécessitent de s'élever au-dessus des cas particuliers pour les systématiser. Ce qui s'illustre parfaitement dans l'ancien droit romain, puisque comme l'a montré Michel Villey,

ce droit était essentiellement casuiste²⁷⁷⁹. Même les jurisconsultes de l'époque classique, qui ont succédé aux pontifes, n'ont pas pu s'élever au-dessus des cas particuliers²⁷⁸⁰. En effet, comme l'a rappelé A. Castaldo, « les juristes romains sont avant tout des praticiens [...] la pratique du droit à Rome, a précédé la théorie »²⁷⁸¹. Avant eux, cet esprit pratique a empêché toute théorie chez les pontifes par exemple dont le savoir était « [...] essentiellement marqué par son caractère casuistique [...] »²⁷⁸². C'est sans doute pour cette raison, qu'en ce qui concerne les nullités, il existait aussi une certaine « casuistique romaine »²⁷⁸³.

C'est cette casuistique qui a empêché, même l'époque classique, les jurisconsultes romains d'élaborer une théorie des nullités. En effet, comme l'a montré Renard, « Les jurisconsultes romains n'ont point construit de théorie des nullités ; nulle part ils ne réunissent en un corps de doctrine les hypothèses infiniment variées [...] ils négligent, et de mettre en lumière les traits qui leur sont communs, et de les partager en catégories logiques »²⁷⁸⁴. Cette absence de théorie des nullités est due à la casuistique, qui est antinomique à tout esprit de systématisation, car elle est « la marque empiriste d'une pensée pré scientifique »²⁷⁸⁵.

690. Certes, Cicéron, inspiré par Aristote, a cherché à sortir le droit romain de la casuistique en classant les normes selon leur genre²⁷⁸⁶. – Ce même effort de classification se retrouve dans les institutes de *Gaius*²⁷⁸⁷ et de *Justinien*. Ces œuvres ont classé les normes étudiées au tour des catégories suivantes : les personnes (*personae*), les choses (*res*) et les actions (*causae*)²⁷⁸⁸. Cependant, cet effort de classification est resté sans conséquence

²⁷⁷⁹ Pour Michel Villey cité ici par P. Dubouchet, « le droit romain contient fort peu de normes vraiment abstraites. Il apparaît surtout constitué par des rites, par des modèles concrets [...] qui ressortent d'un mode de pensée prélogique » (P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 15 et s).

²⁷⁸⁰ F. Zenati-Castaing, *Scientia juris*, œuvre non encore publiée.

²⁷⁸¹ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 21.

²⁷⁸² D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit, p. 116.

²⁷⁸³ D. Deroussin, « Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », op. cit., p. 194.

²⁷⁸⁴ G. Renard, « l'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-âge », loc. cit., p. 214 ; Pour S. Gaudet aussi, les « [...] jurisconsultes romains n'ont ni élaboré ni esquissé une théorie des nullités » (S. Gaudet, « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », *McGill Law Journal*, 1995, Vol. 40, p. 299).. *Conf* : C'est pour cela que F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette ont estimé que « le droit romain n'a jamais comporté une théorie très précise des nullités et cette lacune s'est fait ressentir jusqu'à nos jours » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, op. cit, p. 100).. Pour J. Ghestin aussi, le droit romain n'a « [...] jamais connu de théorie précise [...] » en matière de nullité. (J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1988, p. 873).

²⁷⁸⁵ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 15.

²⁷⁸⁶ *Idem*, p. 20.

²⁷⁸⁷ Gaius, *Inst.*, De *libertatis servorum*., 1^{er} fragment, I, 1.

²⁷⁸⁸ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 20. Mais pour J. Ph. Lévy et A. Castaldo, il n'y a pas de véritable classification à Rome car « Le plan des manuels romains demeure imparfait. Gaius, suivi par Justinien ne connaît d'autre plan que celui des sources [...] » (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 648). Voir aussi : Le Pr. F. Zenati-Castaing a même montré que la science du

s'agissant des nullités²⁷⁸⁹. Ce même lien entre la casuistique et l'émiettement, empêchant toute théorie, se rencontre aussi en *Common law* aussi.

B. L'absence de théorie des nullités en *Common law*

691. Comme l'a montré Fr. Zenati, le système juridique anglais est un système dans lequel le juge joue un rôle plus important que l'universitaire²⁷⁹⁰. – En effet, plusieurs auteurs ont montré que la doctrine est un phénomène purement romano germanique²⁷⁹¹. Se prononçant sur des cas particuliers, ce juge anglais, qui joue le rôle de la doctrine, n'a pas la vue d'ensemble de l'universitaire qui cherche à systématiser les divers cas. C'est ce qu'a montré Y. Laithier, en estimant que « Les traits les plus caractéristiques de la *common law* s'expliquent principalement par [...] un droit pragmatique et casuistique [...] La *common law* répugnera à poser des principes abstraits²⁷⁹² ».

On peut montrer ici aussi, comme dans le droit romain, que cette casuistique a mené à l'émiettement en empêchant toute théorie des nullités dans la *common law*. Ainsi, comme l'a montré M. Cumyn, domine l'« absence de théorie générale dans le droit de tradition anglaise²⁷⁹³ sur les nullités. Ce qui prouve que là où il y a une casuistique, il ne peut y avoir de théorie.

droit doit comme présentation ordonnée et systématique des normes est née plus dans le droit hébraïque que dans le droit romain. (F. Zenati-Castaing, *Scientia juris*, œuvre non encore publiée).

²⁷⁸⁹ Cf. *Supra*, n° 27 et s.

²⁷⁹⁰ Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 32.

²⁷⁹¹ F. Zenati, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D. 2002, chron.* pp. 15, 16. ; Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., pp. 3, 5, 11, 265, 266. ; Ainsi pour Y. Laithier, « les traits les plus caractéristiques de la *Common law* s'expliquent principalement par l'absence de tradition universitaire comparable à ce qui existe dans les pays d'Europe continentale. Faute de professeur, le droit était entre les mains des juges [...] aujourd'hui encore, en Angleterre, le statut du juge est supérieur à celui du professeur. Par ailleurs l'importance du rôle joué par les juges a forgé la réputation de la *common law* d'être un droit casuistique [...] » (Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 35 ; *Contra* : R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 153).

²⁷⁹² Y. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 35. Mais dans la théorie générale du droit, le droit anglais dispose d'une doctrine digne de ce nom. (E. Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 3).

²⁷⁹³ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, Préf. J. Ghestin, op. cit., pp 11.

§ 2. La casuistique : un obstacle au droit savant

692. Dans la tradition civiliste française, «[...]la doctrine a une fonction essentielle : celle qui consiste à formuler les principes généraux en vue[...]de structurer la matière juridique[...]»²⁷⁹⁴. La formulation de ces principes généraux passe par une systématisation des règles et décisions diverses²⁷⁹⁵, car selon P. Dubouchet, « la science [...]n'a pas seulement pour mission d'expliquer et de coordonner les volontés du législateur, mais elle doit aussi les réduire en éléments logiques de son système. Le législateur nous offre pour ainsi dire de corps composés qui ne l'intéressent que par leur utilité immédiate, la science au contraire en entreprend l'analyse et les résout en corps simples »²⁷⁹⁶. Or si c'est cette systématisation est la fonction principale de la doctrine, elle semble totalement niée par la casuistique. Par cette négation, c'est la doctrine elle-même qui est niée. Aussi, Gaudemet a-t-il estimé que la casuistique de Drogoul, dans son étude des nullités, est « une abdication scientifique »²⁷⁹⁷, car en se livrant à cette casuistique, « le docteur renonçait à son rôle essentiel, qui est de déterminer les principes directeurs du droit. »²⁷⁹⁸.

Si l'observation des normes ne permet pas de systématiser les nullités, le docteur se doit de trouver un certain ordre dans ce chaos, même si cet ordre n'est pas parfait, car « [...] une théorie approximative est préférable à l'absence de théorie »²⁷⁹⁹. Ce qui peut expliquer la nécessité de chercher à restaurer les classifications dans l'étude des nullités, sans pour autant retomber dans les excès des théories générales.

²⁷⁹⁴ D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, loc. cit., p. 22.

²⁷⁹⁵ E. Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 23.

²⁷⁹⁶ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 22. Bourgeon s'est demandé si « Citer quelques cas d'application d'une règle, en donner quelques exemples, est-ce là la manière de procéder d'une science vraiment digne de ce nom ? » (Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 5).

²⁷⁹⁷ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 147.

²⁷⁹⁸ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 109. Montesquieu cité ici par Ch. Goldie-Genicon a critiqué la casuistique qui est la marque d'un « [...] génie étroit qui ne voit les choses que par parties, et n'embrasse rien d'une vue générale » (Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris : LGDJ, 2009, n° 287).

²⁷⁹⁹ G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 17. Il est préférable de d'établir des théories approximations que de renoncer à toute théorie par peur de faire des erreurs, car comme l'a souligné F. Zenati-Castaing, « Que reste-t-il de scientifique dans la connaissance des normes si l'on se garde de faire des théories juridiques par peur de faire de la métaphysique ? » (F. Zenati-Castaing, *Scientia juris*, œuvre non encore publiée).

Sous-section 2. Les classifications des nullités: une condition nécessaire à toute théorie des nullités

Pour éviter les excès de la casuistique, il est nécessaire de restaurer les classifications *a priori* dans la théorie des nullités (§ 1), même si ces classifications doivent être limitées à chaque type de contrat pour éviter les excès des théories générales (§ 2).

§ 1. La nécessaire restauration des classifications *a priori* pour construire une théorie des nullités

693. Si Japiot, Loyer et Drogoul sont tous tombés dans la casuistique, c'est parce qu'ils ont voulu abandonner toute classification *a priori* des nullités²⁸⁰⁰. – Le but de Japiot était de construire une théorie des nullités. Aussi, a-t-il il a critiqué Drogoul et Loyer²⁸⁰¹. Dans ce cas pourquoi est-ce qu'il est tombé dans la casuistique lui aussi²⁸⁰² ? C'est sa méthode *a posteriori* qui peut l'expliquer. A la question « Comment construire une théorie générale des nullités ? »²⁸⁰³, il a répondu que « [...] pour dégager des principes communs aux questions qui composent la théorie des nullités, il faut faire porter l'observation sur l'ensemble des solutions spéciales [...] »²⁸⁰⁴ mais sans idée « [...] *a priori* »²⁸⁰⁵. C'est là la raison qui l'empêchera de systématiser les nullités, et le conduira à se contenter de reproduire le chaos de la loi et de la jurisprudence²⁸⁰⁶.

694. Ce résultat est dû à un biais épistémologique chez Japiot, Loyer et Drogoul. – En effet pour comprendre une chose, on ne l'observe sans avoir des idées *a priori* sur elle. Cette exigence épistémologique se retrouve chez plusieurs philosophes de la connaissance. Ainsi pour Kant, il est nécessaire, au chercheur, de partir d'un *a priori* rationnel avant d'observer les choses, car « La raison ne voit que ce qu'elle produit elle-même d'après ses propres plans et qu'elle doit prendre le devant[...]obliger la nature à répondre à ses questions et pas se laisser conduire pour ainsi dire par elle [la chose observée] ; car autrement, faites au hasard et

²⁸⁰⁰ Cf. *Supra*, n° 646 et 652, .

²⁸⁰¹ Cf. *Supra*, n° 675 et s.

²⁸⁰² Cf. *Supra*, n° 680.

²⁸⁰³ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, loc. cit., p. 356.

²⁸⁰⁴ *Idem*, p. 356, 357, 940.

²⁸⁰⁵ *Ibid*, p. 8.

²⁸⁰⁶ Cf. *Supra*, n° 680.

sans aucun plan tracé à l'avance, nos observations ne se rattacheraient point à une loi nécessaire[...] »²⁸⁰⁷. La même exigence se rencontre chez Bachelard aussi²⁸⁰⁸.

S'il n'y a pas d'idées *a priori*, le chercheur ne fera que reproduire le chaos de la nature. Or cette exigence épistémologique est aussi valable pour le juriste quand il construit une théorie, car pour Kelsen, « la théorie du droit positif se situe sur le même plan que la science naturelle empirique »²⁸⁰⁹. Ainsi, pour échapper à la casuistique, il est nécessaire d'avoir des classifications des nullités, construites *a priori*, avant d'observer les normes. Quitte à abandonner ses *a priori* s'ils ne sont pas confirmés par une observation empirique faite *a posteriori*. Même Gény, qui a pourtant critiqué dans *Méthode d'interprétation* les auteurs du XIX^{ème} siècle pour avoir considéré « *a priori*, tout le système du droit positif, en nombre limité de catégorie logique »²⁸¹⁰, est revenu sur cette position. Il a fini par admettre, dans *Science et technique*, que les constructions *a priori* sont nécessaires, car « [...] les procédés *a posteriori* [...] supposent des directions *a priori*, proposées par la raison et la volonté »²⁸¹¹. D'où la nécessité de restaurer les classifications *a priori* dans la théorie des nullités aussi. Cependant, pour éviter de retomber dans les excès des théories générales des nullités, construites sur des *a priori* logiques, ces classifications *a priori* doivent être limitées à certains contrats spécifiques.

§ 2. La nécessaire limitation de cette théorie des nullités aux domaines spécifiques

695. Du fait de la codification spéciale, réservée à certains contrats, et de la création des juridictions spécialisées pour certains contrats ont eu tendance à s'autonomiser par

²⁸⁰⁷ Kant, *Critique de la raison pure* loc. cit., p. 17.

²⁸⁰⁸ Pour Bachelard, il faut comprendre l'objet de sa recherche pour l'appréhender, or pour comprendre cet objet, il faut le penser « ainsi les faits s'enchaînent d'autant plus solidement qu'ils sont impliqués dans un réseau de raisons. C'est par l'enchaînement, conçu rationnellement, que les faits hétéroclites reçoivent leur statut de faits scientifiques. Que la terre tourne, c'est donc une idée avant d'être un fait. Ce fait n'a primitivement aucun trait empirique. Il faut le mettre à sa place dans un domaine rationnel d'idées pour oser l'affirmer » (G. Bachelard, *Le rationalisme appliqué*, loc. cit., p. 52 et 123).

²⁸⁰⁹ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, loc. cit., p. 216. ; *Contra* : H. Mendras, *Elément de sociologie*, Paris : Collection U éd. A. Colin, p. 11 ; C. Atias, *Epistémologie juridique*, op. cit., p.19. ; P. Amselek, « la part de la science dans les activités juridiques », D. 1997, *chron.*, p. 337.

²⁸¹⁰ Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 115.

²⁸¹¹ *Idem*, p. 211 ; G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Pref. D. Gutmann, op. cit., p. 28.

rapport au droit commun²⁸¹². – Par conséquent, Ch. Goldie-Genicon a montré que certains chercheurs ont voulu « [...] soustraire les dispositions spéciales à l'influence du droit commun, et les interpréter, non plus à la lumière des dépositions générales, mais à celles des principes généraux spécifiques à la matière »²⁸¹³. Parmi ces auteurs, on peut citer entre autres, Durant, Camerlynk et Lyon-Caen²⁸¹⁴. Cette autonomisation, et la concurrence des droits et libertés fondamentaux, seraient la cause du déclin actuel du droit commun des contrats²⁸¹⁵. Or malgré tout, dans le domaine des nullités aussi, on va proposer la même autonomisation des régimes spéciaux par rapport au droit commun.

696. Ainsi plusieurs auteurs sont d'accord pour dire, avec S. Gaudemet, que « Le Code civil n'a pas consacré de théorie générale des nullités [...] Seules quelques solutions particulières ont été édictées par les rédacteurs de 1804[...]»²⁸¹⁶. En conséquence, il ne peut pas y avoir de droit commun des nullités mais seulement des droits spécifiques, car la théorie générale est le reflet de ce droit commun. Cependant, tous les auteurs n'ont pas tiré la même conséquence de cette absence de théorie générale dans le code. Ainsi, certains, comme Japiot, ont-ils pris conscience de la nécessité d'étudier chaque « théorie spéciale »²⁸¹⁷, mais sans en tirer toutes les conséquences, car ils ont cherché à partir de cette observation de « [...] rattacher le texte spécial à des principes plus généraux [...] établir [...] une théorie générale »²⁸¹⁸. Sur ce point, Japiot est très proche des classiques ; la seule différence entre eux c'est que Japiot a construit sa théorie *a posteriori*, alors que les classiques ont construit la leur *a priori*²⁸¹⁹.

A côté de ces auteurs, il y en a d'autres qui ont eux aussi pris conscience de l'absence de théorie générale dans le code, et de l'existence de règles spécifiques, pouvant être systématisées, dans des théories spécifiques. Le rapprochement des positions de certains de ces auteurs a montré qu'ils n'ont pas voulu dépasser ces règles spécifiques pour construire

²⁸¹² Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., pp. 115, 135.

²⁸¹³ *Ibid*, p. 103.

²⁸¹⁴ *Ibid*, p. 111.

²⁸¹⁵ *Ibid*, p. 103.

²⁸¹⁶ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 63 ; Voir aussi : Pour Pize il n'y a pas de théorie générale dans le code, il n'y a que des « [...] solutions spéciales [...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 60).. Pour Hartemann aussi, il n'y a que « [...] des solutions spéciales [...] » (E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 237 ; voir aussi Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome VIII, p. 186; R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 10, 348, 358; G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 154.; Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., pp. XVI, 4, 40, 185).

²⁸¹⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 46.

²⁸¹⁸ *Idem*, p. 806.

²⁸¹⁹ J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., pp. 136, 137.

une théorie générale; ils se sont contentés de présenter une esquisse de théories spécifiques à chaque contrat pour respecter l'affirmation de Portalis selon laquelle, « Les règles applicables à une nullité ne doivent pas en général être étendues à d'autres. »²⁸²⁰

Si cette méthode a accentué l'autonomisation du régime de certaines nullités par rapport au droit commun, elle paraît plus pertinente parce qu'elle évite les excès des théories générales des nullités sans pour autant retomber dans l'émiettement de la casuistique.

Conclusion de la section

697. Dans cette section, comme il a été soutenu dans la deuxième hypothèse de ce travail, il a été montré à quel point la casuistique est une régression méthodologique et scientifique. – D'où la nécessité de restaurer les classifications spécifiques qui elles, ne souffrent pas de ce reproche d'émiettement. Même si Ch. Goldie-Genicon a reproché à cette automatisation, due à une certaine forme de spécialisation, une forme d'émiettement, ce reproche doit être relativisé pour les nullités.

Section 2 : De l'émiettement aux théories spécifiques des nullités

Si l'autonomisation du régime de certains contrats spéciaux par rapport au droit commun risque de mettre en cause l'armature logique du droit des contrats en l'émiettant (Sous-section 1), l'autonomisation du régime de certaines nullités, spécifiques à certains contrats n'encourt pas ce reproche de fragmentation (Sous-section 2).

Sous-section 1. La mise en cause de l'armature logique du droit des contrats par l'autonomisation des théories spécifiques

²⁸²⁰ H. Fontaine, *De ritu nuptiarum: droit romain ; Ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, Aix : impr. provençale, 1881, p. 208; Ainsi pour E. Gavin-Millan « Les contrats spéciaux de la promotion immobilière disposent d'un système propre de nullité. La nullité est toujours relative » (E. Gavin-Millan, *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, Préf. J. L. Bergel, Paris : LGDJ, 2003, p. 142). Pour M. Boudot, en ce qui concerne la théorie des nullités, « la leçon de la fin du 20^e siècle est sans aucun doute qu'il faudra aussi chercher du côté des domaines spéciaux [...] » comme le droit des assurances. (M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 98).

698. La partie commune des règles régissant les contrats est souvent présentée comme une partie rationnelle. – C’est pour cette raison que Domat la rattachait au droit naturel²⁸²¹. Position qui sera reprise par Portalis, pour qui ces règles communes sont directement inspirées du « droit naturel »²⁸²². Ce qui fait que cette partie du code est pour les contrats, ce que Jhering appelait la « [...] structure systématique ou logique du droit, l’alphabet du droit »²⁸²³. C’est elle qui donne au droit des contrats sa cohérence. En effet, comme l’a montré Ch. Goldie-Genicon, « les règles communes remplissent une fonction d’ordre au sein du droit des contrats. Elles favorisent l’éclosion d’une certaine cohérence en son sein en dotant l’ensemble des contrats d’une matrice commune. Les dispositions particulières à certains contrats peuvent certes s’en affranchir sur certains points mais l’ossature reste la même »²⁸²⁴. Par exemple chaque contrat spécial a des conditions formation qui lui sont propres. Le non-respect de ces conditions entraîne la nullité de ce contrat. Cette structure, fondée sur les conditions de formation et les sanctions de ces conditions, est dessinée par le droit commun des contrats. Chaque contrat spécial peut moduler cette structure, mais en partant du droit commun, soit en l’amplifiant ou en réduisant son champ²⁸²⁵. Couper un contrat de cette structure reviendrait à lui enlever tout repère. C’est pour cette raison que le droit commun des contrats est considéré comme « [...] le gardien de la cohérence du droit des contrats [...] »²⁸²⁶.

699. Donc si les contrats spéciaux prennent leur autonomie par rapport à ce droit commun, comme cela se passera pour les théories spécifiques des nullités ici, c’est cette cohérence qui risque d’être mise en cause²⁸²⁷. – Ce qui pourrait justifier la nécessité d’éviter les théories spécifiques, autonomes, pour éviter de fragmenter le droit des contrats en lui ôtant son armature logique²⁸²⁸. Toutefois, cette accusation d’émiettement du droit commun

²⁸²¹ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 4.

²⁸²² *Idem*, p. 5. ; J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 48.

²⁸²³ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p. 23.

²⁸²⁴ Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., p. 369.

²⁸²⁵ Pour elle, la théorie générale est comme un « [...] squelette commun sur lequel viennent se greffer les dispositions spéciales [...] » (*Idem*, p. 370).

²⁸²⁶ Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., n°. 296 ; D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 6.

²⁸²⁷ Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., p. 136 ; F. Zenati-Castaing aussi est allé dans le même sens, en critiquant cette « tendance à dévaloriser les théories générales chez les auteurs. La spécialisation, crépuscule de la doctrine : la science suppose l’érudition et la connexion des savoirs, condition de l’interprétation » (F. Zenati-Castaing, *Scientia juris*, œuvre non encore publiée).. *Contra* : E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris : LGDJ, 1997, p. 17.

²⁸²⁸ C’est pour cela que Cornu s’est demandé « Si la théorie générale des contrats n’existait pas, faudrait-il aujourd’hui l’élaborer ? » (*Idem*, n°. 287).

lancée contre l'autonomisation du régime des contrats spéciaux ne peut pas viser les théories spécifiques des nullités.

Sous-section 2. Le rejet de cette accusation contre l'autonomisation des théories spécifiques des nullités

700. Si le régime des contrats spéciaux se détache du droit commun, c'est parce qu'en cas de conflit entre les règles du droit commun et les règles spéciales, les règles spéciales l'emportent souvent en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*. – Ce qui s'illustre dans le conflit entre les articles 1116 et 1641 C. civ.. D'où une certaine autonomisation de certains contrats. Pour remédier à cette situation, Ch. Goldie-Genicon a proposé une nouvelle interprétation « [...] de l'adage *specialia generalibus derogant*, [pour elle] cette règle de conflit subordonne l'éviction des règles communes à la démonstration d'une stricte antinomie entre les normes en concours, antinomie qui repose sur la réunion de deux éléments : l'existence d'un objet commun et le caractère incompatible[...]des dispositions en conflit »²⁸²⁹. Si ces deux conditions ne sont pas remplies, c'est la règle générale qui devrait l'emporter sur la règle spéciale, car « seule la caractérisation d'une antinomie autoriserait l'éviction des normes communes [...] »²⁸³⁰. Si le droit spécial devait primer sur le droit commun sans la preuve de cette antinomie, il y aurait une mise en cause de ce droit commun.

Si ce mécanisme d'interprétation peut freiner l'autonomisation des contrats spéciaux, il ne peut pas justifier l'abandon de l'autonomisation des théories spécifiques des nullités par rapport au droit commun. On ne construit pas les théories spécifiques des nullités pour les faire prévaloir sur la théorie générale des nullités, même en l'absence d'antinomie ; on propose des théories spécifiques des nullités parce qu'il n'y a pas de règle générale des nullités dans le Code civil. Mais Ch. Goldie-Genicon pense que cette nouvelle méthode de règlement des conflits entre le droit commun et le droit spécial pourrait limiter même l'autonomisation du régime des nullités. En effet, pour elle, « qu'il s'agisse des conditions de validité du contrat, des règles relatives à sa nullité [...] »²⁸³¹, il y a des règles communes, qui

²⁸²⁹ *Ibid*, p.579.

²⁸³⁰ *Ibid*, n°. 466.

²⁸³¹ *Ibid*, p.136.

doivent primer les règles spécifiques, dans un conflit en l'absence d'une antinomie, sinon il y aurait un risque d'émiettement du droit commun par l'autonomisation des régimes spéciaux.

701. Cependant, en matière de nullités, l'autonomisation ne vient pas du fait que les règles spéciales des nullités, représentées par les théories spécifiques des nullités, priment sur les règles générales qui sont représentées par les théories générales des nullités. – Cette autonomisation est due à l'absence de règles générales relatives aux nullités dans le code. En effet, il n'y a pas de véritable droit commun des nullités dans le code²⁸³². Aussi, on peut estimer que l'autonomisation du régime, des nullités, relatif à certains contrats, ne met pas en cause la cohérence du droit des contrats en l'émiettant, parce que les régimes spéciaux des nullités ne concurrencent pas le droit commun des nullités ; ils suppléent à sa carence. Les théories spécifiques des nullités ne mettent donc pas en cause la cohérence du droit commun en s'autonomisant par rapport à ce droit commun, mais elles compléteront ce droit commun.

Conclusion de la section

702. Certes le droit commun est l'armature logique du droit des contrats, et par là même garant de son unité. Cependant, l'émancipation des théories spécifiques des nullités par rapport à ce droit commun ne met pas en cause cette armature, car cette émancipation ne concurrence pas le droit commun.

Conclusion du chapitre

703. Dans ce chapitre, on a pu montrer à quel point la casuistique appliquée à la théorie des nullités est une régression scientifique. Ce qui a permis de soutenir la deuxième hypothèse de ce travail d'après laquelle la casuistique n'améliore en rien la présentation des nullités. En effet, non seulement cette casuistique nie les théories, mais aussi et surtout elle dévalue le rôle de la doctrine qui est réduit à la simple reproduction des normes et non à leur systématisation.

²⁸³² Cf. *Supra*, n° 58 et 696.

704. On a également essayé de montrer que la formule « théories spécifiques » ne souffre pas de ce reproche, car même si ces théories tiennent compte de la diversité des nullités, elles n'excluent pas les classifications. Ces classifications spécifiques, s'émancipent certes du droit commun, mais sans le mettre en cause. En effet, les théories spécifiques ont pour but de combler les carences de la théorie générale des nullités en proposant des classifications qui tiennent compte du droit positif. C'est ce qui va être exposé dans le dernier chapitre de ce travail.

CHAPITRE 2 : LES REMEDES AUX PROBLEMES POSES PAR LA PRISE EN COMPTE DE LA DIVERSITE DANS L'ETUDE DES NULLITES : LES THEORIES SPECIFIQUES

705. Dans le chapitre précédent, il a été montré à quel point la volonté de refléter la diversité des cas a mené certains auteurs à la casuistique. – La régression scientifique engendrée par cette casuistique a été également illustrée. L'étude des théories spécifiques des nullités va montrer, dans ce chapitre, que cette diversité des nullités peut très bien s'exprimer, chez les auteurs, sans mettre en cause la dimension scientifique de la théorie des nullités dans la mesure où elle permet de conserver une certaine systématisation.

Paradoxalement, la méthode choisie ici, qui consiste à étudier les nullités spécifiques à chaque acte, avait déjà été mise en œuvre par Biret en 1821. Ainsi, dans son traité sur les nullités, celui-ci a consacré les différents chapitres de son travail aux « nullités des actes de mariage »²⁸³³ ; aux « nullités relatives à l'adoption »²⁸³⁴ ; aux « nullités relatives aux partages »²⁸³⁵ ; aux « nullités relatives aux donations »²⁸³⁶ ; aux « nullités des baux »²⁸³⁷ ; aux « nullités relatives aux contrats de société »²⁸³⁸ ; aux « nullités relatives aux transactions »²⁸³⁹ et aux « nullités relatives aux hypothèques »²⁸⁴⁰. Chacune de ces nullités, spécifiques, était étudiée dans un chapitre qui lui était propre. Dans ce travail, c'est une méthode similaire que l'on entend utiliser pour étudier les nullités spécifiques. Mais, à la différence de Biret, qui, avant d'étudier ces nullités spécifiques, avait précisé que son étude « est précédée d'un examen [...] de la nature des nullités [...] de leurs divisions [...] »²⁸⁴¹, on ne proposera pas au début de ce chapitre, comme l'a fait Biret, une distinction entre la nullité absolue et relative pour l'appliquer à chaque théorie spécifique²⁸⁴². Dans ce travail, chaque théorie spécifique des nullités aura ses propres catégories de nullités qui ne sont pas forcément des nullités absolue et relative.

²⁸³³ M. Biret, *Traité des nullités de tous genres : Substantielles et de procédures*, op. cit., tome I, p. 81

²⁸³⁴ *Idem*, p. 166.

²⁸³⁵ *Ibid*, p. 230.

²⁸³⁶ *Ibid*, p. 241.

²⁸³⁷ *Ibid*, p. 399.

²⁸³⁸ *Ibid*, p. 403.

²⁸³⁹ *Ibid*, p. 414.

²⁸⁴⁰ *Ibid*, p. 430.

²⁸⁴¹ *Ibid*, p. 9.

²⁸⁴² *Ibid*, pp. 31, 111, 112, 266 et 408.

706. Ces théories spécifiques des nullités résultent du rapprochement des positions éparses de certains auteurs. – Ce rapprochement a fait apparaître la volonté de tenir compte des théories spécifiques à certains contrats indépendamment de la théorie générale des nullités. Ces théories autonomes se rencontrent souvent dans des contrats institutionnels. Ainsi, au début du XX^{ème} siècle, l'autonomie de la volonté a été mise en cause. A l'image de la théorie de l'institution, développée par Hauriou²⁸⁴³, Gounot a-t-il estimé que certains contrats sont eux aussi institutionnels²⁸⁴⁴. Dans ces contrats, contrairement à ce que soutient la théorie de l'autonomie de la volonté, toutes les obligations ne résultent pas que de la volonté, mais de l'institution, dont le contrat a déclenché l'émergence. Parmi ces contrats, Gounot cite le mariage²⁸⁴⁵, le contrat de société²⁸⁴⁶ et le contrat de travail²⁸⁴⁷.

707. Le fait que, dans ces contrats toutes les obligations ne viennent pas exclusivement de la volonté des parties, produit des conséquences sur leur nullité. – En effet, cette sanction vise à anéantir rétroactivement les effets produits par la volonté des parties²⁸⁴⁸. Or tous les effets de ces contrats ne résultant pas exclusivement de la volonté des parties, la nullité de ces derniers doit être spécifique. Cette spécificité fait que, comme il a été soutenu dans la deuxième hypothèse émise dans ce travail, le rapprochement des positions de certains auteurs sur ces institutions permet de mettre en lumière une existence sous-jacente de théories des nullités, spécifiques à chacun de ces contrats. Ce qui s'illustre aussi bien dans l'étude du contrat mettant en place une personne morale (Section 1) que dans celle des contrats mettant en place un statut (Section 2).

²⁸⁴³ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., pp. 224, 239.

²⁸⁴⁴ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., p. 264.

²⁸⁴⁵ *Idem*, p. 259.

²⁸⁴⁶ *Ibid*, p. 263 ; P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., p.240.

²⁸⁴⁷ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., pp. 276, 278, 283. ; Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. XIX. ; V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », *Droit social*, 1960, pp. 624, 623 ; J. Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Rennes : PUR, 2004, p. 320.

²⁸⁴⁸ Cf. *Supra*, n° 10.

Section 1 : La théorie spécifique des nullités des contrats mettant en place une personne morale

708. Selon l'article 1832 C. civ., « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice[...]elle peut être instituée[...]par l'acte de volonté d'une seule personne ». Cette présentation de la société laisse entendre qu'il s'agit d'un contrat²⁸⁴⁹, mais sans pour autant exclure que c'est aussi une institution²⁸⁵⁰. Cependant, l'assimilation de la société à une institution est récente. En effet, dans le droit romain, la société n'était pas une institution²⁸⁵¹, sauf les sociétés chargées de collecter les deniers publics²⁸⁵². Même dans l'ancien droit français, la société n'était pas une institution, car si l'ordonnance de 1673 a reconnu le principe de la solidarité entre tous les associés dans son article 7, elle n'a pas reconnu la personnalité juridique à la société²⁸⁵³. Cependant, dans certains cas, le Roi pouvait attribuer la personnalité juridique à une société par l'octroi d'un *privilege* spécial. Ce qui permit à Law d'utiliser cet instrument pour gérer la Louisiane au XVIII^{ème} siècle²⁸⁵⁴. C'est le même mécanisme qui fut utilisé pour permettre la création des autres compagnies des Indes²⁸⁵⁵. Même après le Code civil, pour que toute société, y compris civile, soit considérée comme une personne morale, il a fallu attendre une loi de 1901²⁸⁵⁶.

²⁸⁴⁹ Ce qui, est le cas des sociétés en participation ou les sociétés créées de fait, auxquelles les articles 1871 et 1873 C. civ. ne reconnaissent pas la personnalité juridique. C'est sans doute pour cette raison que Planiol ne semble pas convaincu par cette thèse institutionnelle. Cependant les tenants de la thèse contractualiste ne peuvent pas eux non plus expliquer la société par le contrat, puisqu'il existe des sociétés ou il n'y a qu'une seule partie, il s'agit des EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) ou des SASU (société par action simplifiée unipersonnelle). C'est pour cela que ces deux positions ne sont pas exclusives l'une de l'autre. On pourrait considérer la société comme un contrat pour sa formation dans certains cas, et comme une institution pour son fonctionnement.

²⁸⁵⁰ V. Magnier, *Droit des sociétés*, 2^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2004, p.6.

²⁸⁵¹ La société n'était pas une institution, puisque cette indivision n'a jamais eu de personnalité juridique. Même avec l'émergence de la société hors du cadre familial, facilitée par les *ius gentium* au II^{ème} siècle Av J.C, on n'a pas reconnu la personnalité juridique à la société (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit, p.705). Dans ce cas si un associé agit au nom de la société, il n'engage que lui-même, quitte pour lui à se retourner contre les autres associés par l'action *pro socio*. Toutefois, le droit romain n'ignorait pas totalement la personnalité juridique des sociétés, car il a reconnu cette personnalité aux sociétés de *publicain* qui étaient chargées d'exécuter des marchés publics. Mais selon Gaius cette reconnaissance de la personnalité devrait être exceptionnelle (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit, p.267)

²⁸⁵² Pomponius, D. 17, 2, 59.

²⁸⁵³ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit, p.271.

²⁸⁵⁴ L. Bély, *La France moderne 1498-1789*, op. cit., p. 475 ; *Dictionnaire encyclopédique et universel*, op. cit., p. 897.

²⁸⁵⁵ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit, p.707; M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, op. cit., p. 257.

²⁸⁵⁶ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit, p.271.

Toute cette évolution historique, mêlée à la nouvelle théorie réaliste de la personnalité juridique, qui a été développée par la doctrine dans les années cinquante à la suite de la Cour de cassation²⁸⁵⁷, a permis à certains auteurs de considérer la société comme une institution²⁸⁵⁸.

709. Or la nullité étant définie comme la « sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique [...] »²⁸⁵⁹, elle est justement incompatible avec cette institution. Parce que cette dernière entre en contact avec des tiers, l'Etat ... on ne peut pas faire comme si elle n'avait pas existé par une simple décision de justice²⁸⁶⁰. Aussi, Hemard a-t-il estimé qu'il « [...] est impossible d'anéantir ce qui a été fait : on ne peut détruire les usines, retirer de la circulation les objets fabriqués ; on ne peut faire que des gains n'aient pas été réalisés. Il est impossible de ne pas se préoccuper de ce qui demeure après que le décret de mort de la société [...] a été rendu ; aucune décision légale ne saurait supprimer la matérialité des faits accomplis [...] Le droit strict, basé sur le raisonnement, issu de fictions, fléchit devant les faits [...] »²⁸⁶¹. Cependant, au-delà même de cette impossibilité matérielle, cette nullité crée aussi une véritable insécurité juridique. En effet, ceux qui contractent avec la société viciée ne savent souvent pas qu'elle est viciée²⁸⁶².

710. On a très tôt pris conscience de cette incompatibilité entre la société et la nullité. – Aussi, les présidents des tribunaux de commerce de Lyon et de Paris avaient, en 1882 et en 1889, demandé la réforme de la nullité des sociétés²⁸⁶³. Quant à Thaller, dès 1884, il écrivait que « tous les hommes versés dans les affaires s'accordent à dire que la nullité des sociétés a plutôt aggravé les liquidations financières qu'elle n'en a facilité l'issue »²⁸⁶⁴. Toutes ces prises de conscience ont poussé à modifier le régime des nullités des sociétés. Ainsi en 1889, au congrès des sociétés par actions, un jurisconsulte Belge a-t-il proposé un système préventif à la place des nullités²⁸⁶⁵. Au demeurant, plusieurs systèmes étrangers ont suivi

²⁸⁵⁷ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 518 et s.

²⁸⁵⁸ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, Univ Lyon 3 : th doc, 2000, p. 14 ; ; Voir aussi : J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, (Dir M. Boudot et P. M. Vecchi), Poitiers : LGDJ, 2008, p. 186.

²⁸⁵⁹ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 12^è éd, op. cit., p. 369.

²⁸⁶⁰ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 21.

²⁸⁶¹ J. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait : Etude de jurisprudence et de droit comparé*, 2^è éd, Paris : Recueil Sirey, 1926, p. 7.

²⁸⁶² J. Carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^è éd, op. cit., tome IV, p. 196.

²⁸⁶³ J. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait : Etude de jurisprudence et de droit comparé*, 2^è éd, op. cit., p. 929.

²⁸⁶⁴ *Idem*.

²⁸⁶⁵ Dans l'article 10 de l'avant-projet du congrès, on a proposé qu'une « [...] société constituée après accomplissement des formalités préventives doit être à l'abri de l'action en dissolution. » (*Ibid*, p. 930).

cette recommandation²⁸⁶⁶. En France, la directive de 1968 sur les sociétés préconisait la mise en place d'un contrôle préalable pour éviter la nullité²⁸⁶⁷. D'ailleurs, avant la loi de 1867, le système français aussi admettait une forme de contrôle préventif. En effet, depuis un décret du 24 août 1793, pour créer une société anonyme il fallait obtenir une autorisation préalable du Gouvernement²⁸⁶⁸. Mais pour ne pas entraver la liberté d'entreprendre et afin d'accompagner la révolution industrielle²⁸⁶⁹, l'article 21 de la loi du 24 juillet 1867 dispose qu'à «[...]l'avenir les sociétés anonymes pourront se former sans autorisation du Gouvernement»²⁸⁷⁰. Le seul vestige de ce contrôle préalable consistant depuis dans l'obligation d'enregistrer la société, au registre du commerce et des sociétés²⁸⁷¹. Mais cette déclaration préalable n'est pas un contrôle préalable du respect des conditions de formation de la société²⁸⁷², même si son omission est sanctionnée tantôt par la nullité de la société dans l'article L. 235-2 C. com. dans les sociétés en commandite²⁸⁷³, tantôt par l'absence de la personnalité juridique de la société²⁸⁷⁴.

²⁸⁶⁶ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 5^e éd, Paris : Dalloz, 2003, p. 339 ; I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., pp. 32 et 33. Ainsi les Etats unis, l'Angleterre, l'Israël, l'Italie et la Suisse prévoient des procédures permettant de purger les causes de nullité avant la formation définitive de la société. Ce qui évite la nullité ultérieure de la société (M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, op. cit., p. 69).

²⁸⁶⁷ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 24; J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société » , in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008, pp. 186, 187, 197.

²⁸⁶⁸ J. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 942 ; M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, op. cit., p. 258.

²⁸⁶⁹ Du fait de cette exigence d'autorisation préalable, il n'y eut que 157 sociétés par action de 1826 à 1837. Ce qui prouve que cette exigence a bridé la liberté d'entreprendre. D'ailleurs après sa suppression en 1867, rien qu'en 1920, on créa 3000 sociétés anonymes (*Idem*, p. 259).

²⁸⁷⁰ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 129; M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, op. cit., p. 259.

²⁸⁷¹ M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, op. cit., p. 296 ; I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 25 ; *Voir aussi* : Mais même ce contrôle allégé est considéré comme attentatoire à la liberté d'entreprendre. C'est pour cela que les ordonnances du 25 mars 2004 et du 24 juin 2004 ont cherché à l'alléger pour les sociétés à responsabilité limitée. (M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, op. cit., p. 266).

²⁸⁷² Cependant, l'article L. 210-7 C. com, impose au greffier de faire un contrôle préventif minimum, en disposant qu'il « [...]est procédé à l'immatriculation de la société après vérification par le greffier du tribunal compétent de la régularité de sa constitution dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires relatives au registre du commerce et des sociétés » Ce qui est un contrôle préalable minimum, d'autant qu'un décret du 30 mai 1984 est venu ajouter l'article R. 123-95 au code de commerce, qui dispose que le greffier « Vérifie en outre que la constitution...des sociétés commerciales sont conformes aux dispositions législatives qui les régissent » ; *Voir aussi* : Ainsi lors de création d'une société anonyme, faisant appel à l'épargne publique, l'article L. 412-1 et s du code monétaire et financier fait obligation aux créateurs de la société, d'émettre un prospectus, destiné à informer les futurs acquéreurs des titres de la société sur le patrimoine de cette dernière. Ce prospectus ne peut pas être publié sans le visa de l'autorité des marchés financiers (article L. 211-1 et s du code monétaire et financier). Ce qui revient à reconnaître à cette autorité, un pouvoir de contrôle préalable, avant d'apposer son visa sur le prospectus, car l'article L. 621-8-1-I du code monétaire et financier oblige cette autorité à vérifier la sincérité du prospectus.

²⁸⁷³ M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, op. cit., p. 61.

²⁸⁷⁴ *Idem*, p. 64.

Mais le congrès des sociétés par actions de 1889 à Nyssen avait aussi proposé de remplacer la nullité par la responsabilité en estimant, dans sa résolution finale, que « La nullité ne doit pas être la sanction légale de la violation des règles de constitution de la société. La responsabilité pénale et civile des fondateurs et administrateurs doit être la conséquence de la violation des règles constitutives de la société »²⁸⁷⁵. Sans supprimer la nullité, le législateur français a tenu compte de cette dernière recommandation, en mettant en place des sanctions pénales, pour sanctionner le non-respect de certaines règles de formation des sociétés²⁸⁷⁶.

711. En revanche, malgré toutes les critiques adressées à la nullité des sociétés et les solutions proposées pour la remplacer, le législateur français n'a pas voulu abandonner la nullité pour sanctionner les conditions de formation des sociétés²⁸⁷⁷. – Mais pour tenir compte du danger que représente la nullité de la société pour la sécurité juridique, il a tenu à soumettre cette nullité à un régime spécifique. D'une part, en réduisant les causes de nullité de la société qui ne peuvent exister que si un texte les prévoit²⁸⁷⁸, même si l'article 1844-10 C. civ. est très ambigu sur ce point. C'est au demeurant pour cette raison que certains auteurs ont estimé que la nullité de la société peut exister même si elle n'est pas prévue par un texte²⁸⁷⁹. Mais pour garantir la sécurité juridique des investisseurs, afin de faciliter la libre circulation des capitaux en Europe, la CJCE, devenue la CJUE, en application des directives sur la nullité des sociétés²⁸⁸⁰, estime que la nullité des sociétés anonymes ne peut être que textuelle²⁸⁸¹. Dans les sociétés par action et les sociétés à responsabilité limitée, les vices du consentement ne peuvent être invoqués que s'ils touchent à tous les associés²⁸⁸². D'autre part, à côté de la limitation des causes des nullités des sociétés, le législateur cherche à limiter les effets de la nullité des sociétés. Déjà dans la loi du 24 juillet 1867, les articles 7 et 41 rendaient la nullité

²⁸⁷⁵ J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 930.

²⁸⁷⁶ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 5^e éd, op. cit., pp. 339, 413; I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 25; J. C. Hallouin « Les nullité en matière de société », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 187 ; M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, op. cit., pp. 263 et 332 ; M. Cozian, A. Viandier et Deboissy, *Droit des sociétés*, 23^e éd, Paris : Litec, 2010, p. 275 ; en ce sens, Cf, articles L. 241 C. Com et L. 231-8 code monétaire et financier.

²⁸⁷⁷ Il montre que déjà l'article 42 du code de commerce de 1807 prévoyait cette sanction (J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 1).

²⁸⁷⁸ J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 188.

²⁸⁷⁹ *Idem*

²⁸⁸⁰ V. Magnier, *Droit des sociétés*, 3^eme éd, Paris : Dalloz, 2007, p. 4.

²⁸⁸¹ CJCE devenue CJUE, 13 nov, 1990, Marleasing SA/ Espagne, Bull. Joly société, 1991, p. 123; J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 191; I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 29.

²⁸⁸² V. Magnier, *Droit des sociétés*, 3^eme éd, op. cit., p. 14.

inopposable aux tiers, même si elle restait rétroactive²⁸⁸³. Mais il est revenu à la loi du 29 novembre 1966 de supprimer la rétroactivité de la nullité de la société²⁸⁸⁴.

712. Cette évolution a créé un régime spécifique pour les nullités des sociétés.– D'où la nécessité de construire une théorie des nullités qui est spécifique à ce contrat de société pour systématiser ce régime²⁸⁸⁵. Mais cette théorie doit être indépendante de la théorie générale des nullités telle qu'elle a été construite au XIX^{ème} siècle. En effet, pour Hémard, on ne peut pas mesurer « à quelles conséquences désastreuses et choquantes aurait conduit le système rigide des nullités, plus tard mis en relief par Demolombe, Aubry et Rau, et devenu la théorie classique des nullités [...] les nullités de sociétés dans leur ensemble auraient été tenues pour absolues, elles auraient opéré rétroactivement[...]Dès lors, plus de dette ni créance sociales[...] »²⁸⁸⁶. Pour échapper à cette rigidité de la « [...] théorie générale des nullités [...] »²⁸⁸⁷, certains auteurs ont exprimé la volonté de «[...] construire une théorie des nullités propre au droit de sociétés[...] »²⁸⁸⁸ et qui serait « autonome »²⁸⁸⁹ par rapport au droit commun²⁸⁹⁰.

713. Il sera justement montré ici, comme il a été soutenu dans la deuxième hypothèse de ce travail, que si cette théorie spécifique, qui varie selon les auteurs, est loin d'être

²⁸⁸³ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 21.

²⁸⁸⁴ M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, op. cit., p. 68.

²⁸⁸⁵ L'article 42 ne fixait pas de régime de la nullité des sociétés, « il appartient à la doctrine et à la jurisprudence d'organiser le régime des sociétés nulles. » car pour Hémard, « le Code civil ne renfermait pas un système de nullité dont l'application parut s'imposer en ce qui concerne les nullités de sociétés » (J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 4).

²⁸⁸⁶ Pour lui, le régime des nullités « [...] s'écarte sur bien des points de celui appliqué habituellement au contrat [...] » (*Idem*, op. cit., p. 5). Pour J. C.. Hallouin « Les nullités en matière de sociétés se démarquent ainsi de nombreux points du droit commun. La raison essentielle tient à l'existence d'une personne morale dont la naissance ne doit pas être trop facilement remise en cause et dont le fonctionnement ne doit pas être trop facilement perturbé. » Il a ajouté que le régime des nullités des sociétés « [...] est affecté de fortes particularités qui ont pour finalité d'éviter autant que faire se peut d'aboutir au prononcé de la nullité » (J. C.. Hallouin « Les nullités en matière de société », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., pp. 185, 197, 202).

²⁸⁸⁷ J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 30.

²⁸⁸⁸ Pour I. R. Cadet « Il n'existe pas à l'heure actuelle de théorie de nullité en droit des sociétés à l'image de celle qui a été édictée en droit civil depuis près de deux siècles. » (I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., pp. 2, 4).

²⁸⁸⁹ Pour Cadet « Rechercher la place exacte des nullités en droit des sociétés, ce n'est pas uniquement se demander si cette sanction est adéquate et efficace, mais c'est aussi et surtout établir son régime propre en fonction de son autonomie par rapport au droit civil. » (*Idem*, n° 39).

²⁸⁹⁰ Cette entreprise peut être facilitée par le fait qu'une documentation riche existe sur la nullité des sociétés, car plusieurs thèses ont été exclusivement consacrées aux nullités des sociétés (M. Richier, *Régime des sociétés nulles en raison de leur objet ou du consentement des parties*, Paris : Sirey, 1910 ; D. Falque, *Les nullités de constitution des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966*, Univ Pari II : th doc, 1970 ; J. Mallet, *Les nullités de sociétés dans la loi du 24 juillet 1966*, Univ Aix : th doc, 1973 ; P. Macqueron, *Les nullités de sociétés dans la loi du 24 juillet 1966*, Univ Rouen : th doc, 1981 ; J. Rakotoniana, *La sanction de l'inobservation des règles de la constitution des sociétés commerciales*, Univ Nancy : th doc, 1970).

parfaite, elle est préférable à une théorie générale des nullités. – En effet, même si elle n'est pas totalement conforme droit positif, il est plus facile de l'ajuster à ce droit qu'une théorie générale des nullités qui nécessite la prise en compte de plusieurs paramètres. Cette pertinence apparaîtra dans la distinction des nullités de la société où a été privilégiée *a priori* la distinction entre les nullités *pro socio* et les nullités relatives généralisées (Sous-section 1). Cette pertinence est due au fait que la distinction choisie est corroborée par le régime des nullités de la société dans le droit positif (Sous-section 2).

Sous-section 1. La spécificité dans la distinction des nullités du contrat de société

Pour proposer une distinction des nullités propre au droit des sociétés (§ 2), on a d'abord exclu les distinctions des nullités résultant de la théorie générale des nullités (§ 1).

§ 1. La mise en cause des théories générales des nullités

En droit des sociétés, on a non seulement mis en cause l'inexistence (A), mais aussi les autres distinctions des nullités, issues des théories générales (B).

A. La mise en cause de l'inexistence en droit des sociétés

714. La nullité de certaines sociétés n'étant que textuelle et non rétroactive, il peut être tentant d'utiliser l'inexistence pour échapper à ces limitations²⁸⁹¹. – L'inexistence peut jouer, non seulement sans texte, mais elle permet aussi de passer outre la limitation de la rétroactivité de la nullité des sociétés²⁸⁹². Ainsi, l'absence de l'*affectio societatis* n'étant pas expressément sanctionnée par la nullité dans les règles régissant les sociétés²⁸⁹³, on a estimé

²⁸⁹¹ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 107.

²⁸⁹² H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité*, (Dir. M. Chartier), op. cit., p. 109 ; C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^e éd., op. cit., p. 515. ; V. Magnier, *Droit des sociétés*, 3^e éd, op. cit., p. 15.

²⁸⁹³ M. Cozian, A. Viandier et Deboissy, *Droit des sociétés*, 23^{ème} éd, op. cit., p. 76.

que cette absence entraînerait l'inexistence de la société²⁸⁹⁴. Cette idée est inspirée du droit romain, dans lequel, Ulpien soutenait qu'il n'y a pas de société « sans [...] l'intention de s'associer »²⁸⁹⁵.

Cependant, la directive n°68-151 du 9 mars 1968 en son article 11 dispose qu'en « dehors des cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence [...] »²⁸⁹⁶. Un arrêt du 16 juin 1992 étend ce refus de l'inexistence, en cas d'absence d'*affectio societatis*, à tous les types de société²⁸⁹⁷. De sorte que l'inexistence est exclue dans la distinction des nullités des sociétés²⁸⁹⁸. Pour certains auteurs, il en va de même des autres distinctions des nullités.

B. la mise en cause des autres types de nullité en droit des sociétés

715. En général, dans la théorie des nullités, on distingue la nullité absolue de la nullité relative. – D'ailleurs certains auteurs n'ont pas rejeté cette distinction en droit des sociétés, ce malgré la spécificité de la nullité des sociétés²⁸⁹⁹. Ainsi pour J. C. Hallouin, en droit des sociétés, « [...]la distinction nullité absolue, nullité relative n'est pas remise en cause mais la nullité relative présente un visage particulier dans la mesure où les personnes qui peuvent agir sont souvent beaucoup plus nombreuses que d'habitude»²⁹⁰⁰. Cependant, d'autres auteurs, comme Hemard, ont rejeté cette distinction, en estimant que « La loi n'établit aucune distinction entre cause de nullité, elle ne procède à aucune classification. Se reportant à la théorie générale des nullités, on pourrait songer à diviser les nullités de sociétés en nullités absolues et en nullités relatives ; mais cette division, déjà incertaine en droit civil, serait particulièrement difficile à établir en ce qui concerne les sociétés, puisqu'il est plusieurs cas

²⁸⁹⁴ H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité*, (Dir M. Chartier), op. cit., p. 109; C. Larroumet, *Droit civil : les obligations le contrat*, 3è éd., op. cit., p. 515 ; V. Magnier, *Droit des sociétés*, 3ème éd, op. cit., p. 15.

²⁸⁹⁵ Ulpien, D. 17, 2, 31.

²⁸⁹⁶ H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité*, (Dir M. Chartier), op. cit., p. 116.

²⁸⁹⁷ *Idem*, p. 118.

²⁸⁹⁸ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 134.

²⁸⁹⁹ *Idem*, p. 108.

²⁹⁰⁰ J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société » , in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 200.

de nullités dont la nature est encore l'objet de discussion. Au surplus, absolue ou relative, la nullité laisse subsister une société de fait. »²⁹⁰¹.

Ce qui revient à dire que la distinction entre les nullités absolue et relative ne doit pas être appliquée au contrat de société. Au demeurant, I. R. Cadet ne dit pas autre chose quand elle dit que « les nullités en droit des sociétés se prêtent mal à une répartition rigoureuse entre nullités absolue et relative [...] »²⁹⁰². Ce rejet de la distinction de la théorie générale des nullités a poussé ces auteurs à chercher une distinction originale pour la nullité du contrat des sociétés.

§ 2. La proposition d'une distinction spécifique au contrat de société

Si plusieurs auteurs ont esquissé une distinction des nullités, spécifique aux sociétés(A), ils n'ont pas proposé une distinction pertinente. On peut cependant en imaginer une, fondée sur l'opposition entre les nullités *pro socio* et les nullités relatives généralisées (B).

A. L'esquisse d'une distinction des nullités spécifique aux sociétés

716. Après avoir rejeté la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives en droit des sociétés, Hémard esquisse une distinction des nullités, spécifique aux sociétés. – Ainsi, cette présentation des nullités des sociétés, consiste à distinguer les nullités intrinsèques des nullités extrinsèques²⁹⁰³. Cette distinction correspond, chez lui, à la distinction entre la nullité du contrat de société et la nullité de l'institution²⁹⁰⁴. Si c'est le contrat qui est nul, il y aurait une communauté de fait ; si c'est la constitution de l'institution qui est nulle, il y aurait une société de fait²⁹⁰⁵.

²⁹⁰¹ J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 30.

²⁹⁰² I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 108.

²⁹⁰³ J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 31.

²⁹⁰⁴ *Idem*, p. 32.

²⁹⁰⁵ Il précise que la communauté de fait est une sorte d'indivision, la société de fait est une société (*Ibid*, pp. 32, 33).

717. Quant à I. R. Cadet, si elle estime que « La nullité qui sanctionne l'ordre public sociétaire est autre : elle n'est ni absolue, ni relative, car elle ne vise ni la sauvegarde de l'intérêt général, ni celle d'une personne en particulier. »²⁹⁰⁶, elle ajoute « que les nullités relatives généralisées rendent mieux compte de la réalité. »²⁹⁰⁷ en droit des sociétés, car dans ce domaine « le régime applicable est [...] unique [...] »²⁹⁰⁸ pour toutes les nullités, qu'elles soient absolues ou relatives. D'où la nécessité de renoncer à toute entreprise de distinction de plusieurs types de nullités en droit des sociétés, puisque « Les nullités des sociétés relèvent [...] d'une catégorie *sui generis* »²⁹⁰⁹ réductible aux nullités relatives généralisées.

718. D'autres ont proposé une distinction des nullités du contrat de société, fondée sur la spécificité du vice du contrat : selon que ce vice est propre ou pas au contrat de société, la nullité ne sera pas la même. Une telle distinction pourrait se fonder sur l'article 1844-10 C. civ., qui dispose que « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, aliéna 1^{er}, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général[...] ». Cet article distingue implicitement les vices spécifiques au contrat de société et les vices communs à tous les autres contrats et qui sont prévus dans l'article 1108 C. civ. On peut supposer que la nullité sanctionnant ces deux types de vice n'est pas la même. Par conséquent M. Cozian, A. Viandier et Deboissy, sans exclure la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative, parlent de « la nullité fondée sur le régime spécial du contrat de société »²⁹¹⁰ et de « la nullité fondée sur le régime général des contrats »²⁹¹¹ en droit des sociétés.

Une telle distinction est fondée sur un postulat selon lequel la société obéit à des conditions de formation spécifiques par rapport à l'article 1108 C. civ. Mais selon l'article 1833 C. civ., l'objet illicite figure parmi les vices spécifiques de la société. Ce qui laisserait entendre que l'objet est une condition spécifique à la société. Or l'objet est une condition qui se trouve dans

²⁹⁰⁶ Pour elle « l'ordre public sociétaire fondé sur la notion d'intérêt collectif dépasse largement le cadre binaire de l'ordre public économique. La différence entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection dont la sanction corrélative repose sur la distinction classique des nullités absolue et relative s'avère sans utilité aucune, car elle ne permet pas de mettre en évidence la spécificité des causes de nullité en droit des sociétés et le régime unique de l'action en nullité qui en découle » (I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., pp. 109, 126.)

²⁹⁰⁷ Mais ceci ne lui a pas empêché d'ajouter que « Le législateur en matière de sociétés n'a pas établi de distinction dans la nature des nullités [...] sauf pour l'illicéité de l'objet social[...] » (*Idem*, pp. 127, 133 et 136).

²⁹⁰⁸ *Ibid*, p. 133.

²⁹⁰⁹ *Ibid*, p.132.

²⁹¹⁰ M. Cozian, A. Viandier et Deboissy, *Droit des sociétés*, 23^{ème} éd, op. cit., pp. 81, 59 et s; M. Germain et V. Magnier, *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, op. cit., p. 50.

²⁹¹¹ Toutefois, ces auteurs ne se limitent pas à ces nullités, ils parlent aussi des nullités fondées sur la fictivité de la société et celle fondée sur la fraude. Mais dans ce travail, on range ces deux catégories, parmi les nullités générales. (M. Cozian, A. Viandier et Deboissy, *Droit des sociétés*, 23^{ème} éd, op. cit., pp. 80, 81 et 83).

l'article C. 1108 C. civ. aussi. Ce qui prouve qu'il est difficile de distinguer les conditions générales des conditions spécifiques, d'autant que les vices du consentement aussi, bien qu'énumérés à l'article 1108 C. civ., se trouvent dans l'article 1844-16 C. civ. aussi. Donc, on ne peut pas utiliser la spécificité du vice pour distinguer les nullités des sociétés, car les vices spécifiques et généraux sont imbriqués. D'où la nécessité de se tourner vers un autre critère pour proposer une nouvelle distinction des nullités en droit des sociétés.

B. Proposition d'une distinction des nullités des sociétés autour des nullités *pro socio* et des nullités relatives généralisées

719. Au début de cette section, il a été montré comment le régime des nullités des sociétés a évolué pour s'adapter à la spécificité de cet acte. – Cette évolution a poussé à la création d'un régime spécifique aux nullités du contrat de société²⁹¹². Mais cette évolution du régime des nullités n'a pas touché toutes les nullités de la société. Ce qui apparaît implicitement dans l'article 1844-10 C. civ. Cet article distingue les nullités, dont le régime a été influencé par les réformes intervenues pour donner un régime spécifique aux nullités des sociétés²⁹¹³, et les nullités restées insensibles à ces réformes. Les nullités qui ont été insensibles à ces réformes, jouissent d'une prescription plus longue comme l'action *pro socio* à Rome. La distinction des nullités qui sera proposée ici va tourner autour de ce point.

720. Dans le droit romain, il existait une action spéciale, appelée *actio pro socio*, pour sanctionner l'inexécution de la société. – Mais la société étant un contrat de bonne foi si elle était viciée par un dol, elle était nulle de plein droit, car contrairement aux contrats de droit strict, qui n'étaient pas viciés par le dol au regard du *ius civile*²⁹¹⁴, la société pouvait être viciée par le dol et sanctionnée comme si elle violait le *ius civile*. C'est ce qu'a montré Paul, en estimant qu'une « société frauduleuse ou contractée de mauvaise foi est nulle de plein droit ; parce que la bonne foi qui doit faire l'âme de la société est contraire à la fraude et au dol. »²⁹¹⁵.. Ce qui impliquait que la société viciée par le dol ne produisait pas l'*actio pro*

²⁹¹² Cf. *Infra*, n° 711 et 712

²⁹¹³ Cf. *Infra*, n° 711

²⁹¹⁴ Paul, D. 17, 2, 34 et 52 ; Cf. *Supra*, n° 18.

²⁹¹⁵ Traduction : « *Societas, si dolo malo, aut fraudandi causa coïta sit, ipso jure nullius momenti est : quia fides bona contraria est fraudi et dolo.* » (Paul, D. 17, 2, 3, 3).

socio, puisque, pour Ulpien, « L'action de la société ne peut avoir lieu qu'autant qu'il y a un contrat de société »²⁹¹⁶.

Cependant, malgré cette absence d'action, pour obtenir la restitution des apports en cas de dol, l'action de dol étant subsidiaire, on n'utilisait pas les nullités prétoriennes sanctionnant les vices du consentement, mais l'*actio pro socio* comme pour tous les contrats de bonne foi²⁹¹⁷. Ce qui faisait de cette action presque une action en nullité qui permettait de sanctionner le vice de dol. Cette action était soumise à une prescription plus longue que les autres nullités prétoriennes²⁹¹⁸.

721. Or les nullités, qui ont échappé à l'aménagement d'un régime spécifique aux nullités des sociétés dans le droit contemporain, ont un régime de prescription proche du régime de l'*actio pro socio*. – C'est pour cette raison que ces nullités s'appellent, les nullités « *pro socio* », car elles ont un régime différent du régime mis en place pour les autres nullités de la société. Les nullités des sociétés, qui ont été réellement influencées par le régime spécifique, mis en place pour les sociétés, s'appellent comme chez Japiot, Gaudemet et I. R. Cadet, « nullités relatives généralisées »²⁹¹⁹. Ce qui permet de dire que pour les sociétés, il a deux types de nullité : les nullités *pro socio* et les nullités relatives généralisées.

Parmi les nullités *pro socio* actuelles, contrairement au droit romain, on ne peut plus citer les nullités sanctionnant le dol. Ces nullités sanctionnent maintenant l'illicéité de l'objet (Article 1833 C. civ.) et le dépassement de la durée maximale dans le contrat de société, car contrairement au droit romain, la Code civil a fixé une durée maximale de quatre-vingt-dix-neuf ans à la société (1838 C. civ.)²⁹²⁰. A cette liste, on peut ajouter le caractère léonin de la société, parce que l'article 1844-1 al 1^{er} C. civ. a réputé non écrite « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit [...] ». Ce qui constitue une nullité partielle du contrat de société, car même si ce n'est pas clairement dit dans le Code civil, depuis le droit romain, Ulpien l'a dit sans ambiguïté, en estimant qu'« [...] une société léonine [...] est nulle »²⁹²¹.

722. Si toutes les nullités sanctionnant les vices qui viennent d'être évoqués sont *pro socio*, les nullités sanctionnant le non-respect du nombre minimum d'associés (article

²⁹¹⁶ Traduction : « *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet* » (Ulpian, D. 17, 2, 31).

²⁹¹⁷ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 520.

²⁹¹⁸ Cf. *Supra*, n° 29.

²⁹¹⁹ Cf. *Supra*, n° 302.

²⁹²⁰ Paul, D. 17, 2, 1.

490. ²⁹²¹ Traduction: « *societatem leoninam[...]nullam esse* » (Ulpian, D. 17, 2, 29).

1832 C. civ.), les vices de forme et les vices du consentement sont des nullités relatives généralisées. – On voit bien ici que ce n'est ni l'intérêt protégé, ni l'état de l'acte qui sont utilisés comme critère ; le critère ici, consiste dans le champ des textes aménageant un régime spécifique aux nullités des sociétés²⁹²². Les nullités influencées par ces aménagements sont des nullités de la société seront relatives ; celles qui ont échappé à cette influence, seront *pro socio*. La pertinence de cette distinction s'évince de la conformité de ses conséquences au régime fixé par le droit positif aux nullités des sociétés.

Sous-section 2. La spécificité dans les conséquences de la distinction des nullités du contrat de société

La nullité du contrat de société n'est pas assimilable à celle prévue dans la théorie générale des nullités. Ce qui s'illustre aussi bien dans le régime de l'action en nullité (§ 1) que dans ses conséquences (§ 2).

§ 1. La spécificité du régime de l'action en nullité contre les sociétés

Aussi bien les conditions d'exercice (A) que les conditions de disparition de l'action en nullité contre le contrat de société (B) ne sont pas réductibles à celles fixées par les théories générales.

A. La spécificité des conditions d'exercice de l'action en nullité contre les sociétés

Après avoir mis en cause les conditions fixées par les théories générales des nullités pour exercer l'action en nullité (I), certains auteurs ont proposé des conditions spécifiques aux nullités des sociétés (II).

²⁹²² Cf. *Supra*, n° 711.

I. la mise en cause des conditions d'exercice de l'action en nullité issues du droit commun

723. Dans les deux théories des nullités, il y a des nullités que tout intéressé peut invoquer et des nullités que seule la personne protégée peut invoquer²⁹²³. – Toutefois, pour Hemard, ce système doit être abandonné pour la nullité des sociétés. En effet, pour lui, en permettant aux tiers d'invoquer la nullité absolue d'une société, « [...] le système français des nullités nuit au crédit des associés et aussi au crédit public, en éloignant d'elles les capitalistes inquiets [...] »²⁹²⁴. Pour illustrer cette idée, il a montré les exemples du crédit foncier et commercial suisse en 1873 et de la Banque de Lyon et de la Loire en 1883. Ces deux sociétés ont fait l'objet de plusieurs demandes d'annulation de la part de sociétés concurrentes qui voulaient les déstabiliser²⁹²⁵. Si toutes ces demandes ont été possibles, c'est parce que des tiers peuvent invoquer la nullité absolue d'une société.

D'où, selon Hemard, la nécessité de rejeter la théorie générale des nullités ici, car avec cette théorie, « la nullité devient une arme perfide, mise par la loi entre les mains de concurrents, de mécontents, de malveillants ou de maîtres-chanteurs »²⁹²⁶. Aussi, la société d'études législatives avait proposé de modifier la loi de 1867 sur ce point en fermant aux tiers la possibilité d'invoquer la nullité absolue d'une société, mais sans succès²⁹²⁷. D'ailleurs, en 2009, le législateur est intervenu pour dire, dans l'article 1839 C. civ., que le tiers peut demander aux associés de régulariser les vices de forme de la société, sans pour autant dire si ce tiers peut invoquer ces vices pour demander la nullité de la société. Cependant, malgré cette absence de précision, dans la théorie spécifique, proposée dans ce travail, on n'exclut pas qu'un tiers puisse invoquer une nullité de la société.

II. la proposition d'une solution spécifique aux nullités des sociétés

724. En ce qui concerne la nullité des sociétés, comme on l'a montré, la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative ne peut pas permettre de désigner les

²⁹²³ Cf. *Supra*, n° 303.

²⁹²⁴ J. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 938.

²⁹²⁵ *Idem*

²⁹²⁶ *Ibid*, p. 939.

²⁹²⁷ *Ibid*

titulaires de l'action en nullité. – En effet, pour I- R. Cadet « Du point de vue des détenteurs du droit de critique, la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection ne donne donc pas une vision exacte des conditions d'exercice de l'action en nullité en droit des sociétés.»²⁹²⁸ Même Planiol, qui est pourtant un des promoteurs de la théorie générale des nullités, a admis cette spécificité des nullités des sociétés²⁹²⁹. Si la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative ne permet pas de déterminer les titulaires du droit de critique, comment peut-on déterminer ces titulaires ?

En droit des sociétés, si la possibilité de demander la nullité est largement ouverte pour les associés, on ne peut pas en dire autant pour les tiers²⁹³⁰. En effet, pour I. R. Cadet, « [...]le droit des sociétés n'attribue pas, sauf exception l'action en nullité aux tiers[...] »²⁹³¹. Donc, on peut dire que la nullité du contrat de société ne peut être demandée que par les associés. C'est au demeurant pour contrebalancer ce monopole que ce droit de critique ne peut pas être opposé aux tiers de bonne foi par les parties, sauf s'il s'agit d'une incapacité ou d'un vice du consentement (article 1844-16 C. civ.). En plus, le tiers, tout en ne détenant pas la possibilité d'invoquer la nullité, a la possibilité de forcer le titulaire de l'action d'agir en nullité ou de régulariser²⁹³². Mais s'il s'agit d'une nullité sanctionnant l'illicéité de l'objet, le tiers n'a pas besoin de la protection de l'article 1844-16 C. civ., parce que pour V. Magnier, « La sanction civile frappant une société ayant un objet illicite est la nullité absolue et peut être invoquée par tout intéressé.»²⁹³³

725. Donc on peut dire qu'en droit des sociétés, la nullité ne peut être invoquée que par les associés, sauf s'il s'agit d'une nullité pour objet illicite. – En plus, le tiers pourrait invoquer la nullité des clauses réputées non écrites. Ainsi, la clause léonine ou celle prévoyant une société excédant quatre-vingt-dix-neuf ans sont réputées non écrites selon l'article 1844-1 al 1^{er} C. civ. Certes, pour la société dépassant la durée maximale, il n'est pas dit dans l'article 1838 C. civ. que la clause prévoyant une société excédant quatre-vingt-dix-neuf ans est réputée non écrite, mais l'article 1844 -10 C. civ. a dit que « [...]Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite[...] ». Or l'article 1838 C. civ., fixant la une

²⁹²⁸ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 124.; Voir aussi : J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société » , in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 201.

²⁹²⁹ M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 375.

²⁹³⁰ *Idem*

²⁹³¹ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 128.

²⁹³² Cf. *Supra*, n° 297.

²⁹³³ V. Magnier, *Droit des sociétés*, 3ème éd, op. cit., p. 20.

durée maximale à la société, est une disposition impérative. Donc on peut dire que la clause, fixant une durée dépassant le maximum prévu, est réputée non écrite. Ce qui revient à dire que les tiers pourraient invoquer ces nullités, comme celles sanctionnant l'illicéité de l'objet, car pour S. Gaudemet, « l'action en constatation du réputé non écrit devrait être ouverte à toute personne, sous la seule réserve de la démonstration d'un intérêt direct et personnel. »²⁹³⁴. Ce qui est tout à fait pertinent en droit des sociétés²⁹³⁵.

D'où l'intérêt de la distinction, au niveau des titulaires de l'action en nullité, entre les nullités *pro socio* et les nullités relatives généralisées. En effet si les nullités *pro socio*, c'est-à-dire les nullités sanctionnant l'illicéité de l'objet et les réputés non écrits, peuvent être invoquées par les tiers et les associés, les nullités relatives généralisées ne peuvent être invoquées que par les associés à l'exclusion des tiers²⁹³⁶. Mais s'il s'agit d'une nullité, sanctionnant l'incapacité ou le vice du consentement, dans ce cas, ce ne sont pas tous les associés qui peuvent agir, mais l'incapable ou celui dont le consentement a été vicié²⁹³⁷. Cette distinction est d'autant plus pertinente qu'elle montrera son importance dans la disparition de l'action en nullité aussi.

B. La spécificité des conditions de disparition de l'action en nullité contre la société

Là aussi, l'autonomie de la théorie des nullités spécifique à la société, par rapport à la théorie générale des nullités s'illustre aussi bien en ce qui concerne la confirmation (I) qu'en ce qui concerne la prescription (II).

²⁹³⁴ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 111.

²⁹³⁵ Certes ce réputé non écrit se rencontre aussi dans tous les autres contrats, mais en droit des sociétés, le législateur a voulu en faire une catégorie plus accentuée dans l'article 1844-10 C. civ.. C'est pour cela que nous pensons ici que ce réputé non écrit en droit des sociétés obéit parfaitement au régime prévu par S. Gaudemet pour le réputé non écrit en général, même si on est pas d'accord pour dire que ce réputé non écrit doit avoir le même régime pour tous les types de contrat car on est contre une théorie générale valable pour tous les types de contrat.

²⁹³⁶ Car le vice du consentement doit souvent toucher tous les associés pour pouvoir justifier la nullité (I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 131).

²⁹³⁷ Mais en cas de vice du consentement ou de l'incapacité, seul l'associé dont le consentement a été vicié ou l'incapable peuvent agir, mais pas tous les associés. (Article 1844-16 C. civ.)

I. La spécificité de la confirmation en droit des sociétés

Si la confirmation de la nullité des sociétés est spécifique, c'est parce que ses modalités (1) et son champ (2) sont distincts de ceux des théories générales.

1. La spécificité des modalités de la confirmation en droit des sociétés

726. **La nullité d'une société est toujours un échec qu'il faut éviter**²⁹³⁸. – En effet, comme l'a montré Hémard, cette « [...] nullité apparaît donc comme un mauvais remède, ou plutôt ce n'est pas un remède, c'est un toxique. Elle détruit, elle ne répare rien, elle peut entraîner la ruine de sociétés sérieuses quoique irrégulières, elle ne met pas obstacle à la création de sociétés frauduleuses »²⁹³⁹. D'où la nécessité de n'admettre cette sanction que dans de cas exceptionnels²⁹⁴⁰. Or la confirmation est un des meilleurs moyens pour y parvenir. C'est pour cette raison que cette confirmation est le principe en droit des sociétés²⁹⁴¹.

Ce qui peut expliquer l'existence de mécanismes d'incitation pour y recourir, comme l'a recommandé la société d'études législatives en 1917²⁹⁴². Déjà avant cette recommandation, cette incitation existait dans l'article 8 de la loi du 1^{er} août 1893 qui disposait que « l'action en nullité de la société [...] n'est plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister [...] »²⁹⁴³. Cette disposition sera reprise et amplifiée par la loi du 29 novembre 1966 qui a été codifiée dans l'article 1844-11 C. civ. Mais cet article est allé plus loin que la loi de 1893, car il permet l'extinction de l'action en nullité même si le juge a déjà été saisi.

727. **Dans d'autres cas, la confirmation peut même être rendue obligatoire**²⁹⁴⁴. – Ainsi, dans Les articles 1839 et 1844-12 C. civ., on permet à celui qui n'a pas le droit de critique de

²⁹³⁸ *Idem.*, p. 2.

²⁹³⁹ J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 937.

²⁹⁴⁰ *Idem.*, p. 939.

²⁹⁴¹ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 23.

²⁹⁴² J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 960.

²⁹⁴³ Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. 104.

²⁹⁴⁴ J. C.. Hallouin « Les nullités en matière de société », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 198.

mettre en demeure le titulaire de ce droit, dès que la régularisation est devenue possible, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion²⁹⁴⁵. La généralisation de cette technique a été prévue dans le rapport Catala²⁹⁴⁶. Cependant, avant le vote de cette réforme, cette procédure reste spécifique aux sociétés. Ce qui montre la spécificité des modalités de la confirmation en droit des sociétés ; cette confirmation est non seulement encouragée, mais parfois rendue obligatoire pour certains vices. Cette spécificité apparaît aussi dans le champ de cette confirmation.

2. La spécificité du champ de la confirmation en droit des sociétés

728. **Dans la théorie moderne, comme dans la théorie classique, il est dit que la confirmation n'est pas possible si la nullité en question est absolue ou s'il s'agit d'une inexistence**²⁹⁴⁷. – Or, en droit des sociétés, une telle règle n'a pas été mise en place. En effet, comme « il n'existe pas à proprement parler de nullité absolue en matière de droit des sociétés [...]le domaine de la confirmation devrait donc être beaucoup plus vaste »²⁹⁴⁸, selon I- R. Cadet. Toutefois, en dépit de cette affirmation, on continue à soutenir que la confirmation est impossible s'il s'agit d'une nullité pour objet illicite²⁹⁴⁹. Ce que semble, au demeurant, corroborer le droit positif. En effet, selon l'article L. 235- 3 C. com, « l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond [...] sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social »²⁹⁵⁰.

729. Donc on peut voir ici aussi une manifestation de la distinction entre les nullités *pro socio* et les nullités relatives généralisées. – Les nullités relatives généralisées peuvent se confirmer, mais pas les nullités *pro socio*, car en plus de l'objet illicite, S. Gaudemet a montré qu'en ce qui concerne « [...] la confirmation d'une disposition réputée non écrite [...] on conçoit

²⁹⁴⁵ M. Cozian, A. Viandier et Deboissy, *Droit des sociétés*, 23^{ème} éd, op. cit., p.85.

²⁹⁴⁶ Dans le rapport Catala, l'article 1129-5 dispose que « celui dont dépend la confirmation ou la ratification peut être mis en demeure par l'autre partie soit de confirmer ou ratifier, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois, à peine de forclusion. » (P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 96).

²⁹⁴⁷ Cf. *Supra*, n° 329 et 344.

²⁹⁴⁸ I- R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit, p. 141.

²⁹⁴⁹ *Idem*, pp. 148, 149; J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 197.

²⁹⁵⁰ Toutefois, la directive européenne n° 68/151, semble contredire le droit français sur ce point, en disant dans son article 10-2 b que la nullité même pour objet illicite, peut faire l'objet d'une régularisation (I- R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit, p. 148).

assez naturellement qu'elle soit exclue»²⁹⁵¹. Or toutes les autres nullités *pro socio*, à l'exception de celles sanctionnant l'objet illicite, sont des réputés non écrits. Cette distinction va se manifester aussi dans la prescription.

II. La spécificité de la prescription en droit des sociétés

730. La nullité des sociétés a été soustraite à la prescription du droit commun des nullités depuis la loi du 1^{er} août 1893. – C'est cette loi qui a soumis cette action à cinq ans, alors que le droit commun était de dix ans et trente ans à l'époque. La loi de 1966 est venue réduire ce délai à trois ans²⁹⁵². Toutefois, le fait que l'article 1844-14 C. civ. limite cette prescription à trois ans ne prouve pas la spécificité de la nullité des sociétés. On est là en face d'une véritable dérogation à l'article 1304 civ.

Mais c'est l'étendue du champ de cette prescription qui montre la spécificité de la nullité en droit des sociétés. Normalement la nullité absolue et la nullité relative n'étaient pas soumises aux mêmes délais de prescription, même si, depuis 2008, c'est devenu plus compliqué²⁹⁵³. Ce qui pousse à se demander, si toutes les nullités en droit des sociétés sont soumises à la prescription de l'article 1844-14 C. civ ? Comme il n'y a pas de distinction entre les nullités des sociétés, on peut estimer que toutes ces nullités sont soumises à cet article. C'est au demeurant ce qui a poussé I- R. Cadet à dire que comme l'article 1844-14 C. civ. n'établit « [...] aucune distinction suivant les causes de nullités. Toutes les actions en nullité de la société [...] se prescrivent donc par trois ans[...] »²⁹⁵⁴. Aussi, elle a ajouté que « La distinction traditionnelle entre nullités absolue et relative doit être rejetée car elle porte atteinte à l'unité et à l'abréviation du délai de prescription extinctive en ce domaine [...] »²⁹⁵⁵.

731. Cependant, si la distinction traditionnelle entre les nullités absolue et relative doit être rejetée au niveau de la prescription, la distinction entre les nullités *pro socio* et les

²⁹⁵¹ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, loc. cit., p. 145.

²⁹⁵² *Idem*, p. 23.; J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 197.

²⁹⁵³ Cf. *Supra*, n° 370.

²⁹⁵⁴ C'est d'ailleurs pour échapper à cette restriction, de l'article 1844-14 C. civ., que la jurisprudence et la doctrine ont utilisé le concept de l'inexistence en droit des sociétés, afin de faire échapper l'action en nullité de la société à la prescription de l'article 1844-14 C. civ.. (I- R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit, pp. 174, 177 et 178).

²⁹⁵⁵ *Idem*, p. 181.

nullités relatives généralisées reste pertinente pour expliquer cette prescription. – En effet, pour Planiol, la nullité pour objet illicite est imprescriptible dans un contrat à exécution successive, puisque cette illicéité se renouvelle à chaque exécution du contrat illicite²⁹⁵⁶. Ce qui est le cas d'une société ayant pour objet la fabrication de la fausse monnaie. Aussi longtemps que cette société vivra, cette illicéité se renouvellera²⁹⁵⁷. Donc là aussi, on voit l'intérêt de la distinction, entre les nullités *pro socio* et les nullités relatives généralisées. Cette distinction est d'autant plus pertinente que les autres nullités *pro socio*, étant des réputés non écrits, elles sont elles aussi imprescriptibles. En effet, selon S. Gaudemet « La clause réputée non écrite est privée de valeur obligatoire dès son insertion dans le contrat [...] L'écoulement du temps ne saurait effacer cet état du droit. »²⁹⁵⁸.

Donc, si les nullités relatives généralisées sont soumises à la prescription de trois ans, les nullités *pro socio* sont imprescriptibles. Ce qui prouve que la distinction entre les nullités *pro socio* et les nullités relatives généralisées est pertinente au niveau de la prescription. Cependant au niveau des effets de la nullité, cette distinction ne joue pas un rôle important parce qu'il est rare que la distinction des nullités influe sur leurs effets.

§ 2. La spécificité des effets de l'exercice de l'action en nullité contre la société

C'est parce que la rétroactivité de la nullité est incompatible avec le contrat de société (A), que cette rétroactivité a été totalement exclue en droit des sociétés (B).

A. L'incompatibilité de la rétroactivité des nullités au droit des sociétés

732. La rétroactivité de la nullité de la société n'est pas seulement inopportune ; elle est matériellement difficile à réaliser. – En effet, comme l'a montré Hamad, s'il est facile d'éliminer l'acte, les faits eux, ils ont réellement existé : il y a eu des usines construites, de

²⁹⁵⁶ M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 394.

²⁹⁵⁷ Mais les sociétés fictives aussi ne sont pas soumises à cet article. (J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 201).

²⁹⁵⁸ S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, loc. cit., n° 231.

terrains acquis. On ne peut pas faire comme si tout ça n'avait pas existé²⁹⁵⁹. Aussi, il est nécessaire d'abandonner la rétroactivité du droit commun en droit des sociétés²⁹⁶⁰. Déjà dans l'ancien droit, alors même que l'ordonnance de Colbert de 1673 sur les sociétés admettait la rétroactivité de la nullité d'une société²⁹⁶¹, R. Szramkiewicz a montré que « Les juges de commerce [...] n'ont pas tenu compte de l'ordonnance de Colbert. On ne pouvait pas rétroactivement rendre une société nulle [...] L'ordonnance de Colbert tomba vite en désuétude »²⁹⁶².

Lors des débats parlementaires avant l'adoption du Code de commerce, la rétroactivité de la nullité n'avait pas été exclue. En effet, un des intervenants avait estimé, qu'en cas de nullité de la société, « on jugerait comme s'il n'y avait pas eu de société, c'est-à-dire qu'il n'y aurait pour le passé comme pour l'avenir, ni solidarité active entre les associés, ni communauté de gains et de pertes »²⁹⁶³. C'est sans doute pour cela que l'article 42 du Code de commerce de 1807 n'avait pas exclu la rétroactivité de la nullité de la société²⁹⁶⁴. Il en fut de même dans la loi du 24 juillet 1867²⁹⁶⁵. Pour exclure cette rétroactivité, comme les Parlements de l'ancien droit face à l'ordonnance de Colbert, les juges du début du XIX^{ème} siècle ont inventé la société de fait²⁹⁶⁶. Avec ce mécanisme, les juges disaient, que certes l'annulation de la société faisait qu'il n'y a jamais eu de société en droit dans le passé, mais qu'il y a eu une société en fait²⁹⁶⁷, or pour Vavasseur, « la nullité ne supprime pas les faits [...] »²⁹⁶⁸.

²⁹⁵⁹ J. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 7.

²⁹⁶⁰ Pour I. R. Cadet, « Plus qu'une dérogation au droit commun des nullités, l'absence de rétroactivité est donc une donnée fondamentale du régime des nullités en droit des sociétés[...] la non-rétroactivité de cette sanction se justifie donc par la création d'une personne morale et son mode d'organisation et non parce qu'il s'agirait d'actes à exécution successive[...] » (I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 22).

^{491.}²⁹⁶¹ *Idem*, p. 21. Cette ordonnance elle-même ne faisait que reprendre le droit romain, qui à la différence de l'article 1844-7 3° C. civ. ne citait pas la nullité parmi les causes de dissolution de la société. (Modestin, 4, §1, D., *De pro socio*, XVII, 2).

²⁹⁶² R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Paris : Montchrestien, 1989, p. 155.

²⁹⁶³ Cité par J. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 4.

²⁹⁶⁴ *Idem*, p. 1.

²⁹⁶⁵ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 21.

²⁹⁶⁶ J. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 8.; J. C.. Hallouin « Les nullités en matière de société » , in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 185.

²⁹⁶⁷ J. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p. 17.

²⁹⁶⁸ A. Vavasseur, *De la nullité des sociétés anonymes et de quelques conséquences de la nullité*, Lyon : Imprimerie Bellon, 1882, p. 29.; G. Lutzescio, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 326.; G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 104.

733. **C'est grâce à ce mécanisme que les juges ont exclu la société du droit commun des nullités qui admettait la rétroactivité de la nullité.** – Quant au législateur, il est intervenu pour exclure la rétroactivité dans la loi du 29 novembre 1966 sur les sociétés. Cette loi a été codifiée dans l'article 1844-15 C. civ. qui dispose que « lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité à l'exécution du contrat ». Mais cette limitation des effets de la nullité, ne doit rien à la théorie générale des nullités, car elle a sa propre justification.

B. La spécificité de la justification de la limitation de la rétroactivité

734. **Contrairement à ce qui se passe dans la théorie moderne, ce n'est pas le but de la règle violée qui limite cet effet rétroactif, puisque dans tous les cas la nullité de la société reste non rétroactive.** – On peut dire que c'est la spécificité de ce contrat qui justifie une telle solution. Une société, à l'exception de la société en participation ou créée de fait, est une personne morale, et cette personne morale dispose d'un patrimoine, distinct de celui de ses membres (*Cf* articles 2284 C. civ. et 1844-4 C. civ.)²⁹⁶⁹. Donc si on dit que la nullité de la société est rétroactive, on crée une insécurité juridique pour les partenaires de l'entreprise. Par conséquent, si la nullité d'une société est rétroactive, les créanciers de cette dernière n'auraient aucun recours possible. I- R. Cadet a au demeurant rappelé ce risque, en estimant que « la réalité de la personne morale [...] s'oppose irrémédiablement à son annulation rétroactive »²⁹⁷⁰.

Donc les effets de la nullité sont certes limités ici mais pas, selon les critères des modernes, pour se conformer au but de la règle violée, mais parce que la nature du contrat le commande. D'où la nécessité de construire une théorie des nullités spécifique au contrat de société. C'est ce qu'a fait Hemard, en justifiant la limitation des effets de la nullité, non par le but de la loi, mais par la société de fait, car pour lui « la rétroactivité venait se heurter à ce fait que la société, malgré tout, avait existé[...]La société s'est affirmée extérieurement son enseigne, ses circulaires, ses factures, sa correspondance[...]Tout ce passé témoigne de la vie de la

²⁹⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 6 juillet. 1998 : Defrenois 1995 : Bull. civ. I n°227; Dans cette affaire, le juge a estimé que le droit de gage général de l'article 2092 C. civ. anc du créancier d'une personne morale ne porte que sur le patrimoine du débiteur, personne morale, et non sur celui du propriétaire de cette personne morale

²⁹⁷⁰ I- R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit, p. 361.

société[...]. Il est impossible d'anéantir ce qui a été fait[...] »²⁹⁷¹. C'est ce fait qui justifierait la limitation des effets de la nullité ici²⁹⁷².

735. Toutefois, depuis les travaux d'Hemard, il y a eu la loi de 1966, qui a exclu la rétroactivité de la nullité en droit des sociétés, en mettant en place la nullité dissolution. – Aussi, I. R. Cadet a-t-elle estimé que « la théorie des sociétés de fait s'est dissoute dans la nullité dissolution »²⁹⁷³, car elle est désormais inutile pour justifier la limitation de la rétroactivité de la nullité²⁹⁷⁴. Mais dans certains cas, la nullité de la société continue à être rétroactive. En effet pour J. C. Hallouin, « lorsque la nullité est due à un vice du consentement ou à une incapacité [...] La nullité ici aura un caractère rétroactif. »²⁹⁷⁵. Or dans un tel cas de figure, la société créée de fait pourrait jouer encore un rôle pour justifier la limitation de la rétroactivité de la nullité des sociétés²⁹⁷⁶.

Toutefois cette affirmation, qui dit que si la nullité est due à un vice du consentement ou à une incapacité elle aura un effet rétroactif, est fondée sur une interprétation de l'article 1844-16 C. civ. qui est contestable. En effet, cet article cherche à limiter l'inopposabilité de la nullité aux tiers et à limiter sa rétroactivité.

Conclusion de la section

736. Dans cette section, il a été montré que les distinctions des nullités, issues des théories générales des nullités, ne sont pas très pertinentes en droit des sociétés. – Aussi,

²⁹⁷¹ J. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., pp. 6, 7. Pour lui, « La nullité fait disparaître rétroactivement la société de droit qui avait été constituée, mais cette disparition fait apparaître une société de fait qui a existé et que l'on va liquider » (J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société » , in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 186).

²⁹⁷² J. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* : Etude de jurisprudence et de droit comparé, 2^e éd, op. cit., p.12, 13, 25.

²⁹⁷³ I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., p. 358.

²⁹⁷⁴ *Idem*, p. 360.

²⁹⁷⁵ J. C.. Hallouin « Les nullité en matière de société » , in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, op. cit., p. 192.; I. R. Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, op. cit., pp. 360, 369.

²⁹⁷⁶ On aurait pu appliquer le régime de la société en participation, aux sociétés anonymes qui sont annulées, comme ça les créanciers pourront se retourner contre les mandataires sociaux comme le prévoit l'article 1844-15 C. civ.. Cependant une telle solution serait possible si les mandataires sociaux agissaient en leur propre nom, comme c'est le cas des contrats de commission. Mais tel n'est pas le cas ici, puisque les mandataires sociaux agissent pour le compte de la société et au nom de la société, ce qui fait que le contrat qu'ils signent ne transite pas par leur patrimoine, mais il se retrouve directement dans le patrimoine de la société.

certain auteurs ont-ils esquissé des distinctions spécifiques aux nullités du contrat de société mais sans aller au bout. Dans ce travail, on a proposé d'aller au bout de ces tentatives pour proposer une véritable distinction des nullités, spécifique aux sociétés. Cette distinction oppose les nullités *pro socio* aux nullités relatives généralisées.

737. Le critère choisi pour distinguer ces nullités, c'est le champ des règles aménageant un régime de nullité, spécifique à la société. – Les vices qui sont sous l'emprise de ces aménagements sont sanctionnés par les nullités relatives généralisées, ceux qui ont échappé à cette emprise sont sanctionnés par les nullités *pro socio*. On a montré dans cette section que cette distinction se reflète même dans le régime de l'action en nullité. Ce qui permet de parler d'une théorie des nullités, spécifique au contrat de société. Cette spécificité s'expliquant, pour partie, par l'entité créée par le contrat de société. Mais dans d'autres cas, c'est le statut créé par le contrat qui explique cette spécificité.

Section 2 : Les théories des nullités spécifiques aux contrats mettant en place un statut

738. Le statut, au sens de la fonction publique, est un ensemble de règles définissant les droits et les obligations du fonctionnaire. – Ce statut, à la différence du contrat, ne résulte pas que de la volonté du fonctionnaire, mais aussi de la loi. Cependant, il y a aussi des contrats, qui peuvent déclencher l'application de certaines règles aux parties, indépendamment de leur volonté. On appelle ces contrats, « acte-condition »²⁹⁷⁷. C'est pour cette raison que l'on dit que ces contrats mettent en place un véritable statut²⁹⁷⁸. Ce qui est le cas du contrat de travail²⁹⁷⁹ et du mariage. Par conséquent, ce statut influence non seulement la théorie des nullités du contrat de travail (Sous-section 1) mais aussi celle du mariage (Sous-section 2).

²⁹⁷⁷ J. Le Goff, Du silence à la parole : *Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, op. cit., p. 323; F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats : Les contrats de travail*, op. cit., p. ; A. Mazeaud, *Droit du travail*, 7^e éd, Paris : Montchrestien, 2010, p. 322.

²⁹⁷⁸ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 401.

²⁹⁷⁹ J. Le Goff, Du silence à la parole : *Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, op. cit., p. 323.

Sous-section 1. La théorie spécifique des nullités du contrat de travail

739. Le contrat de travail n'a pas de définition dans le code du travail. – Il est revenu à la jurisprudence d'en donner une définition en s'inspirant de l'article 1779 et surtout de l'article 1710 C. civ. aux termes duquel, « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Cette définition est directement inspirée par celle que le droit romain donnait au contrat de travail. En effet, pour le Pr. Deroussin, dans le droit romain, on considérait le contrat de travail comme «[...]le contrat par lequel un ouvrier (*locator*) entre au service d'un employeur (*conductor*) pour lui fournir son activité moyennant le paiement d'un salaire (*merces*) »²⁹⁸⁰. Si la définition de l'article 1710 C. civ., inspirée de cette définition romaine, a le mérite de tenter de donner une définition au contrat de travail, contrairement au code du travail, elle n'est pas suffisamment précise pour distinguer le contrat de travail (*locatio operarum*) du contrat de service (*locatio operis faciendi*). D'où la nécessité d'insérer la notion de subordination dans cette définition pour distinguer ces deux contrats²⁹⁸¹.

D'ailleurs cette notion de subordination n'était pas absente dans le droit romain, puisque D. Deroussin a estimé qu'à l'époque, « [...] l'homme libre qui loue ses services (*mercenarius*) vit plus souvent dans des conditions très proches de celles des esclaves de son patron »²⁹⁸². Au moyen-âge, les choses ne changent pas réellement avec la généralisation du servage, mais l'apparition des corporations au XI^{ème} siècle a amélioré légèrement les conditions des apprentis et des compagnons²⁹⁸³. Cependant, la Révolution de 1789 est venue détruire toutes ces structures²⁹⁸⁴, d'abord par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, qui a prôné la liberté du travail²⁹⁸⁵, et ensuite par la loi le Chapelier des 14-17 juin 1791, qui a dissous les corporations et les a interdites²⁹⁸⁶. Ce qui a eu pour conséquence de libérer le salarié des corporations, mais aussi de lui laisser seul face à son employeur. Or, avec le XIX^{ème} siècle, qui a vu naître la révolution industrielle²⁹⁸⁷, la puissance des employeurs est devenue

²⁹⁸⁰ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Paris : Economica, 2007, p. 253.

²⁹⁸¹ G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 58.

²⁹⁸² *Idem*, p. 254.

²⁹⁸³ D. Grandguillot, *Droit social*, Paris : Gualino, 2009, p. 24; R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^{ème} éd, op. cit., pp. 26 et 29.

²⁹⁸⁴ Mais bien avant la révolution, Turgot avait déjà proposé de libéraliser les relations de travail, en proposant la suppression des corporations. Mais il fut renvoyé avant d'avoir pu mettre en œuvre ces réformes. (A. Rigaudière, *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, op. cit., p. 756).

²⁹⁸⁵ D. Grandguillot, *Droit social*, Paris : Gualino, 2009, p. 24

²⁹⁸⁶ G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 9.

²⁹⁸⁷ R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^{ème} éd, op. cit., p. 345 et s

écrasante²⁹⁸⁸, même si en réalité la grande industrie n'employait que 10% de la population active²⁹⁸⁹. Ce pouvoir économique des employeurs et la subordination des salariés à leur égard ont déséquilibré les relations entre eux et les salariés.

740. Ces employeurs ont cherché à tirer profit de ce rapport de force qui leur, était favorable, en imposant aux salariés des conditions de travail inhumaines. – Ce qui a fortement détérioré la condition ouvrière. Dans une enquête, faite dans les années 1840, Villermé a montré cette détérioration²⁹⁹⁰. Ce qui a suscité une vague de dénonciation de cette situation. Ainsi, en 1849, Victor Hugo a-t-il estimé que « le travailleur veut être traité comme un citoyen »²⁹⁹¹ et non comme une chose²⁹⁹². On retrouve la même critique chez St Simon, Fourier²⁹⁹³, Marx²⁹⁹⁴, Proudhon²⁹⁹⁵ et chez Gurvitch²⁹⁹⁶. Même l'Eglise n'est pas restée indifférente à cette souffrance. Ainsi, pour réagir, le Pape Léon XIII a, en 1891, pris l'encyclique « *Rerum novarum* » ou il a déploré la condition ouvrière²⁹⁹⁷.

741. Pour remédier à cette situation, un esprit de classe est né chez ces ouvriers. – Ce qui les a permis de se constituer un corpus idéologique sur la lutte des classes²⁹⁹⁸. Si cette idéologie a largement inspiré la Commune de Paris²⁹⁹⁹, elle a surtout permis aux ouvriers de se réunir ensemble pour défendre leurs intérêts de classe³⁰⁰⁰. Cette défense passait forcément par la réclamation d'un droit spécifique.

²⁹⁸⁸ Même si cette puissance écrasante du patronat est tempérée par la charité et le paternalisme de ce patronat envers les ouvriers. (*Idem*, pp. 368, 390 et 501)

²⁹⁸⁹ J. Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Rennes : PUR, 2004, p. 32.

²⁹⁹⁰ *Idem*, p. 27.

²⁹⁹¹ *Ibid*, p. 28.

²⁹⁹² Comme le bail, le contrat de travail est une location. Mais si le bail porte sur une chose, le contrat de travail porte sur le travail. Or Pothier ne faisait pas cette distinction, car il assimilait le travail à une chose. C'est pour cela que le salarié ne bénéficiait d'aucune protection sous l'ancien régime. Or le Code civil va reprendre cette conception du contrat de travail. (G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, op. cit., pp 3, 4 et 5).

²⁹⁹³ F. Braustein-Silvestre & J. F. Pepin, *Les grandes doctrines*, op. cit., p. 85.

²⁹⁹⁴ ; K. Marx, *Manuscrits de 1844*, Paris : Ed. Gallimard, 1968, pp. 58 et 59.

²⁹⁹⁵ F. Braustein-Silvestre & J. F. Pepin, *Les grandes doctrines*, op. cit., p. 86.

²⁹⁹⁶ J. Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, op. cit., p. 29.

²⁹⁹⁷ F. Braustein-Silvestre & J. F. Pepin, *Les grandes doctrines*, op. cit., p. 84; X X. Dijon, « Esquisse historique des référence philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ? (Dir L-L.Christians)*, op. cit., p. 92.

²⁹⁹⁸ J. Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, op. cit., pp. 30, 31 ; R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^è éd, op. cit., p. 384 ; *Dictionnaire encyclopédique et universel*, op. cit., p. 344.

²⁹⁹⁹ R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^è éd, op. cit., p. 461.

³⁰⁰⁰ Ces coalitions ont pris la forme de compagnonnage secret, de sociétés de secours mutuel, mais pas de syndicat, car les syndicats étaient interdits. Pour voir l'émergence des syndicats, il a fallu attendre la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884. (*Idem*, p. 395 et s ; 545).

En effet, le droit commun étant bourgeois³⁰⁰¹, il est plus favorable à l'employeur qu'au salarié³⁰⁰². Ce qui s'illustre parfaitement dans l'article 1781 C. civ. Anc. -abrogé depuis 1868- qui disait qu'en cas de litige entre le salarié et l'employeur, l'employeur est cru sur sa parole³⁰⁰³. En ce qui concerne le statut des ouvriers, la plupart du temps, ils étaient considérés comme des travailleurs indépendants et donc soumis au régime du contrat d'entreprise³⁰⁰⁴. Ce qui rendait leur situation très précaire, car l'article 1780 C. civ. permettait à l'employeur de rompre le contrat à tout moment³⁰⁰⁵.

Par conséquent, Gaudemet a estimé qu'il «[...] n'est plus guère possible de soutenir que le droit commun suffit à régler toutes les difficultés qui naissent du contrat de travail[...]»³⁰⁰⁶, car pour Paul Pic, le Code civil est une « [...]camisole de force destinée à paralyser les aspirations sociales nouvelles »³⁰⁰⁷. Ainsi, aussi bien chez Saleilles que chez Teyssier³⁰⁰⁸ ou chez Thaler³⁰⁰⁹, l'émancipation du droit social par rapport au Code civil est devenue une nécessité³⁰¹⁰. Ce qui s'est illustré, au demeurant, chez Saleilles en 1897 dans une étude sur le régime spécifique de l'indemnisation de l'accident du travail³⁰¹¹.

742. Toutes ces positions pour l'émancipation du droit du travail ont été faites en même temps que certaines lois spécifiques au droit du travail étaient votées. – En effet, si de 1830 à 1880 le droit du travail était quasi inexistant³⁰¹² de 1880 à 1936, du fait d'une série

³⁰⁰¹ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandiere, op. cit., p. 6.; E. Gaudemet, « Les codifications récentes et la révision du Code civil », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 975.

³⁰⁰² F. Lekeal, «Paul Pic entre Code civil et Code du travail : les voies du réformisme juridique », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), Paris : Ed la mémoire du droit, 2007, p. 157.

³⁰⁰³ J. Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, op. cit., p. 12.

³⁰⁰⁴ J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 160 et s.

³⁰⁰⁵ C'est pour remédier à cette situation que la loi du 13 juillet 1973 a été votée, pour réglementer le licenciement en excluant l'article 1780 C. civ. (F. Favennec-Hery, « Regard sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », in *Deux siècles de droit du travail*, Paris : Ed de l'atelier, 1998, p. 252).

³⁰⁰⁶ E. Gaudemet, « Les codifications récentes et la révision du Code civil », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 975.

³⁰⁰⁷ J. P. Le Crom, « Avant-propos », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes : PUR, 2004, p. 17.; J. Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, op. cit., p. 315.

³⁰⁰⁸ *Idem*, p. 315.

³⁰⁰⁹ *Ibid*, p. 316.

³⁰¹⁰ A. Castaldo, « Le Code civil, les loi de la troisième république et les actes dits lois de vichy », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, op. cit., p. 239.

³⁰¹¹ P-Y. Verkint et L. Bonnard-Plancke, « La réception de la question sociale par la doctrine juridique civiliste au tournant du siècle », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, (Dir J-P Le Crom), op. cit, p. 23.

³⁰¹² J. Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, op. cit., p. 20.

de lois, on a assisté à l'émergence d'un droit social indépendant du Code civil³⁰¹³. La première de ces lois fut celle du 22 mars 1841, réglementant le travail des enfants³⁰¹⁴. Cette loi fut suivie par toute une série de grandes lois. Ainsi la loi Waldeck Rousseau sur les syndicats fut adoptée en 21 mars 1884 et à suite plusieurs autres lois³⁰¹⁵. La loi du 28 décembre 1910, portant sur la codification des lois ouvrières, est venue réunir toutes ces lois dans un seul code, qu'on appelle, aujourd'hui, le code du travail³⁰¹⁶. La naissance de ce code a consacré l'autonomisation du droit du travail par rapport au droit civil³⁰¹⁷. Aussi, certains auteurs ont parlé du « particularisme du droit du travail »³⁰¹⁸. Mais ce particularisme existe-t-il en matière de nullité aussi ?

743. Malgré cette émergence du Code du travail, les nullités du contrat de travail restent toujours soumises aux règles des nullités qui se trouvent dans le Code civil. – Ce principe résulte de l'article L 1221-1 C. trav. nouv, selon lequel « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun »³⁰¹⁹ pour toutes les questions qui ne figurent pas dans le Code du travail. Donc, les règles relatives aux nullités n'existant pas dans le Code du travail, ce sont les règles du Code civil qui s'appliquent.

Cependant, malgré cette soumission des nullités du contrat de travail au droit commun, l'autonomisation du droit social par rapport au droit civil se manifeste ici aussi. En effet, l'état de subordination dans lequel se trouve le salarié, face à son employeur, peut encore être aggravé, si ce dernier peut mettre un terme au contrat à tout moment par la nullité. Par conséquent, G. Couturier a estimé que « Les développements que la théorie des nullités serait susceptible de connaître sur le terrain du droit du travail sont *a priori* limités en raison d'une considération d'importance majeure : c'est que la nullité du contrat de travail apparaît en général comme une sanction tout à fait inappropriée. Elle a pour le salarié, les conséquences les plus fâcheuses en le laissant sans emploi[...]. Pour ces raisons décisives, les cas dans

³⁰¹³ *Idem*, p. 20 ; R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^e éd, op. cit., p. 548.

³⁰¹⁴ D. Grandguillot, *Droit social*, op. cit., p. 24.

³⁰¹⁵ *Idem*, p. 24.

³⁰¹⁶ J. Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, op. cit., p. 318. On voit que la fonction principale de ce code, est de corriger les inégalités qui existent entre l'employeur et le salarié du fait de la subordination. Mais ces derniers temps, on a assisté à une modification de la subordination est en baisse, d'où l'interrogation sur le droit du travail. (J. E. Ray, *Droit du travail : Droit vivant*, Paris : Liaisons, 2008, p. 277 ; F. Lekeal, « Paul Pic entre Code civil et Code du travail : les voies du réformisme juridique », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), op. cit., p. 156).

³⁰¹⁷ J. Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, op. cit., p. 319 ; F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats : Les contrats de travail*, op. cit., p. 6.

³⁰¹⁸ G. H. Camerlynck, « La renonciation du salarié », *Droit social*, 1960, p. 632.

³⁰¹⁹ Mais aussi de l'article 1107 C. civ., selon lequel « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'il n'en ait pas, sont soumis à des règles générales, qui sont objet du présent titre[...] »

lesquels le contrat de travail est frappé de nullité sont particulièrement rares et, dans ces cas exceptionnels [...] la loi dote la nullité d'un régime si spécifique que la sanction en est méconnaissable»³⁰²⁰.

Plusieurs autres auteurs sont allés dans le même sens en montrant que les règles des nullités du contrat de travail sont spécifiques³⁰²¹. Cette spécificité serait due à la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui n'applique, ni la théorie classique ni la théorie modern, au contrat de travail. Aussi, G. Couturier a estimé que puisque « [...] dans la jurisprudence de la Chambre sociale, les nullités prennent un tel relief, on est fondé à se demander de quelle théorie des nullités les solutions qu'elle pose s'inspirent explicitement ou implicitement ou, du moins, à quelle théorie elles se rattachent logiquement»³⁰²². J. Laroque, le président de la chambre sociale de la Cour de cassation, avait déjà répondu à cette question, bien avant qu'elle ne soit posée, en estimant qu'il y a « une théorie nouvelle des nullités en droit du travail »³⁰²³. Cette théorie serait spécifique au contrat de travail.

744. Il sera justement démontré ici, comme il a été soutenu dans la deuxième hypothèse de ce travail, que si cette théorie spécifique, qui varie selon les auteurs, est loin d'être parfaite, elle est préférable à une théorie générale des nullités. – En effet, même si elle n'est pas totalement conforme droit positif, il est plus facile de l'ajuster à ce

³⁰²⁰ G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 275.

³⁰²¹ Pour G. Couturier, la chambre sociale a une certaine « politique des nullités » (*Idem*, p. 282.); Voir aussi : Ainsi pour P. Y. Verkindt, « La sanction naturelle des conditions de validité est bien entendu la nullité[...]Le particularisme du contrat de travail[...]se manifeste cependant sur plusieurs points[...] » (P. Y. Verkindt, « La nullité du contrat de travail, Droit du travail et de la sécurité sociale », *TPS*, 1994, p. 1).. Pour lui, la jurisprudence a adapté les règles générales au droit du travail. Pour J. Djoudi, « le droit du travail [...] doit tenir compte de la logique que dicte la relation sociale qui constitue le milieu de ces nullités. » (J. Djoudi, « Les nullités dans les relations individuelles de travail », *D*, 1995, pp. 192, 196).; Pour J. Laroque, la « [...]tendance notable de la jurisprudence a été d'aménager certains principes traditionnels du droit pour les adapter aux nécessités de la protection des travailleurs[...]L'exemple le plus notoire est celui du régime des nullités. » (J. Laroque, « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *tendances du droit du droit du travail français contemporain : Etudes offertes à G. H. Camerlinck*, Paris : Dalloz, 1978, p. 31).; Pour J. Villebrun, « la jurisprudence récente s'est efforcée d'adoucir la rigueur des solutions qu'eut entraîné l'application des principes de droit commun en matière de nullité des contrats. » (J. Villebrun, *Traité théorique et pratique de la juridiction prud'homale*, Préf. G. Lambert, Paris : LGDJ, 1963, p. 36).; Pour P. Y. Verkindt aussi, « lorsque la nullité est prononcée par le conseil de prud'hommes[...] la spécificité de la relation de travail conduit à des solutions originales[...] » (P. Y. Verkindt, « La nullité du contrat de travail, Droit du travail et de la sécurité sociale », op. cit., p. 1).. D. Deroussin, « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, op. cit., p. 19.; G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 101.; E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 90.

³⁰²² G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Ghestin*, op. cit., p. 277.

³⁰²³ J. Laroque, « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *tendances du droit du droit du travail français contemporain : Etudes offertes à G. H. Camerlinck*, op. cit., p. 32.

droit qu'une théorie générale des nullités qui nécessite la prise en compte de plusieurs paramètres. Cette pertinence apparaîtra dans la distinction des nullités du contrat de travail ou on privilégie, *a priori*, la distinction entre les nullités libérales et les nullités sociales (§ 1). Cette pertinence est due au fait que la distinction choisie ici est corroborée par le régime des nullités du contrat de travail dans le droit positif (§ 2).

§ 1. La spécificité dans la distinction des nullités du contrat de travail

745. Après avoir mis en cause les distinctions des nullités, issues des théories générales (A), on peut penser à une distinction des nullités, spécifique au contrat de travail (B).

A. La mise en cause des distinctions des théories générales des nullités

746. **Dans le système classique, le critère de distinction des nullités c'est l'état de l'acte.** – Selon la gravité de cet état, il y aura une inexistence ou une annulabilité³⁰²⁴. Aucun des auteurs qui ont travaillé sur les nullités du contrat de travail n'a proposé une telle distinction sur elles. En ce qui concerne l'intérêt protégé, il ne permet pas non plus de trouver une distinction entre la nullité absolue et la nullité relative dans le droit du travail. Par conséquent, J. Laroque, le président de la chambre sociale de la Cour de cassation, a estimé qu'en «[...] droit privé l'on distingue habituellement les nullités absolues, résultant de violation de règles d'ordre public[...]et les nullités relatives, destinées à protéger des intérêts privés[...]En droit du travail, la plupart des dispositions, sanctionnées pénalement, ont le caractère d'ordre public des lois de police et de sûreté. Néanmoins la jurisprudence a refusé d'assimiler entièrement leur violation à des nullités absolues [...] »³⁰²⁵. Ce qui prouve que la distinction de la théorie générale, telle qu'on la trouve chez Planiol ou chez Capitant³⁰²⁶, a été rejetée pour le contrat de travail par le président de la chambre sociale de la Cour de cassation qui est le mieux placé pour connaître le régime des nullités du contrat de travail. Comme le président de la chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté cette distinction, issue de la

³⁰²⁴ Cf. *Supra*, n° 121.

³⁰²⁵ J. Laroque, « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *tendances du droit du droit du travail français contemporain* : Etudes offertes à G. H. Camerlinck, op. cit., p. 31.

³⁰²⁶ Cf. *Supra*, n° 527.

théorie générale, on a tenté dans ce travail de proposer une autre distinction des nullités dans le droit du travail.

B. La proposition d'une distinction des nullités spécifique au contrat de travail

Après avoir pris conscience des limites des distinctions des nullités issues des théories générales, certains auteurs autorisés ont proposé une absence de distinction des nullités dans le droit du travail (II). C'est pour dépasser une telle impasse que l'on a cherché, dans ce travail, à proposer une distinction, construite autour de l'opposition entre les nullités libérales et les nullités sociales (II).

I. La non classification des nullités du contrat de travail

747. Si la distinction, entre l'inexistence et l'annulabilité d'un côté et la nullité absolue et relative de l'autre côté, a été rejetée pour le contrat de travail, par quoi la remplacer ? – Pour J. Laroque, le président de la chambre sociale de la Cour de cassation, il faut tout simplement rejeter toutes les distinctions classiques dans le droit du travail, car la nullité du contrat de travail n'est « [...] tout à fait ni la nullité absolue ni la nullité relative du droit privé »³⁰²⁷. Pour justifier ce refus de distinction des nullités dans le droit du travail, il a estimé que toutes les dispositions du droit du travail sont d'ordre public.

En ce qui concerne G. Couturier, il relativise cette affirmation dans un de ses articles. En effet, dans cet article, il n'exclut pas totalement une distinction entre les nullités absolue et relative dans le droit du travail. Pour lui, certes on peut dire que toutes les dispositions du droit du travail sont d'ordre public, mais dans cet ordre public, il peut y avoir un ordre public de protection³⁰²⁸. Ce qui fait que si le contrat de travail viole une disposition d'ordre public de protection, la nullité serait relative, si cet ordre public est de direction, la nullité serait absolue.

³⁰²⁷ J. Laroque, « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *tendances du droit du droit du travail français contemporain* : Etudes offertes à G. H. Camerlinck, op. cit., p. 32.

³⁰²⁸ G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Contrat au début du XXI^e siècle* : études offertes à Ghestin, op. cit., p. 284.

Toutefois, avant cet article, il avait lui-même précisé dans sa thèse que l'ordre public résultant de la législation sociale est un « ordre public social »³⁰²⁹ différent de « l'ordre public économique entendu stricto sensu »³⁰³⁰. D'ailleurs, plusieurs autres auteurs, après lui, ont reconnu ce concept « d'ordre public social »³⁰³¹, non réductible à l'opposition entre l'ordre public de protection et de direction³⁰³². Ce qui fait que, comme l'a soutenu J. Laroque, en droit du travail, on ne cherche pas à distinguer l'ordre public de protection et de direction, car tous les ordres publics sont sanctionnés de la même manière.

748. La jurisprudence sur la clause « couperet » va prouver cette affirmation de J. Laroque, selon laquelle, même si le contrat de travail viole une règle d'intérêt général, sa nullité ne serait pas forcément différente de celle sanctionnant la violation d'un intérêt privé. Dans un premier temps, la chambre sociale de la Cour de cassation, qu'il dirige, a estimé que la règle sanctionnant la « clause couperet » est une règle d'intérêt général, sanctionnée par une nullité absolue³⁰³³. Toutefois malgré cet intérêt général, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, a estimé, contre l'avis de la chambre sociale, que cette nullité ne peut pas être invoquée par l'employeur car elle est relative³⁰³⁴. C'est sans doute parce qu'il présentait une telle position de cette assemblée que J. Laroque, le président de la chambre sociale de la Cour de cassation, a estimé que même si le contrat de travail viole une règle d'intérêt général, sa nullité ne serait pas absolue pour autant.

749. Pour comprendre ces décisions, il est nécessaire d'expliquer le sens de cette règle. – L'article L. 122-14-12 « anc » C. trav –devenu article L. 1237-7 C. trav- sanctionne par la nullité, les clauses qui fixent le terme du contrat, de façon automatique, à l'âge de la retraite, d'où leur nom de « clause couperet ». La question qui se pose, c'est de savoir si l'employeur peut lui aussi se prévaloir de cette nullité. Pour répondre à cette question, il convient de dire d'abord si la nullité est absolue ou pas. Si L'article L. 122-14-12 « anc » C. trav, vise l'intérêt général, la nullité serait absolue, s'il vise l'intérêt privé, la nullité serait

³⁰²⁹ G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 247.

³⁰³⁰ *Idem*

³⁰³¹ G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 44; A. Mazeaud, *Droit du travail*, 7^è é, op. cit., p. 46.

³⁰³² Pour eux, même au sein de l'ordre public social, on peut distinguer l'ordre public de protection et de direction. (F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats : Les contrats de travail*, op. cit., p. 11).

³⁰³³ Soc. 1^{er} février 1995, Dr. soc. 1995, 231 note G. Couturier ; Soc. 15 mars 1995, BC V n° 87.

³⁰³⁴ Cass. Ass. plén. 6 novembre 1998, Dr. Soc. 1999, 94, obs. J. Savatier ; JCP 1999, II, 10004, note D. Corrignan-Carsin ; Semaine sociale Lamy du 23 octobre 1998, pp. 9 et 10.

relative³⁰³⁵. Or cet article vise réellement à protéger un intérêt général en incitant les « seniors » à travailler même au-delà de l'âge de la retraite ; et les employeurs à les garder, pour assurer l'équilibre des comptes sociaux. Or, c'est exactement la fonction de l'ordre public de direction, puisque pour F. Terré. Ph. Simler. Y. Lequette, l'ordre public de direction c'est l'ensemble des « [...] règles au moyen desquelles l'Etat entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale »³⁰³⁶. C'est exactement ce que l'Etat fait ici. C'est au demeurant la solution qui a été retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation, quand elle dit que la règle prohibant la clause couperet vise l'intérêt général³⁰³⁷. Mais malgré cet intérêt général, l'assemblée plénière de la Cour de cassation n'a pas estimé que cette nullité est absolue³⁰³⁸.

Cette décision, de l'assemblée la plus solennelle de la Cour de cassation, en sanctionnant la violation d'une règle d'intérêt général par la nullité relative, semble consacrer l'idée d'une absence de distinction des nullités dans le contrat de travail, comme l'a soutenu le président de la chambre sociale de la dite Cour. Le but de ce travail, c'est justement de chercher à dépasser cette impasse, pour proposer une distinction des nullités, spécifique au contrat de travail.

II. La proposition d'une classification des nullités du contrat de travail autour des nullités libérales et sociales

750. Au XIX^{ème} siècle, le contrat était présenté comme étant fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté³⁰³⁹. – La première conséquence de ce principe, c'est la liberté de contracter ou pas³⁰⁴⁰. En effet, en l'absence d'une telle liberté, aucune volonté ne peut exister³⁰⁴¹. Ce principe, qui est une traduction juridique du libéralisme économique, a été

³⁰³⁵ Mais si les deux intérêts coexistent pour, F. Terré. Ph. Simler. Et Y. Lequette, « [...] lorsqu'un intérêt général suffisamment net coexiste avec la protection d'intérêts particuliers, c'est le premier qui commande la nature de la nullité » (F. Terré. Ph. Simler. Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 7^{ème} éd. op. cit., p. 356).

³⁰³⁶ F. Terré. Ph. Simler. Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 7^{ème} éd. op. cit., p. 352.

³⁰³⁷ Soc. 1^{er} février 1995, Dr. soc. 1995, 231 note G. Couturier ; Soc. 15 mars 1995, BC V n° 87.

³⁰³⁸ Cass. Ass. plén. 6 novembre 1998, Dr. Soc. 1999, 94, obs. J. Savatier.

³⁰³⁹ Cf. *Supra*, n° 170

³⁰⁴⁰ R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^è éd, op. cit., p. 18.

³⁰⁴¹ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Préf. J.-P. LÉVY, op. cit., pp. 9 et 10; J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats : Journées René Savatier, Poitiers* : PUF, 1986, p. 41 et s ; S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. LOQUIN, Paris : Litec, 2006, p. 19, n° 30.

promu par Adam Smith³⁰⁴². Cette doctrine veut que l'on laisse chacun libre d'échanger ou pas avec l'autre, car en échangeant, chacun va chercher son bonheur. Or chacun en cherchant son bonheur, va faire le bonheur des autres, puisque chacun étant rationnel, il y aurait une main invisible qui guiderait tout le monde vers le bien commun.

Ainsi, l'employeur qui veut trouver des salariés plus compétents, va proposer des salaires plus élevés sans qu'il soit obligé de le faire par une loi ; ce salaire élevé va attirer vers lui les meilleurs salariés. Il en résultera un enrichissement pour cet employeur, qui va fabriquer des produits de meilleure qualité, car il disposerait d'un personnel très compétent, attiré par le niveau du salaire. Ce salaire bien qu'étant élevé, ne va pas appauvrir l'employeur, car selon Adam Smith, « le travail d'un ouvrier de manufacture ajoute, en général, à la valeur de la matière sur laquelle travaille cet ouvrier[...]Quoique [...] [que cet ouvrier] reçoive des salaires que son maître lui avance, il ne lui coûte, dans le fait, aucune dépense, la valeur de ces salaires se retrouvant en général avec un profit de plus dans l'augmentation de valeur du sujet auquel ce travail a été appliqué »³⁰⁴³. En ce qui concerne le personnel, il va en résulter un enrichissement pour lui aussi, car il bénéficiera d'un bon salaire et de la garantie de l'emploi³⁰⁴⁴. En effet, du fait de sa compétence, il va fabriquer des produits qui s'écouleront plus facilement sur le marché. Et l'Etat aussi peut en tirer profit, car une entreprise qui est profitable crée non seulement des emplois, mais paye aussi de l'impôt.

Cependant, ce mécanisme doit marcher sans l'intervention de l'Etat qui doit se contenter de remplir ses fonctions régaliennes³⁰⁴⁵. Par conséquent, l'intervention de l'Etat dans l'échange entre les individus doit se limiter à l'interdiction des actes qui lui mettraient en cause dans ce qu'il a d'essentiel. Ainsi l'ordre public, qui est le moyen par lequel l'Etat intervient pour réglementer les contrats, ne doit interdire que les actes qui mettent en cause la sécurité de cet

³⁰⁴² F. Braustein-Silvestre & J. F. Pepin, *Les grandes doctrines*, op. cit., p. 81 :

³⁰⁴³ A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, (1776) réimp., Paris : Ed. Gallimard, 1970, pp. 1 à 3.

³⁰⁴⁴ Mais pour Marx, cette idée n'est pas toujours vraie, car l'ouvrier ne perçoit pas toujours la juste contrepartie de son travail. Donc c'est lui qui s'appauvrit alors que le patron, lui il s'enrichit. (K. Marx, *Manuscrits de 1844*, op. cit., p. 266).

³⁰⁴⁵ Même si J. Stuart Mill a tempéré le libéralisme sur ce point, en souhaitant l'intervention de l'Etat dans la rédaction des actes comme le testament, pour assurer l'égalité, il n'a pas souhaité la même intervention dans le contrat de travail, pour restaurer l'égalité entre le salarié et l'employeur. (F. Braustein-Silvestre & J. F. Pepin, *Les grandes doctrines*, op. cit., p. 83). Voir aussi : Même s'il s'est largement interrogé sur la notion de juste salaire. (J.-S. Mill, *L'utilitarisme*, (1904) réimp., Paris : Ed. Garnier-Flammarion, pp. 145 et 146).

Etat ou l'organisation des familles et les bonnes mœurs³⁰⁴⁶ ; il ne doit pas réglementer, spécialement, le contrat de travail³⁰⁴⁷.

751. Mais après les excès de cette conception au XIX^{ème} siècle³⁰⁴⁸, Gounot est venu la mettre en cause en fustigeant l'individualisme qui la sous-tend³⁰⁴⁹. – Pour cela, il s'est fondé sur le droit du travail³⁰⁵⁰. Ce qui lui a permis de promouvoir le dirigisme dans ce domaine afin de limiter la liberté des parties³⁰⁵¹. Néanmoins, malgré cet interventionnisme de l'Etat, le libéralisme, corollaire de l'autonomie de la volonté, n'a pas pour autant totalement disparu. Le contrat de travail continue à être fondé sur la volonté³⁰⁵², même si les règles dirigistes existent en droit du travail³⁰⁵³.

Ce qui crée une cohabitation dans ce droit, entre les règles sociales, inspirées par le dirigisme, et les règles classiques, toujours inspirées par le libéralisme. Cette cohabitation est explicitement exprimée dans de l'article L 1221-1 C. trav nouv, selon lequel, en plus des règles dirigistes du droit du travail, « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun ». Par exemple, les règles fixant le temps de travail, le salaire minimum sont des règles sociales, car elles visent à rétablir l'équilibre entre l'employeur et son salarié³⁰⁵⁴. Mais celles régissant la liberté du consentement, la licéité de l'objet, la régularité de la situation du salarié, sont libérales. En effet, ces règles visent moins à rétablir l'équilibre dans le contrat qu'à s'assurer que les parties ont exercé leur liberté contractuelle en évitant les vices du consentement, mais aussi que, l'exercice de cette liberté, n'a pas mis en cause les fonctions régaliennes de l'Etat en portant atteinte à l'ordre public classique.

752. Donc pour la validité du contrat de travail, il est soumis à deux types de règles : les règles sociales et les règles libérales. – Cette cohabitation de deux types de règle a des conséquences sur la distinction des nullités du contrat de travail. Aussi, on a utilisé le critère, lié à la nature de la règle violée pour distinguer les nullités dans le droit du travail. Ainsi, les vices résultant des règles sociales, sont sanctionnés par une « nullité sociale » et ceux

³⁰⁴⁶ R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^è éd, op. cit., pp. 18 et 21.

³⁰⁴⁷ Cf. *Supra*, n° 171

³⁰⁴⁸ Cf. *Supra*, n° 741.

³⁰⁴⁹ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., p. 99.

³⁰⁵⁰ *Idem*, p. 259 à 264.

³⁰⁵¹ R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^è éd, op. cit., p. 21 ; Cf. *Supra*, n° 172.

³⁰⁵² R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^è éd, op. cit., p. 30 et s.

³⁰⁵³ G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, op. cit., pp. 158, 219. : Le contrat de travail est soumis aux conditions de formation du contrat fixée dans l'article 1108 C. civ. ; F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats : Les contrats de travail*, op. cit., p. 88.

³⁰⁵⁴ Cf. *Supra*, n° 171.

résultant des règles libérales sont sanctionnés par une « nullité libérale ». C'est la pertinence de cette distinction, fondée sur la nature sociale ou libérale de la nullité, qui sera démontrée dans le régime de l'action en nullité contre le contrat de travail.

§ 2. La spécificité des conséquences de la distinction des nullités du contrat de travail

En ce qui concerne les conséquences de la distinction des nullités du contrat de travail, aussi bien le régime de l'action en nullité (A) que les conséquences de son exercice sont spécifiques (B).

A. La spécificité du régime de l'action en nullité contre le contrat de travail

Il est nécessaire maintenant de montrer qu'aussi bien les conditions d'exercice (I) que les modalités de disparition de l'action en nullité contre le contrat de travail (II), sont soumises à un régime spécifique.

I. La spécificité des conditions d'exercice de l'action en nullité contre le contrat de travail

Après avoir mis en cause les conditions d'exercice de l'action en nullité qui sont issues des théories générales (1), certains auteurs ont pensé à des conditions spécifiques aux nullités du contrat de travail (2).

1. La mise en cause des solutions issues de la théorie générale des nullités

753. **La rupture du contrat travail est soumise à des conditions plus difficiles pour l'employeur**³⁰⁵⁵. – Aussi, pour échapper à ces conditions, l'employeur peut être tenté de recourir à d'autres moyens, afin de mettre un terme, plus facilement, au contrat de travail. Il a par exemple tenté d'utiliser l'article 1184 C. civ., mais la Cour de cassation a estimé qu'un contrat de travail du représentant de personnel ne peut être rompu que par le licenciement. Ce qui exclut toute résolution pour inexécution de ce contrat³⁰⁵⁶. Le seul moyen qui reste à l'employeur, pour contourner les règles de licenciement, c'est l'annulation du contrat de travail.

Or, ni la théorie classique ni la théorie moderne ne peuvent empêcher l'employeur de faire ce détournement de procédure. Dans la théorie classique, si le contrat est inexistant, sa nullité peut être invoquée par tout intéressé³⁰⁵⁷. Si l'acte est simplement annulable, seule la personne protégée par la règle violée pourrait l'invoquer. Dans la théorie moderne des nullités, la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé³⁰⁵⁸, quant à la nullité relative, elle ne peut l'être que par la personne protégée par la règle violée. Ce qui fait qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, si le salarié saisit le juge, l'employeur pourrait invoquer la nullité absolue du contrat, par voie d'exception, pour ne pas payer les indemnités de licenciement. Donc, au regard de tous ces exemples, il apparaît que l'employeur pourrait avoir plus d'intérêt à demander la nullité du contrat de travail que le salarié lui-même.

³⁰⁵⁵ Pour qu'un licenciement soit régulier, il faut qu'il soit fondé sur une cause réelle et sérieuse. A défaut l'employeur doit verser une indemnité de 6 mois de salaire minimum au salarié et rembourser les indemnités chômage qui ont été versées au salarié dans la limite de 6 mois. Mais même si ce licenciement a une cause réelle et sérieuse, l'employeur doit verser certaines indemnités au salarié qui varient selon la nature de la faute de ce dernier. D'où l'intérêt pour l'employeur de recourir à la nullité pour rompre un contrat de travail, puisque dans cas, il ne paye aucune de ces indemnités. (F. Favennec-Hery, « Regard sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », in *Deux siècles de droit du travail*, op. cit., p. 252).

³⁰⁵⁶ Cass. Ass. Plén., 28 janvier 1983 : Bull. civ. N°1; D. 1983. 269, concl. Cabannes. Dans cette décision, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a estimé qu'un représentant du personnel ne peut pas voir son contrat de travail rompu sur le fondement de l'article 1184 C. civ.. Mais la chambre sociale a limité le champ de cette décision en estimant que le contrat du simple salarié pourrait être rompu sur le fondement de l'article 1184 C. civ. (Soc. 9 avril 1987 : Bull. civ. V, n°209 ; D. 1987. 437, note J. Mouly). Cependant la chambre sociale est revenue sur cette position, car elle a estimé qu'un CDD ne peut être rompu sur le fondement de l'article 1184 C. civ. (Soc. 15 juin 1999 : Bull. civ. V, n°277). Le même principe a été étendu au CDI (Soc. 13 mars 2001 : Bull. civ. V, n° 89).

³⁰⁵⁷ Cf. *Supra*, n° 290.

³⁰⁵⁸ Cf. *Supra*, n° 303.

754. Toutefois, si c'est l'employeur qui a violé la règle, on aurait pu croire qu'il ne pourrait pas se prévaloir de cette violation. – Cependant, la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*³⁰⁵⁹ s'applique aux effets de la nullité et non à l'action en nullité³⁰⁶⁰. En effet, comme l'ont montré F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « cette règle ne peut tenir en échec l'action en nullité elle-même, serait-elle exercée par l'instigateur de l'opération immorale »³⁰⁶¹. Donc l'employeur pourrait bien violer une règle d'intérêt général, en introduisant une clause illégale dans le contrat, et se prévaloir de cette violation pour se débarrasser de son salarié, sans se soumettre à la procédure de licenciement en demandant l'annulation du contrat.

La question qui se pose maintenant, c'est de savoir si pour éviter ce genre d'injustice, on peut interdire à l'employeur de se prévaloir de la violation d'une règle d'intérêt général dans certains cas³⁰⁶². Dans la théorie générale des nullités, une telle interdiction serait impossible, puisque la violation d'une règle d'intérêt général peut être invoquée par toutes les parties³⁰⁶³. D'où la nécessité d'abandonner ici cette théorie générale des nullités, au profit d'une théorie spécifique au contrat de travail.

2. La proposition d'une solution spécifique à la nullité du contrat de travail

755. Comme les règles du code du travail ont pour but la protection du salarié, plusieurs auteurs ont estimé que leur violation ne devrait pas être invoquée par l'employeur, même si ces nullités sanctionnent la violation d'un intérêt général. – En effet, pour J. Laroque, le président de la chambre sociale de la Cour de cassation, « [...] en droit du travail, la plupart des dispositions, sanctionnées pénalement, ont le caractère d'ordre public des lois de police et de sûreté. Néanmoins la jurisprudence a refusé d'assimiler entièrement leur violation à des nullités absolues [...] C'est que le résultat envisagé de la protection des

³⁰⁵⁹ traduction : nul ne peut être entendu qui allègue sa propre turpitude.

³⁰⁶⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 7^{ème} éd. op. cit., p. 392

³⁰⁶¹ *idem*.

³⁰⁶² Pour Couturier « [...] On ne saurait méconnaître cette considération pratique que la nullité absolue d'un contrat est essentiellement une nullité qui peut être invoquée par toutes les parties [...] Tout au plus pourrait-on proposer de lui apporter une limite : au sein même de l'ordre public de protection [...] certaines règles [...] protectrices non d'intérêts individuels mais d'intérêts collectifs [...] » Ce qui est le cas selon lui « [...] Des dispositions du droit social : le statut des rapports de travail [...] » (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., pp. 250, 251).

³⁰⁶³ Cf. *Supra*, n° 303.

travailleurs n'aurait pas été atteint, si l'on avait permis à l'employeur de se libérer de ses engagements en invoquant une nullité dont le salarié[...]n'avait pas intérêt à invoquer »³⁰⁶⁴. Ce qui démontre le particularisme du contrat de travail chez cet auteur, pourtant, particulièrement autorisé.

Toutefois, J. Ghestin a contesté ce particularisme en estimant que « [...]quant au réel particularisme du droit du travail il n'interdit pas de penser que doit avoir une portée générale le principe selon lequel une règle posée dans l'intérêt de l'une des parties ne peut autoriser l'autre à s'en prévaloir[...] »³⁰⁶⁵. Mais il y a bien un particularisme du contrat de travail ici. En effet, la nullité de la clause couperet, bien que sanctionnant une règle d'intérêt général, ne peut pas être invoquée par l'employeur³⁰⁶⁶. Ce qui prouve que la nullité, sanctionnant la violation de la législation sociale en général, ne peut pas être invoquée par l'employeur.

756. Mais si cette nullité sanctionnait la violation d'une disposition libérale, visant à protéger la liberté contractuelle par la protection consentement ou l'ordre public classique, l'employeur pourrait l'invoquer. – Ainsi, si le salarié ment à son employeur sur ses diplômes, lors de l'embauche, si c'est ce mensonge qui a déterminé le consentement de son employeur, il pourrait invoquer la nullité de ce contrat sur le fondement de l'article 1116 C. civ.³⁰⁶⁷. Mais là aussi, pour limiter la possibilité pour l'employeur d'invoquer ce dol, l'article, L 1221-8 C. trav. nouv, permet au salarié de mentir à l'employeur lors de son embauche, si les questions posées par son futur employeur ne sont pas pertinentes pour le poste à pourvoir. Dans ce cas, cet employeur ne pourrait pas demander la nullité du contrat en se fondant sur ce mensonge.

757. Donc, on peut dire que la nullité, sanctionnant la législation sociale, ne peut pas être invoquée par l'employeur ; même si cette nullité sanctionne la violation d'une règle d'intérêt général. – Cependant la nullité sanctionnant les autres règles, qui ne font pas partie de la législation sociale, peut être invoquée par lui, si c'est lui qui est protégé. Toutefois il peut arriver que l'employeur invoque une nullité du contrat de travail, sanctionnant une disposition sociale. Ainsi l'employeur pourrait invoquer la nullité du contrat de travail d'un

³⁰⁶⁴ Pour lui, il faut faire en sorte « [...] que les règles protectrices des travailleurs ne soient pas détournées du but dans lequel elles ont été instaurées [...] » (J. Laroque, « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *tendances du droit du travail français contemporain* : Etudes offertes à G. H. Camerlinck, op. cit., pp. 31, 32).

³⁰⁶⁵ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1988, p. 931.

³⁰⁶⁶ Cf. *Supra*, n° 748.

³⁰⁶⁷ D. Grandguillot, *Droit social*, op. cit, p. 68.

travailleur étranger qui n'a pas tous les titres requis pour travailler en France (article L 8221-5 C. trav)³⁰⁶⁸. Ce qui relativise l'idée selon laquelle la nullité sanctionnant une disposition, qui se trouve dans le code du travail, ne peut pas être invoquée par l'employeur.

Toutefois, si les règles relatives aux étrangers se trouvent, formellement, dans le code du travail, sur le fond, elles appartiennent au Code de l'entrée et du séjour. C'est pour cette raison que, F. Gaudu et R. Vatinet, ont estimé que « Parmi les règles d'ordre public [...] certaines obéissent à des impératifs extérieurs au droit du travail [...] par exemple, la réglementation de l'accès au travail des étrangers obéit à des buts de politique générale ; par voie de conséquence l'employeur peut [...] invoquer la nullité d'un contrat illicite »³⁰⁶⁹. Donc le fait que l'employeur puisse invoquer cette nullité n'est pas une mise en cause de notre distinction, car cette disposition n'est pas que sociale, mais elle concerne aussi les fonctions régaliennes de l'Etat.

Ce qui montre que la distinction, entre les nullités libérales, pouvant être invoquées par l'employeur, et les nullités sociales, ne pouvant jamais être invoquées par l'employeur, est pertinente dans la détermination des titulaires de l'action en nullité en droit du travail. Cette pertinence apparaît aussi lors de la disparition de l'action en nullité.

II. La spécificité des conditions de disparition de l'action en nullité contre le contrat de travail

Les conditions de disparition de l'action en nullité contre le contrat de travail, à l'exception de la prescription, sont spécifiques au contrat de travail (2), dans la mesure où elles diffèrent des conditions fixées par la théorie générale des nullités (1).

³⁰⁶⁸ Même si l'employeur n'a pas un intérêt réel –au niveau de l'opportunité- à demander cette nullité ici, car dans tous les cas il pourrait licencier unilatéralement ce salarié, sans faire appel au juge. Or comme la nullité produit les mêmes effets que le licenciement, il lui sera plus opportun de licencier le salarié irrégulier. Par contre, conformément à l'article L 8112-1 C. trav, l'inspecteur du travail pourrait demander au procureur de demander la nullité de ce contrat, conformément à l'article 423 C.P.C. (*Idem*, pp. 59, 60).

³⁰⁶⁹ F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats : Les contrats de travail*, op. cit., p. 11.

1. La mise en cause des solutions de la théorie générale des nullités sur la confirmation en droit du travail

758. Selon la théorie moderne, on peut confirmer la nullité relative, mais en ce qui concerne les autres nullités « S'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles »³⁰⁷⁰ si la cause qui justifiait la protection a disparu. Pour Japiot, ce principe est aussi applicable au contrat de travail. En effet, pour lui, « la convention par laquelle un patron et un ouvrier fixent, pour le cas où un accident du travail se produirait, un taux d'indemnité inférieur à celui de la loi, peut être confirmée après l'accident [...] »³⁰⁷¹, parce que selon lui « l'ordre public n'est plus engagé dès que ces individus sont à même de sauvegarder leurs intérêts. »³⁰⁷².

Aussi, plusieurs auteurs sont d'accord pour dire que si pour la confirmation est impossible pendant la période de subordination³⁰⁷³, comme l'a rappelé Lyon-Caen, on peut confirmer toutes les nullités après la rupture contrat de travail³⁰⁷⁴. Par exemple, si le contrat de travail stipule un salaire inférieur au salaire minimum, après la rupture du contrat de travail, on pourrait confirmer la nullité sanctionnant la violation du salaire minimum dans le solde de tout compte régi par l'article L 1234-20 C. trav³⁰⁷⁵, mais pas pendant le contrat. C'est pour cette raison que Farjat a estimé que la confirmation « en matière de contrat de travail [...] ne devrait pas être tolérée pendant la durée du contrat »³⁰⁷⁶.

³⁰⁷⁰ G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Ghestin*, op. cit., p. 285.

³⁰⁷¹ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 765.

³⁰⁷² *Idem*, p. 767.

³⁰⁷³ G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J.Flour, op. cit., p. 255; Pour Camerlynck, « Le caractère d'ordre public que revêtent les dispositions[...]protectrices ne constitue pas tout d'abord, à lui seul, une explication suffisante de l'originalité du régime juridique de la renonciation du salarié[...]la renonciation du travailleur heurte, de front, une notion antagoniste, celle de subordination[...]Soumis à l'autorité d'un patron auquel il doit obéissance, comment le salarié pourrait-il librement consentir à une renonciation ? » (G. H. Camerlynck, « La renonciation du salarié », op. cit., p. 629).

³⁰⁷⁴ Lyon-Caen cité ici par G. Couturier nuance ce point, sans exclure la possibilité de renoncer si la subordination disparaît, car pour lui « A la thèse de la possibilité générale de renoncer une fois le salaire échu, on peut objecter que l'échéance de la paie n'a pas pour effet de faire disparaître l'état de subordination qui justifie l'exclusion du droit commun en la matière, exclusion consacrée par la loi en matière de compensation de salaire. Cet état de subordination ne disparaîtra qu'à la rupture du contrat et à cette époque le législateur, soucieux de l'intérêt du salarié » permet la renonciation. (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J.Flour, op. cit., p. 256).

³⁰⁷⁵ G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J.Flour, op. cit., p. 257.

³⁰⁷⁶ *Idem*

759. **On voit ici, loin de rejeter la théorie moderne générale des nullités, les spécialistes du droit du travail ont cherché à adapter ce droit commun au contrat de travail**³⁰⁷⁷. – A tel point que G. Couturier a estimé qu'en ce qui concerne les mécanismes de la confirmation dans la théorie générale moderne des nullités, « c'est en matière de droit du travail que cette analyse trouve plus naturellement à s'appliquer [...] il est plus délicat d'en découvrir d'autres applications »³⁰⁷⁸. Cependant, malgré cette adaptation de la théorie générale au droit du travail, des auteurs, encore plus autonomistes, ont réaffirmé l'autonomie des règles de confirmation du contrat de travail en cherchant un régime de confirmation spécifique à ce contrat.

2. Le choix d'un régime de confirmation particulier au contrat de travail

760. **Ce qui distingue le salarié du fonctionnaire, c'est que le rapport entre le salarié et son employeur est contractuel**³⁰⁷⁹. – Parcontre, le rapport entre le fonctionnaire et la personne publique, qui l'emploie, est statutaire. Ce statut est impératif, d'où l'impossibilité d'y renoncer si on veut rester fonctionnaire. Mais depuis le début du XX^{ème} siècle, Gounot, à la suite de l'encyclique du Pape Léon XIII, a critiqué cette conception pour promouvoir la conception institutionnelle de la relation de travail³⁰⁸⁰. Ce qui a fait du rapport entre l'employeur et le salarié, chez lui, un rapport statutaire. D'ailleurs Camerlynck aussi est allé dans le même sens en estimant que « L'interventionnisme se traduira par l'élaboration d'un statut du travailleur, échappant de plus en plus à la prévision contractuelle [...] »³⁰⁸¹ des parties. Paul Durant aussi a repris cette conception, car pour lui le contrat de travail est « [...] l'application individuelle d'une situation institutionnelle [...] »³⁰⁸².

³⁰⁷⁷ Cf. *Supra*, n° 347.

³⁰⁷⁸ Pour Couturier, « c'est en matière de droit du travail que cette analyse trouve plus naturellement à s'appliquer [...] il est plus délicat d'en découvrir d'autres applications » (G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 258).

³⁰⁷⁹ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., p. 276.

³⁰⁸⁰ *Idem*, p. 283.

³⁰⁸¹ G. H. Camerlynck, « La renonciation du salarié », op. cit., p. 628.

³⁰⁸² V.C. Freyria parle de « la notion d'institution [...] » en parlant du contrat de travail (V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », *Droit social*, 1960, pp. 623, 624 ; voir aussi J. Le Goff aussi parle de logique statutaire du droit du travail (J. Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, op. cit., pp. 320, 323).

Ce qui va avoir des conséquences sur la confirmation de la nullité du contrat de travail, car pour Paul Durant, si les droits résultant du statut ne peuvent pas faire l'objet d'une renonciation, « les droits résultant exclusivement du contrat individuel de travail sont au contraire susceptibles de renonciation »³⁰⁸³. Ce qui veut dire que si on ne peut pas confirmer un contrat de travail qui ne respecte pas le salaire minimum, l'assurance maladie, les congés payés... on peut renoncer aux vices du consentement.

761.Ce qui montre là aussi l'intérêt de la distinction, proposée. – Ici, la législation sociale est assimilable au statut, auquel on ne peut pas renoncer, alors que les règles protectrices du consentement sont assimilables au domaine contractuel et sont donc libérales. G. Couturier, qui a publié un article rapprochant la nullité du contrat de travail avec les autres nullités³⁰⁸⁴, avait pourtant déjà reconnu cette spécificité de la confirmation de la nullité du contrat de travail dans sa thèse. Pour cela, il a distingué l'« ordre public social »³⁰⁸⁵ de « l'ordre public économique entendu stricto sensu »³⁰⁸⁶. L'intérêt de cette distinction chez lui, c'est que cet ordre public social ne peut pas faire l'objet d'une renonciation, parce que pour lui « Le travailleur, en effet, qui renoncerait, par exemple, aux congés payés ou au repos hebdomadaire nuirait à d'autres qu'à lui seul, il nuirait aux autres travailleurs de la même branche[...]En réalité, cette analyse conduirait à exclure toute renonciation au taux légal du salaire, à la durée des congés payés, en un mot au statut des rapports de travail[...] »³⁰⁸⁷.

Donc on peut dire ici aussi, que la distinction, entre les nullités sociales, dont la confirmation est impossible même si l'intérêt général n'est pas en jeu, et les nullités libérales, sanctionnant la violation des autres règles, dont la confirmation est possible, si l'intérêt général n'est pas en jeu, est pertinente. Par exemple, si le consentement de l'employeur a été vicié dans le contrat, il pourrait tout à fait renoncer à cette nullité. Mais en ce qui concerne les effets de la nullité, cette distinction ne joue pas un rôle très important, car la distinction des nullités est généralement neutre par rapport aux effets de la nullité.

³⁰⁸³ G. H. Camerlynck, « La renonciation du salarié », op. cit., p. 630 ; P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, op. cit., pp. 224, 239, 240.

³⁰⁸⁴ G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Ghestin*, op. cit., p. 285.

³⁰⁸⁵ G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J. Flour, op. cit., p. 247.

³⁰⁸⁶ *Idem*

³⁰⁸⁷ *Ibid*, p. 252.

B. La spécificité des effets de l'exercice de l'action en nullité contre le contrat de travail

C'est parce que la rétroactivité de la nullité est incompatible avec le contrat de travail (I) que plusieurs auteurs l'ont exclue de ce domaine. Cependant, cette limitation de la rétroactivité n'a pas la même justification que la limitation de la rétroactivité dans la théorie générale des nullités (II).

I. L'incompatibilité de la rétroactivité des nullités avec le contrat de travail

762. La nullité a été définie dans le Lexique juridique comme une « Sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique [...] »³⁰⁸⁸. Au regard de cette définition, il apparaît clairement que la nullité d'un contrat n'est pas assimilable à sa rupture, même si l'article 1234 C. civ. fait la confusion entre les deux³⁰⁸⁹. La nullité détruit le contrat depuis sa formation, tandis que le licenciement détruit lui aussi il détruit le contrat, mais uniquement pour le futur³⁰⁹⁰. Pendant longtemps, la jurisprudence a tenu à distinguer ces deux modes de rupture du contrat de travail, en refusant de faire produire des effets à un contrat nul³⁰⁹¹. Ainsi, la Cour de cassation a refusé au salarié dont le contrat a été annulé, l'indemnité de licenciement³⁰⁹², l'indemnité de congés payés³⁰⁹³, et les prestations sociales qui sont liées au contrat de travail³⁰⁹⁴. Toutefois, sur le certificat de travail, sa position de la ne fut pas aussi tranchée³⁰⁹⁵.

763. Cette position de la Cour de cassation allait dans le sens de la théorie générale, proposée par les classiques³⁰⁹⁶. Par conséquent, elle a fait l'objet de plusieurs critiques de la part de la doctrine, car la rétroactivité est incompatible avec le contrat de travail, dont

³⁰⁸⁸ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 369.

³⁰⁸⁹ Cf. *Supra*, n° 455.

³⁰⁹⁰ V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », op. cit., p. 620.

³⁰⁹¹ *Idem*, p. 619 ; Mais la loi du 17 octobre 1981, codifiée dans l'article L. 341-6-1 C. trav anc a explicitement mis en cause cette jurisprudence, en limitant les effets rétroactifs de la nullité du contrat de travail (G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, op. cit., pp. 220, 221).

³⁰⁹² Trib. civ. Sein, 28 novembre 1933, D.H. 1934, p. 110.

³⁰⁹³ Civ. 19 février 1946, S. 1946, S. 1946, p. 125, obs. Carbonnier.

³⁰⁹⁴ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1988, note 18, p. 1011.

³⁰⁹⁵ Civ. 10 février 1926, D. P.1927, 1. 20 ; V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », op. cit., p. 620.

³⁰⁹⁶ Cf. *Supra*, n° 451.

l'exécution s'échelonne dans le temps. Ainsi, pour G. Couturier, dans le droit du travail, il y a un « ordre public positif : il s'agit d'imposer plutôt que d'interdire. A l'égard de telles règles, l'anéantissement du contrat qui les transgresse n'est pas une sanction opérante ; ce qu'il faut obtenir, c'est sa mise en conformité [...] »³⁰⁹⁷. Ce qui peut expliquer l'utilisation fréquente du mécanisme de la requalification dans le droit du travail, mais aussi la limitation des effets de la nullité dans le temps. En effet, pour J. Djoudi, il y a une véritable « impuissance de la fiction de rétroactivité devant la nature juridique du contrat de travail »³⁰⁹⁸. Donc la rétroactivité de la nullité est intenable en droit du travail. C'est pour cette raison qu'elle a été limitée par le droit positif.

Ce qui s'illustre dans une loi de 1938, limitant la rétroactivité de la nullité du contrat de travail³⁰⁹⁹. Quant à l'ordonnance du 19 octobre 1945, elle admet l'affiliation du salarié, dont le salarié n'est pas valide, à la sécurité sociale³¹⁰⁰. Ce qui montre que même le législateur a cherché à limiter les effets de la nullité du contrat de travail, car la rétroactivité de la nullité est incompatible avec le contrat de travail. Ce qui va pousser plusieurs auteurs à abandonner la rétroactivité dans la nullité du contrat de travail.

II. La limitation de la rétroactivité dans le droit du travail

La limitation de la rétroactivité de la nullité s'est manifestée par l'assimilation progressive des effets de la nullité à ceux du licenciement (1). Mais les raisons de cette limitation des effets de la nullité ne sont pas forcément les mêmes que celles de la théorie générale des nullités (2). D'où la spécificité de la nullité du contrat de travail.

³⁰⁹⁷ G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Ghestin*, op. cit., p. 277.

³⁰⁹⁸ J. Djoudi, « Les nullités dans les relations individuelles de travail », op. cit., p. 192.

³⁰⁹⁹ V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », op. cit., p. 619.

³¹⁰⁰ *Idem*, p. 621.

1. Les manifestations de cette limitation de la rétroactivité de la nullité

764. Pour plusieurs auteurs, les effets de la nullité ne sont pas les mêmes dans le droit du travail qu'en droit commun. – Ainsi, pour J. Laroque, le président de la chambre sociale de la Cour de cassation, « [...] alors qu'en droit commun l'acte annulé est considéré comme n'ayant jamais existé, en droit du travail il ne disparaît qu'en tant qu'il porte atteinte à la protection des travailleurs et dans la mesure seulement où il le fait »³¹⁰¹. D'ailleurs, la Cour de cassation a fini par admettre cette position en s'inspirant de l'article L. 143-3 « anc » C. trav qui oblige l'employeur à délivrer au salarié, dont contrat est nul, un bulletin de paie. Partant de ce principe, elle a estimé que le salarié dont le contrat est annulé pourrait bénéficier de l'indemnité de licenciement³¹⁰², de préavis³¹⁰³, de congés payés³¹⁰⁴ sans oublier les prestations sociales qui sont attachées au contrat de travail³¹⁰⁵.

Donc, on peut dire que la limitation de la rétroactivité de la nullité du contrat de travail se manifeste par l'assimilation des effets de cette nullité à ceux du licenciement. C'est ce qui a poussé P. Y. Verkindt à soutenir que « Si cette tendance devait se maintenir, il n'y aurait plus de différences fondamentales entre l'annulation du contrat et le licenciement, sauf dans l'hypothèse d'une annulation pour cause immorale. »³¹⁰⁶ Ici aussi on voit une incidence légère, chez cet auteur, de la distinction entre la nullité sanctionnant la violation de la législation sociale et celle sanctionnant un contrat de travail ayant une cause immorale. Pour

³¹⁰¹ J. Laroque, « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *tendances du droit du travail français contemporain* : Etudes offertes à G. H. Camerlinck, op. cit., p. 31; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : les obligations*, op. cit., p. 349.; V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », op. cit., pp. 625, 622.

³¹⁰² Soc. 1^{er} avril 1968, Mutuelle Nationale de la coiffure, BC V n° 193 ; Soc. 14 mai 1987, jurispr. Soc. UIMM n° 87-494, p. 445.

³¹⁰³ Soc. 15 février et 4 juillet 1978, D. 1980, p. 30, note G. Lyon-Caen.

³¹⁰⁴ Soc. 9 février. 1966, sol impl., *Droit social* 1966. 426, note J. Savatier.

³¹⁰⁵ V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », op. cit., p. 619. Le contrat de travail est la condition d'ouverture de plusieurs prestations sociales, comme l'assurance maladie (R. 313-2 C. S soc), l'accident du travail (L. 411-1 C. S soc), l'assurance chômage (L. 5421. « nouveau » C. trav) Si la nullité du contrat de travail est rétroactive, le salarié ne pourrait pas bénéficier de ces prestations. Le législateur est intervenu dans des domaines spécifiques pour déroger à cette idée de rétroactivité. Il a estimé dans une loi de 1^{er} juillet 1938 qu'un salarié travaillant dans l'industrie dont le contrat est annulé peut bénéficier de la législation de l'accident du travail. La Cour de cassation a d'abord élargi le champs de cette loi aux ouvriers agricoles (Soc. 29 octobre 1953, Bull. civ., IV, n° 660, p. 473), avant d'élargir à tous les domaines pour dire qu'un salarié dont le contrat est annulé pourrait bénéficier de toutes les prestations sociales qui sont liées au contrat de travail L'article L. 411-1 C. s soc « est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre[...] que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise »

³¹⁰⁶ P. Y. Verkindt, « La nullité du contrat de travail, Droit du travail et de la sécurité sociale », op. cit., p. 2.

justifier cette limitation des effets de la nullité, tous les auteurs travaillistes n'ont pas utilisé les justifications de la théorie générale des nullités.

2. La spécificité de la justification de cette limitation des effets de la nullité

765. Couturier a cherché à justifier la limitation de la rétroactivité de la nullité par la nature du contrat de travail³¹⁰⁷. – En effet, ce contrat étant à exécution successive, sa nullité ne pourrait pas rétroagir³¹⁰⁸. Mais si cette nature peut expliquer l'impossibilité de restituer réciproquement ce que les parties ont reçu, elle ne peut pas expliquer l'application au salarié, dont le contrat a été annulé, le statut d'ancien salarié au regard de la législation sociale³¹⁰⁹. D'où la nécessité de chercher d'autres explications à la limitation des effets de la nullité du contrat de travail au tour de l'enrichissement sans cause (a) ou de la relation de travail (b).

a. La limitation des effets de la nullité justifiée par l'enrichissement sans cause

766. Une partie de la doctrine n'est pas d'accord avec le maintien des effets du contrat annulé. – En effet, pour ces auteurs, les indemnités de licenciement, qui sont versées aux salariés en cas de nullité, ont leur cause dans la responsabilité extra contractuelle et non dans le contrat nul qui ne produit aucun effet. Cette position a connu une consécration jurisprudentielle³¹¹⁰. Parmi ces auteurs, on trouve plusieurs « travaillistes ». Ce qui était le cas

³¹⁰⁷ Pour Couturier, la nullité met non seulement le salarié au chômage, mais elle opère aussi « [...] rétroactivement alors que par la force des choses il est impossible de revenir sur l'exécution passée du contrat de travail. Pour ces raisons excessives [...] la loi dote la nullité d'un régime si spécifique que la sanction en est méconnaissable » (G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Contrat au début du XXI^e siècle* : études offertes à Ghestin, op. cit., p. 275).

³¹⁰⁸ Ainsi J. Ghestin a estimé que « l'effet rétroactif de l'annulation doit se concilier avec la nécessité de tenir compte de la situation de fait engendrée par l'acte[...] et prendre en considération les difficultés rencontrées pour remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat » (J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1988, p. 1008; Voir aussi : G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 219).

³¹⁰⁹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil les obligations*, 10^e éd, op. cit., p. 438.

³¹¹⁰ Com. 9 juin 1975, D. 1976. 220.

de G. Lyon-Caen. Pour ce courant, ces indemnités sont fondées sur l'enrichissement sans cause³¹¹¹.

Mais le raisonnement de ce courant doctrinal est contradictoire sur plusieurs points. Si ce courant utilise l'action *in rem verso* et non les effets du contrat annulé, c'est pour dire que le contrat annulé n'a pas produit d'effet pour justifier le versement d'une indemnité d'ancienneté au salarié, puisque ce salarié est censé n'avoir jamais été salarié. Or, pour être un ancien salarié, encore faudrait-il avoir été un salarié d'abord. Donc, comme ce salarié ne peut pas se prévaloir de l'ancienneté que lui confère le contrat annulé qui ne produit aucun effet, il ne peut se prévaloir que d'une action qui n'est pas celle du contrat : c'est-à-dire l'action en enrichissement sans cause.

767. On voit que le cœur de ce raisonnement, c'est son refus d'admettre les effets passés du contrat annulé pour justifier le versement des indemnités. – Or, c'est là où ce raisonnement pose problème. En effet, si on estime que le contrat annulé ne produit aucun effet pour justifier le versement d'une indemnité de rupture, cette absence d'effet pourrait être considérée comme la cause de l'enrichissement, dû à l'absence de versement d'une indemnité au salarié dont le contrat a été annulé. Donc, si on estime que la décision prononçant la nullité du contrat de travail a détruit l'obligation de verser une indemnité, le refus de l'employeur de verser cette indemnité, après la nullité, pourrait trouver une cause dans cette décision de rétroactive. Ce que permet la Cour de cassation qui a estimé qu'une décision de justice pourrait être considérée comme une cause d'un enrichissement pour rendre l'action *in rem verso* irrecevable³¹¹².

Donc, il apparaît que l'action *in rem verso* n'est pas pertinente pour donner un fondement au versement d'une indemnité au salarié, dont le contrat a été annulé. C'est pour cette raison que la Cour de cassation n'utilise plus l' *in rem verso* pour justifier le versement d'une indemnité,

³¹¹¹ M. Buy, « L'enrichissement sans cause dans les relations de travail », in *Mélanges pour Beguet*, Paris. 1985, p. 69 ; *Voir aussi* : Cass. Soc. 15 février 1978, Gasca, D. 1980, p. 30, note G. Lyon-Caen.

³¹¹² Civ. 2^e, 14 oct. 1992, Bull. Civ. II, n° 242, p. 120, RTD civ. 1993. 580, ods. J. Mestre ; Civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, Bull. civ. I, n°16, p. 10: Dans toutes ces décisions, la Cour a estimé qu'une décision de justice peut servir de cause à un enrichissement. Or on se retrouve dans la même situation en ce qui concerne les indemnités versées au salarié en cas de nullité de son contrat. L'enrichissement de l'employeur du au non versement des indemnités de licenciement au salarié dont le contrat annulé, est du à la décision prononçant la nullité. Cette décision annule le contrat elle ne licencie pas le salarié, c'est pour cela que ce dernier n'a pas droit aux indemnités versées à la suite d'un licenciement. C'est ça la cause de l'enrichissement de l'employeur. Voir aussi J. Savatier, « les sanctions civiles de l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière », *Droit social*. 1986, pp. 211-226.

mais la responsabilité civile délictuelle³¹¹³. C'est sans doute ce qui va pousser d'autres auteurs, à utiliser la relation de travail, pour justifier la limitation de la rétroactivité.

b. La limitation de la nullité justifiée par la relation de travail

768. Pour Gounot, le rapport entre le patron et le salarié étant statutaire, il est tenu de l'hygiène et de la sécurité de ce salarié, indépendamment du contrat. – Il a même ajouté que « Nous avons [...] tort de dire que ces obligations sont imposées à raison du contrat, c'est à raison du travail qu'il faudrait dire [...] »³¹¹⁴. Quant à Planiol, il a précisé que le salaire est dû, indépendamment du contrat de travail, car tout travail fourni mérite un salaire³¹¹⁵. Ce qui montre qu'entre le salarié et son employeur, il y a des obligations qui naissent et qui sont indépendantes du contrat de travail.

Donc comme la nullité vise à sanctionner le contrat de travail, il est normal que seules les obligations attachées à ce contrat disparaissent avec lui en cas de nullité. Les autres obligations, qui sont attachées à un statut, ne sont pas détruites rétroactivement par la nullité du contrat de travail³¹¹⁶. En effet, l'exécution du contrat de travail a créé, ce que Paul Durand³¹¹⁷ a appelé une « relation de travail [...] »³¹¹⁸, qui a déclenché l'application d'un statut au salarié. Par conséquent, pour P. Y. Verkindt, « L'annulation du contrat de travail ne saurait exclure le salarié du bénéfice des garanties légales en matière d'assurances sociales ou de couverture contre le risque de l'accident du travail [...] »³¹¹⁹, car pour V.C. Freyria, « La notion d'institution tend à rendre inutile la considération de la situation individuelle contractuelle ; la nullité de cette dernière ne peut remettre en cause le principe d'une

³¹¹³ Soc.1er avril 1968, BC. V, n°193 ; J. Djoudi, « Les nullités dans les relations individuelles de travail », op. cit., p. 195.

³¹¹⁴E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit., p. 283 ; P. Y. Verkindt, « La nullité du contrat de travail, Droit du travail et de la sécurité sociale », op. cit., p. 2.

³¹¹⁵ M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, op. cit., tome VI, p. 407.

³¹¹⁶ de la Pradelle montre que si « Le contrat est nul ; il disparaît donc. Mais reste derrière lui l'arsenal des textes impératifs qui continuent à régir les faits qui entrent dans leur champ d'application. » ;(G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 102 ; voir aussi G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 220).

³¹¹⁷ V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », op. cit., p. 620.

³¹¹⁸ *Idem*, p. 623. Ainsi pour Carbonnier « le contrat de travail a beau être annulé, il reste que le salarié a été lié à l'entrepreneur par une relation de travail, et cela suffit, notamment, pour que lui ait été applicable la législation protectrice du travail. », car pour lui, s'il « n' y a jamais eu de contrat de travail, mais il a existé *de facto* une relation de travail[...] » ; (J. C. carbonnier, *Droit civil les obligations*, 12^è éd, op. cit., tome IV, pp. 197, 200).

³¹¹⁹ P. Y. Verkindt, « La nullité du contrat de travail, Droit du travail et de la sécurité sociale », op. cit., p. 1.

rémunération [...] »³¹²⁰. Ainsi, le versement de l'indemnité des congés payés est justifié, malgré la nullité du contrat, par la notion de relation de travail³¹²¹.

769. Cependant, cette notion de relation de travail a été critiquée par une partie de la doctrine. – En effet, cette notion privilégie l'institution par rapport à l'accord des volontés, or pour V.C. Freyria, « négliger l'existence de l'accord condamne l'interprète à la négation critiquable des règles qui se fondent non point sur un statut impératif d'entreprise, mais sur l'échange initial des consentements [...] »³¹²². Donc, pour lui, il faut abandonner le concept de relation de travail³¹²³. En effet, selon lui, si « la relation de travail justifie le paiement du salaire [...] le contrat en précise les modalités de calcul »³¹²⁴. Ainsi, si on dit que le salarié dont le contrat a été annulé peut recevoir une indemnité de licenciement, on sera obligé de faire appel au contrat annulé et non au statut, qui ne prévoit que le salaire minimum, pour calculer cette indemnité. En effet, en cas de licenciement pour cause réelle et sérieuse, le salarié doit recevoir une indemnité qui est calculée selon la formule suivante :

L'indemnité = 1/5 du salaire mensuel par année d'ancienneté + 2/15 de ce salaire par année au-delà de la dixième année. A cette indemnité est ajoutée une indemnité de six mois de salaire si le licenciement n'a pas une cause réelle et sérieuse.

Donc, pour calculer l'indemnité, qui est assimilée à une indemnité de licenciement, que reçoit le salarié, qui voit son contrat annulé, le juge prend en compte le contrat annulé, car le salaire mensuel qui sert de base de calcul est évalué « [...] suivant les clauses du contrat originaire frappé de nullité »³¹²⁵.

770. Ce qui montre qu'il y a une survie du contrat de travail et non une simple relation de travail. – C'est cette survie qui peut expliquer la compétence des juridictions prud'homales pour prononcer la nullité du contrat de travail. Normalement, selon l'article L

³¹²⁰ V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », op. cit., p. 623.

³¹²¹ *Idem*, p. 626.

³¹²² *Ibid*, p. 627.

³¹²³ *Ibid*, p. 624.

³¹²⁴ Mais la relation de travail se limite au minimum professionnel d'où pour avoir le salaire et les accessoires prévus par le contrat nul, la nécessité de donner effet à cet contrat, car « La notion pure de relation de travail ne permet plus de rendre compte de ce résultat [...] » (*Ibid*, pp. 623, 624). Ainsi pour de La Pradelle, ce n'est pas un enrichissement sans cause, car ce qu'on donne ce n'est pas l'appauvrissement mais ce qui est prévu par le contrat (G de la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, op. cit., p. 99; *Conf*: J. Villebrun, *Traité théorique et pratique de la juridiction prud'homale*, Préf. G. Lambert, op. cit., p. 37; V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », op. cit., p. 622).

³¹²⁵ *Idem*, p. 623.

1411-1 C. trav. nouv., cette juridiction est compétente pour tout ce qui touche au contrat de travail. Mais si la nullité fait que ce contrat n'a jamais existé, il n'y a pas de contrat de travail ; c'est le juge du droit commun qui devrait se prononcer dans un tel cas de figure. Or ce sont les juridictions prud'homales qui sont compétentes pour prononcer cette nullité³¹²⁶. Ce qui prouve que la nullité du contrat de travail ne fait pas que le contrat annulé n'ait jamais existé, car en cas de nullité, ni l'enrichissement sans cause ni la relation de travail ne peuvent expliquer la survie de certains effets du contrat de travail annulé.

771. Mais par quoi justifier cette possibilité offerte au contrat de travail nul de produire des effets ? – Pour répondre à cette question, on peut utiliser l'idée avancée par la théorie générale moderne, selon laquelle, « les effets de la nullité seront, en principe, limités à ce qui est nécessaire afin d'écarter toutes les conséquences de l'acte qui sont contraires au but de la règle transgressée, mais seulement ces conséquences-la[...] »³¹²⁷. Ce qui veut dire que la nullité ne détruit que les conséquences passées de l'acte, qui sont contraires au but de la règle violée, et laisse subsister les autres conséquences de l'acte nul. Or, les règles sur la police des étrangers visent à décourager les candidats à l'immigration illégale. Normalement, pour que la nullité des contrats, conclus par ces personnes, atteigne le but de ces règles, il faut que le migrant en situation irrégulière, qui a menti sur son statut à son employeur, ne tire aucun bénéfice de la nullité résultant de ce mensonge. Or, malgré cette nécessité, la Cour de cassation a estimé qu'un « étranger, qui a effectivement exercé un emploi rétribué en France, bien qu'en infraction aux dispositions légales réglant les droits des travailleurs étrangers, ne saurait être privé des salaires et indemnités auxquels il peut prétendre pour les services qu'il a rendus »³¹²⁸.

Donc la limitation de la rétroactivité de la nullité du contrat de travail ne peut pas être expliquée que par le but de la règle violée ici, car les effets de la nullité ne permettent pas d'atteindre ce but, qui est de dissuader le travail dissimulé. Pour trouver une justification du maintien des effets du contrat nul ici, on peut utiliser la notion de relation de travail, non pour justifier l'existence d'un statut qui survit au contrat de travail, mais pour justifier la survie du contrat de travail pour le passé³¹²⁹. Ce qui est spécifique au contrat de travail.

³¹²⁶ J. Villebrun, *Traité théorique et pratique de la juridiction prud'homale*, Préf. G. Lambert, op. cit., p. 38.

³¹²⁷ J. Ghestin, *Droit civil les obligations*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1988, p. 1008.

³¹²⁸ Soc. 28. nov 1974 :Bull. Civ. V, n° 579 ; V.C. Freyria, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », op. cit., p. 622.; G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, op. cit., p. 219.

³¹²⁹ Depuis la Révolution de 1789, on a assisté à une hégémonie du contrat de travail pour régir les rapports entre le salarié et l'employeur. Mais avec l'interventionnisme, on a assisté à un déclin du contrat de travail au

Sous-section 2. La théorie spécifique des nullités du mariage

772. La promesse que se font deux personnes, de vivre ensemble, de se soutenir mutuellement dans la vie commune et d'élever ensemble les enfants à naître, s'appelle le mariage si elle est officiellement reconnue par le groupe social³¹³⁰. – Cette reconnaissance sociale, exigée ici, montre l'importance de cet acte pour la société, qui est fondateur de la famille, cellule de base de toute société. Ce qui en fait plus qu'un simple contrat, mais une véritable institution sociale³¹³¹. D'où l'intérêt de la société pour sa pérennité, car comme l'a rappelé Portalis, « [...] le mariage est un contrat perpétuel par destination »³¹³². Si cette conception du mariage n'était pas celle des romains, qui admettait le divorce³¹³³, elle n'était pas absente à l'époque non plus³¹³⁴. En effet, on la trouvait déjà chez *Modestin*, pour qui le mariage est une société de toute une vie³¹³⁵. Conception qui se retrouve dans le nouveau testament aussi³¹³⁶. Tout ce courant de pensée a eu des influences intellectuelles qui se sont

profit d'un statut institutionnel pour le salarié. Ce n'est plus le contrat de travail qui est la seule source des obligations des parties. Pour théoriser cette situation, Gounot et Paul Durand ont soutenu que lien entre l'employeur et son salarié est plus institutionnel que contractuel (G. H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, opp. cit., p. 8, 11 et s.). Mais Gerard Lyon-Caen et Camerlink ont critiqué cette conception institutionnelle, en soutenant la prépondérance du contrat dans le lien entre le salarié et l'employeur (*Idem*, pp. 18 et 23 s.). Des auteurs contemporains ont même mis en évidence une certaine individualisation des relations de travail, au détriment de leur institutionnalisation. Ce qui montre le rôle primordial du contrat de travail, car il n'est que la traduction juridique de cette individualisation des relations de travail (P. Adam, *L'individualisation du droit du travail : Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Préf. C. Marraud, Paris : LGDJ, 2005, p.p. 17 et 158). Ce qui montre une certaine opposition entre la thèse contractuelle et la thèse institutionnelle (A. Mazeaud, *Droit du travail*, 7^è éd, op. cit., p. 86). Dans ce travail, en essayant de rendre le statut institutionnel et le contrat de travail complémentaires pour déterminer les effets de la nullité de ce contrat de travail, on a cherché à dépasser cette opposition entre la thèse contractuelle et la thèse institutionnelle, incarnée ici par la relation de travail.

³¹³⁰ D. Fenouillet, *Droit de la famille*, 2^{ème} éd, Paris : 2008, p. 29.

³¹³¹ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 69.

³¹³² J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 26.

³¹³³ Paul, D. 24, 2, 1.

³¹³⁴ Si dans l'ancien droit romain c'est l'homme seulement qui pouvait mettre un terme unilatéralement au mariage, dès la période classique on a permis aux deux membres du couple de mettre un terme au mariage quand ils le voudront. Ainsi Cicéron et Tacite rapportent des exemples prouvant cette liberté (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 128). Mais si la réalité de cette liberté ne faisait aucun doute, elle était loin d'être absolue. Ainsi déjà dans l'ancien droit romain, le mariage formé sous la forme d'une *Conferreatio* ne pouvait être rompu que par une procédure appelée *differreatio*. Or cette procédure était très restrictive. D'où l'affirmation de Plutarque, selon laquelle « les cérémonies de la *differreatio* sont lugubres et effrayantes ; elles expriment l'indignation céleste et ont pour but d'en conjurer les effets. » (E. T. de Dreffeillac, *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, op. cit., p. 103 ; Voir aussi : Fragment de la loi des douze tables, *De nuptiis*, XIV, 1).

³¹³⁵ « *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* » traduction : le mariage est « une société de toute la vie, communauté de droit divin et humain » (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 83).

³¹³⁶ Notamment dans l'évangile selon Mathieu, Marc et Luc, qui dit que « *Quod Deus coniunxit, homo non separet* » traduction : « Ce que dieu a uni[...] que l'homme ne le sépare pas » (*Idem*, p. 131).

traduites par la mise en place du principe de l'indissolubilité du mariage au moyen-âge³¹³⁷. Ce principe va durer jusqu'à la Révolution, et même au-delà, puisque après le décret du 20 septembre 1792 reconnaissant le divorce, à la restauration, le divorce fut de nouveau interdit par la loi du 8 mai 1816³¹³⁸. Interdiction qui ne sera levée que par la loi du 27 juillet 1884.

773. Face à cette indissolubilité du mariage, la nullité était le seul moyen possible pour mettre un terme à un mariage dont on ne voulait plus. – C'est pour cette raison que c'est la nullité du mariage qui a joué le rôle du divorce pendant toute la période d'interdiction de ce dernier³¹³⁹. Ainsi, si de 1816 à 1884 le taux de demande de nullité était très élevé³¹⁴⁰, pour Capitant, « le rétablissement du divorce a [...] depuis 1884, enlevé beaucoup de leur intérêt aux questions de nullité de mariage[...] »³¹⁴¹. Les chiffres illustrent parfaitement cette affirmation. En effet, en 1900, il n'y avait que trente demandes en nullité du mariage contre trente un en 1905 pour toute la France³¹⁴². Ce qui prouve que la nullité était utilisée pour contourner l'interdiction ou la rigidité des conditions du divorce³¹⁴³.

774. C'est justement pour éviter que cette nullité, qu'on assimile au divorce, ne soit utilisée de façon abusive que cette nullité du mariage a été longtemps soumise à un régime plus restrictif que les autres nullités³¹⁴⁴. – Ce qu'illustrent parfaitement les propos de D'AGUESSEAU quand il dit qu'il « est important pour l'Etat de ne pas troubler le repos des familles en annulant trop facilement un mariage qui a été regardé comme légitime [...] »³¹⁴⁵. Même après le Code civil, cette vision restrictive de la nullité du mariage n'a pas disparu. En effet, on la rencontrait même chez Colin et Capitant, pour qui « Déclarer que deux personnes

³¹³⁷ Dès 867 le Pape Nicolas 1er s'est opposé à la dissolution du mariage du roi Lothaire II, par cet acte, il a amorcé le principe de l'indissolubilité du mariage. A la même époque, Hincmar de Reims se prononce pour l'indissolubilité du mariage. La même position se rencontre dans le décret de Gracien et dans les Décrétales de Grégoire IX en 1234. Cette position fut consacrée par le Concile de Trente, même le Concile de Vatican II n'a pas mis en cause cette indissolubilité du mariage. Mais depuis la loi du 20 septembre 1792 et la loi du 27 juillet 1884, le divorce est permis en France. (*Ibid*, p. 132).

³¹³⁸ D. Y. Vilotitch, *De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit français et dans les principales législations étrangères*, Lyon : Bosc frères & Riou, 1929, p.12.

³¹³⁹ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^è éd par J. de la Morandiere, op. cit., p. 172; R. Szramkiewicz et J. Bouineau, *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4^è éd, op. cit., p. 551 ; D. Y. Vilotitch, *De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit français et dans les principales législations étrangères*, op. cit., p. 10 .

³¹⁴⁰ D. Y. Vilotitch, *De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit français et dans les principales législations étrangères*, op. cit., p. 12.

³¹⁴¹ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^è éd par J. de la Morandiere, op. cit., p. 173.

³¹⁴² *Idem*

³¹⁴³ Pour elle, la nullité était sans intérêt à Rome, car le divorce était admis. (D. Y. Vilotitch, *De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit français et dans les principales législations étrangères*, op. cit., p. 9).

³¹⁴⁴ Pour éviter la nullité, on a même mis en place des procédures pour prévenir la nullité : il s'agit de l'opposition (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., pp. 113 et 119).

³¹⁴⁵ J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., p. 326.

vivant comme mari et femme, n'ont pas été mariées en réalité, que, dès lors, leurs enfants sont des bâtards [...] est évidemment plus fâcheux que d'annuler une vente ou une location!»³¹⁴⁶

Cette restriction s'est manifestée dès l'ancien droit dans la procédure de nullité. Ainsi, dans un procès en nullité du mariage, devant les officialités³¹⁴⁷, on n'admettait pas la preuve testimoniale, mais seulement la preuve écrite³¹⁴⁸. L'appel était obligatoire contre un jugement prononçant la nullité du mariage³¹⁴⁹. Pour éviter le recours trop facile à la nullité, le dol dans le mariage n'était pas et n'est toujours pas sanctionné par la nullité³¹⁵⁰ ; le mariage ne pouvait pas être annulé si un texte ne prévoyait pas cette nullité expressément³¹⁵¹. Ce qui peut expliquer la distinction entre les empêchements prohibitifs et dirimants dans le mariage³¹⁵².

775. Plusieurs de ces restrictions du droit canonique ont été reprises dans le Code civil³¹⁵³. – Par exemple au XIX^{ème} siècle, pour limiter la possibilité de demander la nullité du mariage, dans le but de contourner l'interdiction du divorce, les juges soutenaient qu'il n'y a pas de nullité sans texte³¹⁵⁴. C'est au demeurant pour contourner cet obstacle que la doctrine a créé la théorie de l'inexistence³¹⁵⁵. Toutes ces restrictions ont donné une certaine autonomie à

³¹⁴⁶ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^è éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 174.

³¹⁴⁷ Ce sont les juridictions ecclésiastiques qui étaient compétentes. En 1438, la pragmatique sanction fixa la compétence des officialités, qui essaient compétentes pour le sacrement mais pas pour les intérêts pécuniaires. (E. T. de Dreffeillac, *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, Pau : Imprimerie Léon Gare, 1880, pp. 123, 126).

³¹⁴⁸ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 104.

³¹⁴⁹ *Idem*

³¹⁵⁰ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 101; Vilotitch montre que « dans le mariage c'est trompe qui peut » c'est pour cela que le dol n'est pas sanctionné dans le mariage (D. Y. Vilotitch, *De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit français et dans les principales législations étrangères*, op. cit., p. 19.). En ce qui concerne la violence, elle ne viciait pas forcément le mariage à Rome (Celse, 22, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2). Même dans le droit contemporain, la violence a été longtemps moins réprimée dans le mariage que dans les autres actes. Ainsi la violence révérencielle n'était pas sanctionnée par la nullité du mariage. Ce qui a changé depuis 2006.

³¹⁵¹ *Idem*, p. 18 ; Cf. *Supra*, n° 108.

³¹⁵² Les empêchements prohibitifs ne sont pas sanctionnés par la nullité, même si le mariage ne les respecte pas lors de sa formation, car aucun texte ne prévoit une telle sanction (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., pp. 113 et 119).

³¹⁵³ Pour Colin et Capitant, « [...] le développement indépendant et autonome qu'a pris la théorie des nullités du mariage à cause de la compétence spéciale qui appartenait ici aux tribunaux ecclésiastiques, c'est-à-dire à des juridictions différentes de celles qui statuent sur les contrats ordinaires. » (A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^è éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 174; voir aussi E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 225.

³¹⁵⁴ Cf. *Supra*, n° 109.

³¹⁵⁵ D. Y. Vilotitch, *De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit français et dans les principales législations étrangères*, op. cit., pp. 12, 14; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., pp. 86, 315.; H. Fontaine, *De ritu nuptiarum: droit romain ; Ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, op. cit., p.78 ; Ph. Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 147 ; H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité, (Dir M.*

la nullité du mariage par rapport à la théorie générale des nullités. C'est ce qui a poussé D. Fenouillet à dire qu'en ce qui concerne la nullité, «Le droit matrimonial aménage les règles de la théorie générale des actes »³¹⁵⁶. Quant à Ph. Malaurie et H. Fulchiron, ils n'ont pas dit autre chose, en estimant que « la théorie des nullités de mariage ne doit rien à la théorie générale des nullités des actes juridiques [...] »³¹⁵⁷.

776. Conscients de cette spécificité, plusieurs auteurs l'ont d'abord utilisée pour construire leur « [...]théorie générale des nullités, qu'ils appliquent d'abord au mariage et qu'ils transportent dans les autres matières[...] »³¹⁵⁸ ensuite. C'est cette attitude qui a été critiquée tout au long de ce travail, car la nullité du mariage est spécifique et qu'elle n'est pas généralisable aux autres contrats. C'est sans doute pour cette raison que d'autres auteurs ont cherché, à utiliser cette spécificité, pour construire une théorie des nullités, spécifique au mariage³¹⁵⁹. Cependant, avant de tenter cette construction, Demolombe s'est posé la question suivante : « existe-t-il[...]en ce qui concerne les nullités de mariage, une théorie spéciale[...] ? »³¹⁶⁰. Il s'est rendu compte que cette théorie n'existe pas dans le code³¹⁶¹. En effet, comme l'a rappelé Berton, « le Code civil[...]ne contient pas de théorie générale sur la nullité des actes juridiques, et n'en a pas davantage élaboré en matière de mariage. »³¹⁶². Néanmoins, malgré cette absence de théorie spécifique au mariage dans le code, plusieurs auteurs ont écrit des thèses, exclusivement consacrées aux nullités du mariage. Ces auteurs ont cherché à systématiser les règles du mariage sur les nullités³¹⁶³. Ce qui a produit une théorie des nullités, spécifique au mariage sur plusieurs points.

Chartier), op. cit., p. 109 et s ; *Contra* : J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 29, 59, 127 ; A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 192.

³¹⁵⁶ D. Fenouillet, *Droit de la famille*, op. cit., p. 75.

³¹⁵⁷ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit civil : La famille*, 2^e éd, Paris : Defrenois, 2006, p. 134. Pour Pize, « [...]le législateur a organisé en matière de mariage un système d'inefficacité originaire tout spécial, bien loin de cadrer avec celui des contrats pécuniaires» (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 317). Pour Fontaine aussi, « le législateur se trouvant en face d'une convention *sui generis* qui n'a rien de semblable avec les autres contrats a édicté des règles spéciales indépendantes de celles qui régissent les autres matières du Code civil » car « les règles concernant les demandes en nullité sont spéciales, de telle sorte qu'elles forment un tout complètement indépendant des dispositions des autres titres du code civil » (H. Fontaine, *De ritu nuptiarum: droit romain ; Ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, op. cit., p. 79).. S. Gaudemet, *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, op. cit., p. 65. .

³¹⁵⁸ J. Loyer, *Les actes inexistantes*, op. cit., p. 20; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités :Etude de droit civil*, op. cit., p. 39 ; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2^e éd, op. cit., p. 187.

³¹⁵⁹ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 121.

³¹⁶⁰ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 365.

³¹⁶¹ *Idem*.

³¹⁶² P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 83.

³¹⁶³ E. T. de Dreffeillac, *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, op. cit., p. 189.

777. Il sera justement démontré ici aussi, comme il a été soutenu dans la deuxième hypothèse de ce travail, que si cette théorie spécifique, qui varie selon les auteurs, est loin d'être parfaite elle est préférable à une théorie générale des nullités. – En effet, même si elle n'est pas totalement conforme au droit positif, il est plus facile de l'ajuster à ce droit qu'une théorie générale des nullités qui nécessite la prise en compte de plusieurs paramètres. Cette pertinence apparaîtra dans la distinction des nullités du mariage ou on privilégie, *a priori*, la distinction entre les nullités-divorce et les nullités-dénonciation (§). Cette pertinence est due au fait que la distinction choisie ici est corroborée par le régime des nullités du mariage dans le droit positif (§ 2).

§ 1. La spécificité de la distinction des nullités du mariage

Après avoir mis en cause les distinctions des nullités, issues des théories générales des nullités (A), une distinction spécifique au mariage a été proposée par certains auteurs (B).

A. La mise en cause de la distinction des classiques

778. Pour échapper au principe, qui prohibe les nullités virtuelles dans le mariage, plusieurs auteurs ont utilisé l'inexistence à cote des nullités absolue et relative³¹⁶⁴. – Mais peut-on dire que l'inexistence existe réellement dans la théorie des nullités du mariage ? Pour les auteurs classiques, le mariage serait inexistant en cas d'absence de consentement³¹⁶⁵, de célébration devant l'autorité publique³¹⁶⁶ et en fin de différence de sexe³¹⁶⁷.

³¹⁶⁴ Pour Pize, « l'inefficacité originaire des contrats en général comprend deux degrés seulement ; entre ces deux degrés nulle place pour une classe intermédiaire d'inefficacité, l'annulabilité absolue. L'inefficacité originaire du mariage comprend, au contraire, trois degrés irréductibles, l'inexistence, l'annulabilité absolue et l'annulabilité relative[...] » (J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 314 ; voir aussi H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité*, (Dir M. Chartier), op. cit., p. 109 et s ; F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 129 ; Cf. *Supra*, n° 112).

³¹⁶⁵ E. T. de Dreffeillac, *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, op. cit., p. 191.

³¹⁶⁶ *Idem*, p. 197.

³¹⁶⁷ *Ibid*, p. 190.

779. Pour justifier l'inexistence du mariage dans lequel le consentement serait absent³¹⁶⁸, la doctrine a utilisé l'article 146 C. civ. – Mais aussi les débats qui ont précédé l'adoption de ce texte, notamment les positions du premier Consul, qui étaient favorables à l'inexistence³¹⁶⁹. Position que l'on retrouvait déjà dans le droit romain, car pour Julien, « Les fiançailles comme le mariage, ne se contractent que par le consentement [...] »³¹⁷⁰.

780. En ce qui concerne l'utilisation de l'absence de célébration du mariage, devant l'autorité publique, comme cause d'inexistence³¹⁷¹, la doctrine a utilisé une affirmation de l'architecte principal du Code civil pour la justifier. – En l'occurrence il s'agissait de Portalis. En réponse à une question, posée le 22 floréal an XI (12 mai 1803) par le commissaire général de police sur la sanction d'un mariage qui n'a pas été célébré devant l'autorité publique, il a estimé : « je m'empresse, citoyen commissaire de répondre à la question sur laquelle vous demandez mon *avis* par votre lettre du 17 du présent mois, cette question consiste à savoir si les deux individus dont vous me parlez sont ou non engagés par les liens de mariage. Vous exposez qu'ils se sont présentés à un prêtre quelconque mais qu'il n'y a eu ni contrat ni observation des formes civiles. Le fait a besoin d'être éclairci[...] S'il y a eu comparution des parties devant l'officier civil, si ces parties ont donné leur consentement devant cet officier, si l'on se plaint uniquement de ce que l'on a manqué à quelques formes ou à quelques conditions essentielles, dès lors on ne peut contester l'existence du mariage en lui-même, on est réduit à se plaindre de sa nullité. Il faut dans ce cas s'adresser aux tribunaux pour faire prononcer cette nullité avant de passer à une seconde union. Si par contraire les parties ne se sont pas présentées devant l'officier de la loi, si leur mariage n'a point été inscrit sur le registre des actes de l'état civil, si elles se sont contentées de s'adresser à un prêtre pour recevoir la bénédiction nuptiale, dans une telle hypothèse, on est autorisé à soutenir non seulement que le mariage est nul, mais qu'il n'y a point de mariage, et rien ne met ni ne peut mettre obstacle à ce que les parties puissent se marier librement, chacune pour leur compte, puisqu'elles ne sont liées par aucun engagement solennel[...] »³¹⁷².

³¹⁶⁸ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 129.

³¹⁶⁹ P. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris : au dépôt, tome IX., 1827, p. 14 et s. 492. ³¹⁷⁰ Traduction : « Sponsalia, sicut nuptiae, consensu contrahentium fiunt » (Julien, D. 23, 1, 11).

³¹⁷¹ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 128.

³¹⁷² La célébration du mariage permet de le différencier du concubinage, c'est pour cela qu'on peut en faire une condition d'existence du mariage. (M. Vidal, « L'inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle », in *Les controverses doctrinales*, Montpellier : Cahiers des écoles doctorales, 2000, p. 385). Mais cette célébration n'a pas toujours existé. Les romains ne l'exigeaient pas, sauf peut-être pour le *Manus*, qui exigeait pour sa formation certaines cérémonies. Mais Justinien avait commencé à exiger le respect d'une formalité dans certains cas. Mais au-delà de ces cas, le mariage n'était soumis à aucune formalité dans le droit romain. Dans le droit canonique, on a commencé à imposer un certain formalisme dans le

On peut estimer que cette position pour l'inexistence, affirmée à la veille de l'adoption du Code civil, se retrouve aussi implicitement dans l'article 165 C. civ., puisqu'elle exprime la conception de Portalis sur les nullités qui a rompu avec le droit romain sur ce point, car pour Modestin, même sans une célébration publique à Rome, « Lorsqu'une femme libre vit avec un homme, on ne doit pas regarder cette union comme un concubinage, mais plutôt comme un véritable mariage, si cette femme ne se prostitue point pour de l'argent. »³¹⁷³.

781. En ce qui concerne la différence de sexe, les juges du fond ont admis à plusieurs reprises l'inexistence des mariages homosexuels³¹⁷⁴. – En effet, depuis le droit romain, on n'admettait même pas la possibilité d'un mariage homosexuel, puisque pour Modestin « Le mariage est l'union d'un homme et d'une femme »³¹⁷⁵.

782. Aussi, au regard de tout ce qui vient d'être dit, on pourrait estimer que la doctrine a raison d'utiliser l'inexistence dans le mariage. – Cependant, une telle position n'est pas forcément confirmée par le droit positif contemporain. L'absence de consentement dans le mariage n'est pas une cause d'inexistence, mais une cause de nullité³¹⁷⁶. En effet, la position de Napoléon allant dans le sens de l'inexistence a été abandonnée par le législateur

mariage lors du quatrième Concile de Latran, en imposant la publication des bans en 1215 (J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., pp. 86, 111). Il est revenu au Concile de Trente du 11 novembre 1563, d'imposer la célébration du mariage devant le curé. Avant même la fin du concile, l'ordonnance de Villers-Cotterêts avait imposé à l'église de tenir un registre de l'état civil, à l'exception du mariage. C'est l'ordonnance de Blois de 1579 qui reprit les règles du concile de trentes, ordonnant aux curés de tenir un registre des mariages. Du fait de la réforme, il était nécessaire de permettre aux protestants de célébrer le mariage devant leur église. Ce que permit l'édit de Nantes en 1598, mais à la révocation de cet édit en 1685, on a permis aux protestants de faire enregistrer directement leur mariage par le juge. C'était le début de la laïcisation du mariage, qui s'achèvera par la loi du 20 septembre 1792 (Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les personnes et les incapacités*, Paris : Defrenois, 2004, p. 76).

³¹⁷³ Traduction : « *In liberae mulieris consuetudine, non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.* » (Modestin, D. 23, 2, 24).

³¹⁷⁴ H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité*, (Dir. M. Chartier), op. cit., p. 109 et s.

³¹⁷⁵ Traduction : « *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae* » (Modestin, D. 23, 2, 1).

³¹⁷⁶ En cas de mariage blanc, il n'y a pas de consentement, car les époux ne se sont pas mariés pour vivre ensemble, mais pour permettre à l'un d'eux d'acquérir la nationalité française, comme le permet l'article 21-1 C. civ.. Dans ce cas, comment sanctionner un tel mariage ? Une loi du 24 août 1993 a répondu à cette question, en introduisant l'article 190-1 dans le Code civil. Cet article dispose que « Le mariage qui a été célébré en fraude à la loi peut être annulé [...] » Ce qui revient à sanctionner l'absence de consentement ici par la nullité et non par l'inexistence. Mais une loi du 26 novembre 2003 a abrogé cet article. Ce qui pousse à se demander quelle sanction appliquer aux mariages blancs. Est-ce la nullité ou l'inexistence ? Le législateur a prévu de prévenir ces mariages blancs par le mécanisme d'opposition, dans l'article 68 C. civ. Mais si malgré tout ce mariage se conclut, l'article 21-4 C. civ. permet d'empêcher l'acquisition de la nationalité à l'époux fraudeur. Mais les textes ne disent toujours pas si ce mariage est nul ou inexistant. Toutefois, la loi du 19 février 1933 dit que le mariage conclu en l'absence d'un consentement est nul. Or le mariage blanc est un mariage sans consentement, car il y a absence d'intention matrimoniale (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 125, 89 et 91).

du XX^{ème} siècle dans la loi du 19 février 1933³¹⁷⁷. C'est au demeurant pour cette raison que la Cour de cassation a, dans son rapport de 2004, estimé que « la loi du 19 février 1933 a converti les principaux cas d'inexistence juridique du mariage en causes de nullité absolue »³¹⁷⁸. Aussi, dans la très médiatique affaire du mariage homosexuel en 2004, les juges du fond ont appliqué ce même refus de l'inexistence à l'absence de différence de sexe³¹⁷⁹. Dans cette affaire, les juges ont estimé que le mariage homosexuel n'est pas inexistant mais nul. Ce qui revient à admettre implicitement la nullité virtuelle dans le mariage³¹⁸⁰. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé cette position des juges du fond avant l'admission du mariage homosexuel en 2013³¹⁸¹.

783. En ce qui concerne la sanction de l'absence de célébration du mariage, on peut légitimement se demander si la loi du 19 février 1933 l'a transformée en nullité. – En effet, la jurisprudence a estimé qu'on ne peut célébrer un second mariage si le premier n'est pas encore dissous ; même s'il -le premier mariage- n'a pas été célébré devant l'officier de l'état civil compétent³¹⁸². Ce qui laisserait entendre qu'un tel mariage n'est pas inexistant mais nul. Cependant, cette jurisprudence pourrait s'expliquer par le caractère international de ce mariage. Un mariage contracté en France doit être célébré devant l'officier de l'état civil³¹⁸³ (articles 74 et 191 C. civ.). Mais si les époux sont étrangers, la Convention de Vienne du 24 avril 1963 les permet de célébrer leur mariage devant leurs autorités diplomatiques³¹⁸⁴. Ce qui fait que le mariage d'un étranger, non célébré devant l'officier de l'état civil, n'est pas inexistant. Même si ce mariage n'a pas été célébré par une autorité publique de son pays, mais

³¹⁷⁷ M. Vidal, « L'inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., p. 416.

³¹⁷⁸ H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité*, (Dir M. Chartier), op. cit., p. 112. ; P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 37. .

³¹⁷⁹ H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité*, (Dir M. Chartier), op. cit., p. 118.

³¹⁸⁰ Mais ces auteurs estiment que la nullité du mariage homosexuel n'est pas virtuelle, car il y a des textes qui l'excluent. Ainsi les articles 212 à 226 C. civ. en ne parlant que du mariage entre « mari » et « femme », ont implicitement exclu la possibilité d'un mariage homosexuel. Il en est de même dans les articles 162 et 163 C. civ ; ces articles prohibent le mariage entre frère et sœur et pas entre frère et frère ou sœur et sœur. Ce qui exclut la possibilité d'un mariage homosexuel. L'article 75 C. civ. aussi parle du mari et de la femme. Mais cette interdiction, bien qu'approuvée par le Conseil constitutionnel en 2011, pose problème, dès lors que la France a ratifié la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne en 2009. Cette charte prohibe toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. C'est sans doute ce qui motive pour partie le législateur à ouvrir le mariage aux homosexuels (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., pp. 74).

³¹⁸¹ Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, Grands arrêts, n°32.

³¹⁸² Versailles, 27 mai 1999 : D. 1999. Somm. 374, obs. Lemouland ; TGI Paris, 24 fev. 1975 : D. 1975. 379, concl. Paire, note Massip. : Dans toutes ces décisions, la jurisprudence, contrairement à ce qu'affirment les classiques, ne sanctionne pas un mariage célébré par une personne qui n'a pas la compétence d'un officier d'état civil par l'inexistence, mais par la nullité absolue.

³¹⁸³ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 124.

³¹⁸⁴ Cf, article 171-1 C. civ.

par une autorité religieuse, ce mariage ne sera pas inexistant, mais nul³¹⁸⁵. Cette tolérance des mariages religieux faits par des étrangers se justifie par le fait que le mariage est lié au statut personnel, régi par la loi du pays des époux (article 3 C. civ.)³¹⁸⁶.

Mais pour les Français, le principe posé par Portalis reste valable, parce qu'un simple mariage religieux n'est pas que nul, mais inexistant³¹⁸⁷. Ce qui fait que le deuxième mariage de la même personne, avant la dissolution du premier ne serait pas polygame, car le premier mariage n'est pas nul mais inexistant³¹⁸⁸. Ce qui pousse à conclure qu'au regard du droit positif actuel, la distinction opérée par la doctrine classique n'est pas valable pour le mariage ; sauf dans la sanction des mariages des français, non célébrés devant l'officier de l'état civil. Quant à la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative, existe-elle dans la théorie des nullités du mariage que l'on va proposer maintenant ?

B. La proposition d'une distinction spécifique

Si plusieurs auteurs, sans écarter totalement une théorie générale des nullités, ont esquissé une distinction des nullités, spécifique au mariage (II), ils ne sont pas allés au bout de leur entreprise. Par conséquent dans ce travail, on a décidé de proposer une véritable distinction des nullités du mariage, fondée sur l'opposition entre la nullité-divorce et la nullité-dénonciation (II).

³¹⁸⁵ J. Mestre, « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *Rev. crit. DIP* 1977. 659 et s ; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^{ème} éd, op. cit., p. 398 et s.

³¹⁸⁶ *Idem*, p. 376.

³¹⁸⁷ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 133 ; Cass. Civ., 30 juill. 1900, *DP*. 1901, 1, 317, *S*. 1902, 1, 225, note A. Wahl.

³¹⁸⁸ Ainsi pour Planiol, en cas d'absence de célébration du mariage, « le prétendu mariage qui n'a reçu aucune célébration n'est qu'une union libre, qui n'empêche pas l'officier de l'état civil de marier l'un des concubins avec un tiers. Mais cela n'est vrai que quand il n'y a même pas d'apparence » (M. Planiol et G Ripert, *Traité de droit civil français*, loc. cit., tome VI, p. 366).

I. L'esquisse d'une distinction des nullités spécifique au mariage

784. **Pour voir une véritable nullité absolue dans le domaine du mariage, il à fallu attendre le droit canonique qui régissait le mariage dans l'ancienne France**³¹⁸⁹. – Mais si ce droit canonique admettait la nullité absolue, il ignorait la nullité relative dans le mariage³¹⁹⁰. En effet, selon Esmein, en droit canonique « Lorsque l'action était réservée aux époux, elle était ouverte à tous deux à la fois, alors même que la cause de nullité n'existait que par rapport à un seul d'entre eux, comme en cas [...] de violence ou d'erreur [...]le droit canonique ne connaissait pas en ce sens les nullités relatives[...]. »³¹⁹¹. Ce qui va influencer le droit français aussi qui a beaucoup de mal avec la nullité relative dans le mariage, car pour Berton, si « La division des nullités des actes juridiques en nullité absolue et nullité relative est fondamentale en droit français [...] elle ne s'adapte pas parfaitement à la matière du mariage [...] si la notion de nullité absolue apparaît bien nette, celle de nullité relative est moins claire »³¹⁹². Quant à G. Couturier, il n'a pas hésité à parler du « [...] caractère absolu reconnu à toutes les nullités des contrats de mariage »³¹⁹³.

785. **Pour expliquer cette spécificité du mariage, Pize a estimé que** « toutes les prescriptions législatives en matière de mariage sont d'ordre public. Leur inobservation blesse l'intérêt général »³¹⁹⁴. Sans aller aussi loin, en mettant en cause l'opposition entre la nullité absolue et relative, F. Terré et D. Fenouillet ont estimé que dans le mariage, la distinction entre les « [...]nullités relatives et[...]nullités absolues, sans être abandonnée, a été repensée, tandis que se développait une notion significative de l'ordre public matrimonial [...]»³¹⁹⁵.

³¹⁸⁹ H. Fontaine, *De ritu nuptiarum : droit romain ; ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, op. cit., p. 65.

³¹⁹⁰ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 35.

³¹⁹¹ *Idem*, p. 91. .

³¹⁹² *Ibid*, p. 64.

³¹⁹³ G. Couturier, *Confirmation des actes nuls*, Préf. J.Flour, op. cit., p. 161.

³¹⁹⁴ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 315. . Pour Japiot aussi, « Lorsque le contrat de mariage est nul pour par suite de cette circonstance que l'un des époux [...]a été victime d'une erreur, de violence ou d'un dol, la validité de l'acte n'est exclue que dans son intérêt privé ; à considérer le seul fondement de la nullité , on réserverait à cet époux le droit de crier[...]Au point de vue du crédit , ce serait désastreux : car ce n'est pas seulement l'autre époux qui a intérêt à connaître d'une manière précise les liens de droit qui l'unissent à son conjoint[...] ce sont surtout les tiers qui vont contracter avec les époux[...] » (Japiot, *Des nullités en matière juridique essai d'une théorie nouvelle*, Paris : Arthur rousseau éditeur, 1909, p. 573). Japiot Parle ici du contrat de mariage et non du mariage, mais on peut étendre au mariage les règles du contrat de mariage, puisque qu'ils sont soumis tous les deux au même régime de nullité (J. Revel, *Les régimes matrimoniaux*, 2ème éd, Paris : 2003, p. 70).

³¹⁹⁵ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8ème éd, op. cit., p. 120.

Donc il apparaît clairement ici que, même si plusieurs auteurs ont reconnu les limites de la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives dans le mariage, ils n'ont pas proposé une distinction originale pour ces nullités. Le but de ce travail, c'est justement d'aller plus loin que ces hésitations pour proposer une véritable des nullités, spécifique au mariage.

II. La proposition d'une distinction des nullités du mariage autour de la nullité-divorce et de la nullité renonciation

786. Pour trouver une distinction des nullités spécifique au mariage, il est nécessaire de remonter aux origines de l'action en nullité contre le mariage. – Pour H. Fontaine, il n'y avait pas d'action en nullité contre le mariage à Rome³¹⁹⁶. Les *Institutes* de *Gaius* et de *Justinien* semblent d'ailleurs corroborer cette affirmation³¹⁹⁷. Ce qui veut dire qu'à Rome, jusqu'au Bas-empire, la simple violation d'une règle de droit par le mariage le rendait inefficace, indépendamment de toute intervention du juge. Par conséquent, toutes les recherches qui ont été menées sur l'action en nullité contre le mariage ont montré qu'il « n'existe pas [...] une formule d'action au moyen de laquelle le demandeur cherche à obtenir du juge, l'annulation d'un mariage »³¹⁹⁸ à Rome.

787. Cependant, s'il n'existait pas d'action en nullité contre le mariage à Rome, il existait, des actions afflictives et infamantes³¹⁹⁹, contre les mariages conclus à la suite d'un rapt³²⁰⁰, mais aussi contre les mariages incestueux³²⁰¹. – Il en était de même si une affranchie se mariait avec un sénateur, en lui cachant ses origines ; ce mariage était nul³²⁰² mais sanctionné au moyen d'une action pénale par le bannissement de l'affranchie hors de Rome³²⁰³. On pouvait aller encore plus loin, en condamnant à mort ce lui qui se mariait avec

³¹⁹⁶ H. Fontaine, *De ritu nuptiarum* : droit romain ; ancien droit et droit civil des nullités de mariage, *op. cit.*, p. 45.

³¹⁹⁷ *Idem*

³¹⁹⁸ *Ibid*

³¹⁹⁹ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 15, 16; H. Fontaine, *De ritu nuptiarum: droit romain ; Ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, *op. cit.*, p. 45.

³²⁰⁰ H. Fontaine, *De ritu nuptiarum* : droit romain ; ancien droit et droit civil des nullités de mariage, *op. cit.*, p. 47.

³²⁰¹ *Idem*

³²⁰² Paul, D. 23, 2, 16.

³²⁰³ Callistrate, D. 23, 2, 64.

une religieuse³²⁰⁴. Quant au tuteur, s'il donnait sa pupille en mariage à son fils, on admettait une action pénale contre lui³²⁰⁵.

Comme on vient de le voir, toutes ces actions n'étaient pas des actions en nullité, car elles visaient à sanctionner les époux, mais pas l'acte vicié qui était nul sans l'intervention du juge. Mais un passage de *Paul* tendrait à nuancer cette affirmation, car en cas de nullité du mariage, il admettait une action en restitution de la dot³²⁰⁶. Cette action n'étant pas pénale, elle était proche de la *restitutio in integrum* en droit des contrats. En effet, comme elle, elle visait les effets de l'acte et non l'acte lui-même. Papinien appelait cette action, « l'action dotale »³²⁰⁷. Mais comme la *restitutio in integrum*, cette action dotale n'était pas une véritable action en nullité.

788. Toutefois malgré cette absence d'action en nullité dans le droit romain, l'action en nullité reste toujours nécessaire en droit français. – En effet, ce droit a été plus influencé par le droit canonique, en ce qui concerne la nullité du mariage, que par le droit romain. Or dans ce droit canonique, dès le IV^{ème} concile de Latran en 1215 qui disait que le mariage contracté en deçà du 4^{ème} degré canonique n'a pas « le nom et la valeur du mariage »³²⁰⁸, l'action en nullité existait déjà en germe. Pour attaquer un tel mariage, certes il n'y avait pas d'action en nullité, mais on pouvait informer l'évêque de l'existence de ce type de mariage. Cet acte d'information s'appelait la « *denunciatio evangelica* »³²⁰⁹. Une fois que l'évêque informé, il pouvait ordonner aux époux de se séparer, sous peine d'excommunication ou de pénitence. Si les époux se séparaient, ils étaient réadmis dans l'Eglise³²¹⁰. Cette *accusatio, denunciatio, inquisitio matrimonii* s'est transformée en action en nullité au XVI^{ème} siècle avec le concile de Trente qui exigeait la célébration publique des mariages³²¹¹. Cette action visait à faire prononcer par les officialités qu'il n'y a pas eu célébration publique³²¹².

789. C'est de là que l'action en nullité contre le mariage est née. – C'est pour cette raison que tout le monde pouvait invoquer cette action dans le droit canonique³²¹³. Cependant,

³²⁰⁴ C. J. 1, 3, 5.

³²⁰⁵ Paul, D. 23, 2, 66.

³²⁰⁶ Paul, D. 23, 2, 7.

³²⁰⁷ Papinien, D. 23, 2, 61.

³²⁰⁸ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 17.

³²⁰⁹ *Idem*, p. 16.

³²¹⁰ *Ibid*, p. 17.

³²¹¹ *Ibid*, p. 19.

³²¹² *Ibid*, p. 18.

³²¹³ Cf. *Supra*, n° 784.

en 1917, lors de la rédaction du code canonique, le canon 1971 § 2 a limité la possibilité des tiers d'invoquer la nullité du mariage³²¹⁴. Depuis ce canon, chaque tiers peut dénoncer le vice du mariage à une sorte de procureur, mais ce dernier reste libre d'agir en nullité ou pas³²¹⁵. Mais avant cette réforme, les tiers pouvaient toujours invoquer la nullité du mariage. Les époux aussi pouvaient invoquer cette nullité. C'était d'ailleurs le seul moyen pour eux de rompre le mariage, sous l'ancien droit, car le divorce était prohibé. C'est pour cette raison que la nullité et le *divortium* étaient devenus synonymes à l'époque³²¹⁶.

790. On voit clairement que dans l'ancien droit, la nullité avait deux fonctions : elle était non seulement un moyen donné aux tiers pour pousser les époux à se séparer, mais c'était aussi un outil utilisé par ces époux pour divorcer. C'est pour cette raison que la nullité s'appelait, à l'époque, *divortium*³²¹⁷. Une étude approfondie des nullités dans le Code civil a montré que le législateur a, de façon plus ou moins consciente, reproduit ces deux fonctions de la nullité du mariage dans deux types de nullités.

Ainsi, dans le Code civil, la violation de certaines règles permet aux tiers d'obtenir du juge la séparation juridique des époux, contre leur volonté : il s'agit de la nullité-dénonciation dans notre théorie. La violation d'autres règles laisse aux époux la liberté de demander la nullité ou pas : il s'agit de la nullité-divorce. Donc on peut dire qu'en ce qui concerne les nullités-dénonciation, il y a les nullités prévues dans les articles 184 et 191 C. civ.. En ce qui concerne les nullités-divorce, on peut citer celles prévues dans les articles 180, 181, 182 et 183 C. civ..

Toutefois cette opposition entre ces deux types de nullités ne recoupe pas l'opposition entre les nullités sanctionnant l'intérêt général et celles sanctionnant l'intérêt particulier. En effet, parmi les nullités-dénonciation, proches de la sanction de la violation des règles d'intérêt général, on peut citer celles sanctionnant l'incapacité due à la folie³²¹⁸, puisque l'article 184 C. civ. vise aussi l'incapacité d'intérêt privé³²¹⁹.

³²¹⁴ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 136.

³²¹⁵ *Idem*, p. 135.

³²¹⁶ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 132.

³²¹⁷ *Idem*.

³²¹⁸ En ce sens, cf article 414-1 C. civ.

³²¹⁹ La particularité de cette sanction de la folie dans le mariage par rapport au droit des contrats, est due à l'influence du droit romain, car dans ce droit, Paul soutenait que « La folie est un obstacle au mariage » Traduction : « *Furor contrahi matrimonium* » (Paul, 16, § 2, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).. Mais si le malade mental a un régime de protection comme la curatelle ou la tutelle, son mariage sera soumis à l'article 460 C. civ., et sa nullité sera soumise aux articles 180 et 182 C. civ., par l'intermédiaire de l'article 465 C. civ. Toutefois ceux qui n'ont pas de régime de protection, verront leur mariage annulé sur le fondement des principes

791. Donc le critère de distinction entre la nullité de renonciation et la nullité-divorce, c'est n'est pas l'intérêt protégé par la règle violée, mais le degré de liberté laissé aux époux dans l'exercice de l'action en nullité. – Si la règle violée, lors de la formation du mariage, permet à tout le monde de demander aux époux de se séparer contre leur volonté, il s'agira d'une nullité-dénonciation. Si cette violation laisse aux époux la liberté d'invoquer la nullité ou pas, il s'agira d'une nullité-divorce, car comme le divorce, un tiers ne peut pas l'invoquer en forçant les époux à se séparer.

Donc on peut garder la distinction entre la nullité-dénonciation et la nullité-divorce dans le mariage. Le critère de cette distinction, c'est la liberté laissée à l'époux par la règle violée par le mariage. Cette distinction est d'autant plus pertinente qu'elle explique parfaitement le régime des nullités du mariage.

§ 2. La spécificité apparaissant dans les conséquences de la distinction des nullités du mariage

La spécificité des conséquences de la distinction des nullités du mariage apparaît aussi bien dans le régime de l'action en nullité (A), que dans les conséquences de son exercice (B).

A. La spécificité du régime de l'action en nullité contre le mariage

En cas de nullité du mariage, une action est toujours nécessaire, même en cas d'inexistence. Mais l'exercice de cette action (II) et ses conditions de disparition sont soumis à un régime spécifique au mariage(II).

posés dans l'article 184 C. civ. nouv et non de l'article 414-2 C. civ. nouv (Civ. 1^{ère}, 29 janv. 1968, *JCP* 1968, II, 15442 ; voir aussi M. Vidal, « L'inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., p. 405).

I. La spécificité des conditions d'exercice de l'action en nullité contre le mariage

792. Dans le droit du mariage, il y a des cas où l'intérêt général est atteint, sans que la nullité ne puisse être invoquée par tous les intéressés. – Ainsi, la Polygamie porte atteinte à l'intérêt général (article 184 C. civ.), puisque c'est une infraction pénale. Cependant, malgré cet intérêt général, la nullité résultant du double mariage, dû à l'absence, ne pouvait être invoquée que par l'absent. En effet, selon l'article 139 C. civ. anc, « L'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer le mariage par lui-même [...] »³²²⁰. Même si cet article a été abrogé, cela montre que l'intérêt général ne permet pas toujours d'étendre les titulaires de l'action en nullité contre le mariage.

793. Il peut même arriver que l'intérêt général ne soit pas atteint directement, mais que l'action en nullité soit ouverte à plusieurs personnes. – Ainsi, la nullité pour absence de consentement peut être invoquée par les deux parties et par les tiers (184 C. civ.)³²²¹. Cela est dû au fait que le mariage n'est pas un acte comme les autres, dans la mesure où il institutionnalise la première structure de la société qu'est la famille, la société a un intérêt évident à la régularité de sa formation³²²². Dans les contrats en général, si le consentement d'une des parties est vicié par l'erreur ou par la violence, cette partie est libre d'invoquer ce vice ou pas, selon son intérêt au maintien du contrat. Dans le mariage, on ne laisse pas cette liberté aux parties en cas de vice du consentement. En effet, l'article 180 C. civ., surtout depuis la réforme introduite par la loi du 4 avril 2006, donne au procureur de la république le pouvoir d'invoquer une nullité pour vice du consentement³²²³. Un tel principe contredit frontalement les deux théories générales des nullités, puisqu'il permet à un tiers d'invoquer une nullité qui est instituée dans l'intérêt d'une seule partie.

794. Cependant, Japiot était lui-même conscient de cette limite d'une théorie générale dans la détermination des titulaires du droit de critique dans le mariage. – En effet, pour lui, « Lorsque le contrat de mariage est nul pour par suite de cette circonstance que l'un des époux [...] a été victime d'une erreur, de violence ou d'un dol, la validité de l'acte n'est exclue que dans son intérêt privé ; à considérer le seul fondement de la nullité, on réserverait à cet

³²²⁰ A. Ducamp, *Des conditions requises pour le mariage en droit romain, Des nullités de mariage en droit français*, Poitiers : Imprimerie de Oudin frères, 1879, p. 181.

³²²¹ E. T. de Dreffeillac, *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, op. cit., p. 221.

³²²² Ainsi pour Portalis, « le public est donc toujours partie dans les questions de mariage [...] » (J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 34).

³²²³ D. Fenouillet, *Droit de la famille*, op. cit., p. 77.

époux le droit de critique[...]Au point de vue du crédit, ce serait désastreux : car ce n'est pas seulement l'autre époux qui a intérêt à connaître d'une manière précise les liens de droit qui l'unissent à son conjoint[...] ce sont surtout les tiers qui vont contracter avec les époux[...] »³²²⁴. Pourquoi Japiot, qui est le précurseur de la théorie moderne, admet-il une entorse aussi importante à cette théorie ? S'inspirant de Laurent, il a estimé qu'il ne faut pas hésiter « en l'absence de texte spécial impératif, à faire prévaloir les principes propres à cet acte sur la règle ordinaire de l'article 1125 »³²²⁵.

795. En effet, la possibilité offerte à certains tiers d'invoquer les nullités qui se trouvent dans les articles 184 et 191 C. civ. confirme notre théorie, car il s'agit bien des nullités-dénonciation dans ces cas. – Mais cette possibilité devient problématique dans les nullités prévues dans les articles 180 et 182 C. civ., car ce sont des nullités-divorce. Notre distinction des nullités est fondée sur le postulat suivant : en ce qui concerne les nullités-divorce, prévues dans les articles 180 et 182 C. civ., elles ne peuvent pas être imposées aux époux par les tiers, parce que, contrairement aux nullités-dénonciation prévues dans les articles 184 et 191 C. civ. et dont l'exercice peut être imposé aux époux par les tiers, elles sont fondées sur la liberté laissée à ces époux.

Or ici, aussi bien la nullité-divorce, prévue dans l'article 180 que celle prévue dans l'article 182, peut être invoquée par les tiers. Ce qui peut mettre en cause la distinction entre les nullités-divorce et les nullités-dénonciation, parce que le tiers peut invoquer cette nullité-divorce en l'imposant aux époux, alors que cette nullité est censée être à la discrétion de ces époux, selon le critère de liberté choisi ici. Toutefois cette anomalie du critère de liberté est plus apparente que réelle. En effet, même si les tiers peuvent invoquer ces nullités-divorce, les époux gardent toujours leur liberté.

796. En ce qui concerne la possibilité offerte au procureur d'invoquer la nullité-divorce pour sanctionner les vices du consentement, même si elle a été critiquée par F. Terré et D. Fenouillet qui ont parlé d'une « [...] intrusion du ministère public dans ce qui [...] ne le regardait pas »³²²⁶, elle ne porte pas atteinte à la liberté des époux d'invoquer ou pas

³²²⁴ Japiot Parle ici du contrat de mariage et non du mariage, mais on peut étendre au mariage les règles du contrat de mariage, puisque qu'ils sont soumis tous les deux au même régime de nullité (R. Japiot, *Des nullités en matière juridique essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 573 ; voir aussi J. Revel, Les régimes matrimoniaux, 2ème éd, Paris : 2003, p. 70).

³²²⁵ R. Japiot, *Des nullités en matière juridique essai d'une théorie nouvelle*, Paris : Arthur rousseau éditeur, 1909, p. 576.

³²²⁶ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8ème éd, op. cit., p. 120.

la nullité-divorce. Cette liberté réside dans le pouvoir des époux d'interdire au procureur d'agir en nullité. Cette interdiction se fera par la confirmation faite par ces époux. On sait par exemple que la nullité sanctionnant l'absence de consentement des parents peut être invoquée par eux et par le mineur, mais si les parents confirment cette nullité, le mineur ne peut plus l'invoquer³²²⁷. Or en cas de vice du consentement, les poux aussi peuvent confirmer le mariage selon les articles 1338 et 183 C. civ. Donc si les époux confirment ce mariage, ce sera comme la confirmation des parents par rapport au mineur, le procureur ne pourra plus agir. Le but de l'intervention du procureur, c'est de s'assurer que les époux ont donné un consentement éclairé au mariage. Or en confirmant, on peut dire que les époux ont apporté, au mariage vicié, un consentement éclairé. Ce qui rend l'action du procureur sans objet. Même si cette conclusion fait encore débat chez plusieurs auteurs³²²⁸, nous pensons qu'elle est juste, sinon on risque d'exclure la confirmation des nullités sanctionnant les vices du consentement, alors que l'article 183 C. civ. permet cette confirmation.

797. En ce qui concerne la possibilité pour les parents d'invoquer la nullités-divorce sanctionnant leur absence de leur consentement dans l'article 182 C. civ., elle aussi ne met pas en cause la liberté du mineur d'invoquer la nullité-divorce. – Si les parents ont leur mot à dire sur le mariage du mineur, en donnant leur consentement, c'est parce qu'il n'est pas assez mur pour pouvoir exercer lui-même sa liberté (article 371-1 C. civ.). Aussi, F. Terré et D. Fenouillet ont estimé que « [...] la nécessité d'une autorisation familiale se justifie, avant tout, par l'intérêt même du mineur dont on présume que la volonté[...] »³²²⁹ ne peut s'exprimer à cet âge. Mais quand le mineur sera mur pour exercer sa liberté sans risque pour lui, c'est-à-dire selon l'article 183 C. civ. quand il aura « [...] atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage », on peut le laisser exercer cette liberté seul. Ainsi, le mineur dont le mariage n'a pas été approuvé par ses parents, peut interdire à ses derniers de demander la nullité de ce mariage à sa majorité, en confirmant ce mariage, comme le permet l'article 1309 C. civ. pour les contrats en général.

Donc ici aussi, la possibilité pour les parents d'invoquer la nullité du mariage ne met pas en cause la liberté de l'époux, parce que dès qu'il peut exercer cette liberté sans risque pour lui, il

³²²⁷ Cf. *Supra*, n° 359.

³²²⁸ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., pp. 122 et 121.

³²²⁹ *Idem*, p. 121.

pourrait interdire à ses parents d'invoquer la nullité-divorce en la confirmant³²³⁰. Ce qui prouve que dans la nullité-divorce, les époux peuvent faire disparaître l'action en nullité. D'où la nécessité d'étudier maintenant en détail ces mécanismes de disparition de cette action en nullité.

II. La spécificité des conditions de disparition de l'action en nullité contre le mariage

Aussi bien dans la confirmation (1) que dans la prescription (2), les spécificités de la nullité du mariage sont évidentes.

1. La spécificité de la confirmation de la nullité du mariage

798. **En général, depuis Rome la confirmation du mariage invalide est largement admise en ce qui concernent les nullités d'intérêt privé³²³¹.** – Mais dans les deux théories générales actuelles, cette confirmation est très limitée pour la nullité absolue ou l'inexistence³²³². Dans la théorie spécifique au mariage, la confirmation est beaucoup plus ouverte, car même si la règle violée protège l'intérêt général, on peut y renoncer. C'est pour cette raison que F. Terré et D. Fenouillet ont estimé, en ce qui concerne la confirmation, que les nullités absolues du mariage connaissent des « [...] dérogations au droit commun des nullités absolues »³²³³.

Ainsi, si le mariage des personnes impubères est prohibé par l'article 144 C. civ., c'est parce que depuis le droit romain du fait de leur jeunesse, on a considéré qu'elles ont plus besoin d'une protection que d'un conjoint³²³⁴. Ce principe vise l'intérêt général. Aussi, la nullité sanctionnant son non-respect ne se prescrit que trente ans après (article 184 C. civ.). Or malgré cet intérêt général, l'article 185 C. civ. anc, n'excluait pas la consolidation, par la

³²³⁰ Cf. *Infra*, n° 801: Dans certains cas, des nullités dénonciation sanctionnant la polygamie peuvent être confirmées, mais cette confirmation ne dépend pas que de l'unique volonté des époux ; il faut que des conditions extérieures soient remplies, qui ne dépendent pas que d'eux.

³²³¹ Julien, D. 23, 2, 18.

³²³² Cf. *Supra*, n° 329 et s.

³²³³ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 127.

³²³⁴ Pomponius, D. 23, 2, 4.

cohabitation de six mois depuis l'âge requis, d'un tel mariage³²³⁵. Tout en sachant que ce délai n'est pas une prescription mais une confirmation³²³⁶, car comme l'a montré Ameline, il s'agit bien ici d'une « ratification tacite : la cohabitation continuée pendant six mois »³²³⁷. Ce qui prouve qu'en ce qui concerne le mariage contracté en dessous de l'âge de quinze ans (dix-huit ans depuis 2006) pour une fille, bien que normalement sanctionné par « [...] la nullité absolue, irréparable en principe par conséquent [...] l'article 185 déroge à cette règle en permettant la ratification dans certaines circonstances »³²³⁸.

799. Donc une nullité sanctionnant une règle d'intérêt général peut être confirmée ici. – D'où une mise en cause ici des principes généraux de la confirmation. C'est au demeurant pour cela que Pize a tenu à préciser que « l'article 185 est une hypothèse exceptionnelle, relative au mariage, contrat touchant à l'état des personnes, et pour lequel la loi a établi, comme nous le verrons, un système spécial et complet des nullités »³²³⁹. C'est donc la spécificité du mariage qui justifie cette entorse à l'interdiction de consolider une nullité qui porte atteinte à l'intérêt général. Néanmoins malgré cette spécificité du mariage, cette dérogation est une porte ouverte aux mariages forcés des adolescents. En effet, elle permet de valider des pratiques qui heurtent fortement la conscience sociale. Aussi, le législateur est intervenu, dans la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007, pour abroger cet article³²⁴⁰. Mais malgré cette abrogation, qui limite la possibilité de confirmer les mariages qui heurtent les valeurs supérieures de la société, on trouve chez des auteurs, antérieurs à cette réforme, des confirmations encore plus graves que celle qui a été abrogée en 2007.

800. Ainsi, certains auteurs ont estimé que même un mariage nul pour inceste pourrait se consolider si le lien de parenté n'est pas de degré très proche (cf. article 163 C. civ.). – Cette consolidation se manifestant par l'obtention d'une dispense au sens de

³²³⁵ Code civil des français, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806.

³²³⁶ Pour Portalis, en parlant des six mois, si « on donne un délai de six mois, parce que toutes les fois que la loi donne une action, elle doit laisser un temps utile pour l'exercer » (E. T. de Dreffeillac, *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, op. cit., p. 239).; Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. 47.

³²³⁷ E. Ameline, *Etude sur les nullités du mariage et les conditions essentielles à sa validité en droit romain, dans notre ancienne législation et d'après le code Napoléon*, op. cit., p. 374.

³²³⁸ H. Fontaine, *De ritu nuptiarum* : droit romain ; ancien droit et droit civil des nullités de mariage, op. cit., p. 137.

³²³⁹ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 274.

³²⁴⁰ Cette abrogation pourrait s'expliquer par le fait le législateur voulait préparer la ratification de la convention de New York de 1962, relative à l'âge minimum au mariage. Après cette abrogation, un véritable âge minimum du mariage existe dans le droit français, car on ne peut pas contourner cet âge par une consolidation du mariage a posteriori. Ce qui permet la ratification de cette convention en 2010. (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 78).

l'article 164 C. civ.³²⁴¹. Mais cette position extrême a été rejetée par une bonne partie de la doctrine³²⁴². En effet, ces auteurs, cette dispense ne peut pas couvrir l'inceste³²⁴³. Ce qui ne veut pas dire que ces auteurs rejettent l'idée d'une possibilité de confirmer les nullités absolues dans le mariage.

801. C'est ainsi que Fontaine a montré que conformément à l'article 189 C. civ., le mariage polygame pourrait se consolider après la nullité du premier mariage. – En effet, pour elle, « La demande en nullité fondée sur la bigamie, peut être combattue [...] par une fin de non-recevoir tirée de la nullité du premier mariage »³²⁴⁴. Ce qui permet de confirmer ou de régulariser un mariage qui porte atteinte à une disposition pénale, car la polygamie est sanctionnée pénalement par l'article 433-2 du code pénal³²⁴⁵. Ce qui montre que dans le mariage, l'intérêt général n'est pas toujours un obstacle à la consolidation, puisque même l'article 189 C. civ. admet cette solution en disposant que « Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement »³²⁴⁶.

802. De même on a estimé qu'un mariage dont les conditions de célébration sont irrégulières, bien que sanctionné par une nullité d'intérêt général par l'article 191 C. civ., pourrait être consolidé par la possession d'état³²⁴⁷. – En effet, pour Fontaine, « un époux contre lequel l'autre réclame la nullité [...] peut repousser la demande par la fin de non-recevoir basée sur ce que les vices de l'acte de célébration sont couverts par la possession d'état d'époux légitime »³²⁴⁸. Cette affirmation est tout à fait conforme à l'article

³²⁴¹ Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 285 ; Voir aussi : F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 123.

³²⁴² H. Fontaine, *De ritu nuptiarum : droit romain ; ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, op. cit., p. 138.

³²⁴³ E. T. de Dreffeillac, *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, op. cit., p. 243.

³²⁴⁴ *Idem*, p. 243.

³²⁴⁵ Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, op. cit., p. 53.

³²⁴⁶ Certes ici la confirmation donne aux époux la liberté de disposer d'une nullité dénonciation, ce qui peut contre notre théorie qui soutient que les nullités dénonciation échappent à la volonté des époux. Mais cette liberté est plus apparente ici que réelle, car en cas de polygamie, si la nullité du premier mariage peut confirmer le second, cette confirmation ne dépend pas que de la liberté des époux. Pour annuler le premier mariage, encore faudrait-il qu'il soit vicié. Or l'existence de ce vice du premier mariage ne dépend pas de la volonté actuelle des époux ; c'est un fait objectif qui s'impose à eux. C'est pour cela que cette confirmation n'est pas une preuve de la liberté des époux de disposer d'une nullité dénonciation.

³²⁴⁷ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 127.

³²⁴⁸ H. Fontaine, *De ritu nuptiarum : droit romain ; ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, op. cit., p. 138.

196 C. civ. qui dispose que « Lorsqu'il y a possession d'état[...]les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte.»³²⁴⁹.

803. Donc il apparaît que toutes ces nullités, bien qu'étant d'intérêt général, sont confirmables ou régularisables selon les termes choisis. – Ce qui tranche avec les solutions proposées par la doctrine dans les théories générales des nullités³²⁵⁰. Pour tenir compte de cette spécificité, il est nécessaire de construire une théorie qui est spécifique au mariage. En effet, comme l'a montré Pize, qui est pourtant partisan des théories générales³²⁵¹, « les règles relatives à la confirmation des contrats ordinaires, règles contenues dans les articles 1338 et suivants, ne reçoivent pas leur application en matière de mariage »³²⁵². Ce qui s'est illustré tout au long de ce paragraphe où on a montré que si la nullité absolue des contrats ordinaires n'est pas confirmable³²⁵³, « en matière de nullité absolue de mariage, il en est cependant différemment, et la loi, dans l'intérêt de la stabilité des mariages, admet un grand nombre de faits confirmatifs ayant pour conséquence la régularisation du mariage nul »³²⁵⁴. Toutefois, certaines nullités-dénonciation, comme celles sanctionnant l'inceste ou l'absence de majorité, ne peuvent pas être confirmées. Mais malgré cette interdiction, la distinction entre la nullité-dénonciation et la nullité-divorce ne joue pas beaucoup dans la confirmation, car la confirmation est largement ouverte à toutes les nullités. Cependant, en ce qui concerne la prescription, cette distinction va rejouer tout son rôle.

2. La spécificité de la prescription de l'action en nullité contre le mariage

804. Même s'il n'y avait pas d'action en nullité à Rome, l'action, qui permettant de récupérer la femme en cas de rapt, se prescrivait par un an³²⁵⁵. – Ce délai est passé à cinq

³²⁴⁹ E. T. de Dreffeillac, *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, op. cit., p. 244. Mais pour certains auteurs, cette confirmation concerne la preuve de l'acte de mariage et non le mariage lui-même. Mais la jurisprudence a estimé que c'est le mariage mal célébré qui est réparé par la possession d'état et non l'acte de mariage seulement. (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., pp. 99 et 128).

³²⁵⁰ Cf. *Supra*, n° 329 et s.

³²⁵¹ Cf. *Supra*, n° 516.

³²⁵² J. Pize. *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 316.

³²⁵³ Cf. *Supra*, n° 344.

³²⁵⁴ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 187; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 316.

³²⁵⁵ E. T. de Dreffeillac, *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, op. cit., p. 100.

ans dans le décret de Gratien³²⁵⁶. Mais quand l'action en nullité est née en droit canonique, elle est devenue imprescriptible du vivant des époux³²⁵⁷. Toutefois cette imprescriptibilité était tempérée par le fait que, si les époux vivent longtemps ensemble, on considérerait souvent que cette durée avait confirmé ce mariage. C'est pour cette raison que D'Aguesseau s'est demandé, « Pourquoi sera-t-il permis à un mari de demander, après dix-huit années la dissolution d'un engagement qu'il a contracté face à l'église, qu'il a confirmé par son action, par sa conduite[...] »³²⁵⁸.

Au moment du vote du Code civil, on n'a rien dit sur la prescription de la nullité du mariage ; le code ne parlait que des délais de six mois de cohabitation³²⁵⁹. Or ces délais n'ont pas été considérés comme des prescriptions, mais comme des présomptions de confirmation³²⁶⁰. Par conséquent la doctrine a soutenu que le Code civil a repris le droit canonique, en rejetant toute prescription de l'action en nullité contre le mariage³²⁶¹.

805. Ainsi, pour parvenir à rendre la nullité du mariage imprescriptible³²⁶², la doctrine a assimilé l'action en nullité à une action d'état en disant que « La prescription ne fonctionne pas en notre matière. Elle ne peut jamais, à notre avis, être opposée comme fin de non-recevoir à l'action en annulation dirigée contre un mariage annulable. L'état des personnes est imprescriptible [...] »³²⁶³. Cette idée fut partagée par une bonne partie de la

³²⁵⁶ *Idem*, p. 98.

³²⁵⁷ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 169.

³²⁵⁸ J-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, op. cit., p. 325.

³²⁵⁹ A. Ducamp, *Des conditions requises pour le mariage en droit romain, Des nullités de mariage en droit français*, op. cit., p. 189. Toute fois sur la prescription du mariage, Bonaparte a estimé « qu'il serait trop dur de donner à ces sortes de nullités une durée indéfinie ; qu'il faut les circonscrire dans un délai déterminé ». (Cf. annexe, Doc N°II).

³²⁶⁰ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 151 et s ; E. Ameline, *Etude sur les nullités du mariage et les conditions essentielles à sa validité en droit romain, dans notre ancienne législation et d'après le code Napoléon*, op. cit., p. 374 ; D. Y. Vilotitch, *De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit français et dans les principales législations étrangères*, op. cit., p. 88.

³²⁶¹ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., pp. 169, 170 ; E. T. de Dreffeillac, *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, op. cit., pp. 243, 237 ; G. Durry, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, op. cit., tome XIV, p. 623.

³²⁶² Ainsi pour Ph. Malaurie et L. Aynès, « la nationalité, la filiation, le mariage et le sexe » font partie de l'état (Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les personnes et les incapacités*, op. cit., p. 24).

³²⁶³ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 316 ; C'est pour cela que pour Ameline, c'est du « mariage[...] » que découlent toutes les questions d'état ; par conséquent celles qui se rattachent [...] à sa nullité sont également des questions d'état » (E. Ameline, *Etude sur les nullités du mariage et les conditions essentielles à sa validité en droit romain, dans notre ancienne législation et d'après le code Napoléon*, op. cit., pp. 373, 374).

doctrine, pour qui l'action en nullité du mariage n'est pas soumise à la prescription. Mais même si Aubry et Rau semblaient partager cette idée, pour eux, si aucune action en nullité du mariage n'est soumise à l'article 1304 C. civ.³²⁶⁴, toute action en nullité reste cependant soumise à l'article 2262 C. civ. anc.³²⁶⁵. Comme Aubry et Rau, Zachariae et Marcadé eux aussi ont opté, non pour l'imprescriptibilité de l'action en nullité du mariage, mais pour la soumission de toutes les actions en nullité contre le mariage, qu'elles fussent absolues ou relatives, à l'article 2262 C. civ. anc.³²⁶⁶.

806. Si on suit le raisonnement de ces auteurs, on serait tenté de dire qu'en ce qui concerne le mariage, il n'y a aucune différence entre les nullités, car elles sont toutes soumises à la même prescription. – Ce qui montre ici aussi la spécificité de la nullité du mariage par rapport à la théorie générale des nullités. Si on ne construit pas une théorie spécifique au mariage, on ne pourra pas rendre compte de cette spécificité. Cependant, cette spécificité a été tempérée par Demolombe, car pour lui, la nullité relative du mariage reste soumise à l'article 1304 C. civ.³²⁶⁷.

807. Pour mettre un terme à cette querelle doctrinale, le législateur est intervenu en 2008 pour dire dans l'article 181 C. civ., que la nullité qui sanctionne les vices du consentement est soumise à la prescription des cinq ans³²⁶⁸. – Ce qui semble donner raison à Demolombe. Mais ce délai n'est pas le même que celui de l'article 1304 C. civ., parce qu'il ne court pas à partir de la découverte du vice, mais à partir de la conclusion du mariage. Pour les autres nullités du mariage, ce délai a été porté à trente ans (articles 184 et 191 C. civ.). Tout en sachant que pour les contrats, le délai est de cinq ans pour tous les types de nullité³²⁶⁹.

D'où la spécificité de la prescription de la nullité du mariage qui met en valeur non la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative, mais la distinction entre les nullités-divorce et les nullités-dénonciation. Si les nullités-divorce se prescrivent en cinq ans, selon les articles 181 et 183 C. civ., les nullités-dénonciation elles, elles se prescrivent en trente ans

³²⁶⁴ Pour Aubry et Rau « la prescription de l'art. 1304 ne concerne que les actions en nullité relatives au patrimoine ; elle est étrangère aux actions en nullité dirigées contre [...]un mariage[...] » (C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, op. cit., tome IV, p. 275).

³²⁶⁵ Aubry et Rau, op. cit., tome V, p. 71.

³²⁶⁶ E. Ameline, *Etude sur les nullités du mariage et les conditions essentielles à sa validité en droit romain, dans notre ancienne législation et d'après le code Napoléon*, op. cit., p. 276.

³²⁶⁷ C. Demolombe, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, op. cit., p. 371 ; Voir aussi : Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1958 : JCP 1959. II. 10949, note Esmein.

³²⁶⁸ A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandière, op. cit., p. 179.

³²⁶⁹ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 122.

³²⁶⁹ Cf. *Supra*, n° 370.

selon les articles 184 et 191 C. civ.. Cette spécificité apparaîtra aussi dans les effets de la nullité du mariage qui ne tient pas compte de la distinction entre la nullité-divorce et la nullité-dénonciation, car en général, la distinction des nullités ne joue pas un rôle très important dans leurs effets.

B. La spécificité des effets de l'exercice de l'action en nullité

Contrairement à ce qu'on pense souvent, la nullité du mariage est rétroactive³²⁷⁰ (I), mais cette rétroactivité est limitée par le mariage putatif (II).

I. La rétroactivité de la nullité du mariage

808. Normalement, en cas de nullité du mariage, les époux sont censés ne s'être jamais pris pour mari et femme. – Ainsi, si un époux A se marie avec une épouse B le 1^{er} mars, il peut aussi, sans avoir mis un terme au préalable au mariage contracté le 1^{er} mars, se remarier avec une épouse C le 1^{er} avril. Ce qui fait du mariage du 1^{er} avril, un mariage polygame. S'il obtient la nullité du mariage AB le 1^{er} mai, le mariage AC ne sera pas annulé pour polygamie (article 189 C. civ.). Ce qui prouve bien que la nullité a rétroagi ici, car le 1^{er} avril, A était déjà marié à B quand il s'est marié avec C, or la situation de polygamie s'apprécie au jour du mariage (article 147 C. civ.). Si le mariage avec C est devenu valable, c'est parce que la nullité du mariage entre A et B a rétroagi.

On rencontrait la même situation à l'époque où l'adultère était un délit, sanctionnant les liaisons extraconjugales, pendant le mariage. Si le mariage était annulé, toutes les liaisons extraconjugales cessaient d'être des délits, parce que le mariage a rétroactivement disparu³²⁷¹. Dans tous ces cas, on montre que la nullité du mariage est rétroactive. Mais dans certains cas, cette rétroactivité peut être limitée.

³²⁷⁰ C'est pour cela que ces auteurs se sont demandés « [...]si un renversement dialectique ne s'est pas opéré. Il en résulterait que l'effet immédiat [...] de l'annulation serait devenu le principe et la rétroactivité l'exception » (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 130).

³²⁷¹ E. Hartemann, *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, op. cit., p. 328.

II. La limitation de la rétroactivité de la nullité du mariage

809. **La rétroactivité de la nullité du mariage peut avoir des conséquences sur la filiation des enfants, mais aussi sur la situation, tant personnelle que patrimoniale, des époux.** – De telles conséquences risquent d’être injustes pour les enfants qui deviennent naturels quand cette catégorie existait³²⁷², mais aussi pour l’époux le plus faible qui pourrait perdre tous les bénéfices de l’acquêt dans le cadre du régime communautaire ou des prestations résultant de la rupture du mariage. C’est contre de telles injustices que le mariage putatif a été instauré³²⁷³. Cette idée consiste à dire que si le mariage est annulé, ses effets passés seront maintenus pour les enfants, et pour les époux de bonne foi. Ce qui permettra à ce mariage annulé de produire les effets d’un mariage rompu par un divorce.

810. **Déjà dans le droit romain, même si on admettait la rétroactivité de la nullité du mariage, on admettait aussi des limitations à cette rétroactivité en se fondant sur la bonne foi**³²⁷⁴. – Ce qui ne veut pas dire que le mariage putatif était admis à Rome de façon générale³²⁷⁵. Ainsi, *Gaius* a rapporté le cas d’un romain qui a épousé par erreur une *pérégrine*. Normalement un tel mariage ne peut pas produire les effets de *justae nuptiae*³²⁷⁶. Cependant, malgré tout, du fait de la bonne foi des époux, ce mariage a produit les effets de *justae nuptiae* pour les enfants³²⁷⁷. Mais la *loi 3 soluto matrimonio* est venue tempérer cette solution en estimant que la bonne foi ne limite pas les effets de la nullité du mariage à Rome de façon

³²⁷² Même si la distinction entre enfants naturels, c’est-à-dire ceux qu’on appelait péjorativement les bâtards, et les enfants légitimes n’a plus d’intérêt, puisqu’ils sont tous traités de la même manière. Même la terminologie a disparu. Toutefois, la rétroactivité pourrait avoir des conséquences, sur la preuve de la filiation du fait de la disparition de la présomption de paternité.

³²⁷³ Pour Pize, « l’annulation d’un contrat ordinaire anéantit rétroactivement tous ses effets ; l’annulation d’un mariage laisse subsister les droits et les obligations attachées à l’union des époux considérée comme un simple fait [...] » (J. Pize, *Essai d’une théorie générale sur la distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des contrats*, op. cit., p. 317).

³²⁷⁴ Ulpien, D. 23, 2, 3; *Gaius*, D. 23, 2, 30

³²⁷⁵ D. Y. Vilotitch, *De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit français et dans les principales législations étrangères*, op. cit., p. 10.

³²⁷⁶ Ameline a montré ici qu’à Rome, l’union entre un homme et une femme pouvait prendre plusieurs formes. Parmi ces formes, on peut citer le *Contubernium*, le mariage du droit des *gens*, le *Concubinatus* et la *Justae nuptiae*. La *Justae nuptiae* qui est réservée exclusivement aux romains, est la forme de mariage romain qui ressemble le plus à la forme actuelle du mariage (E. Ameline, *Etude sur les nullités du mariage et les conditions essentielles à sa validité en droit romain, dans notre ancienne législation et d’après le code Napoléon*, op. cit., p. 4 à 17; voir aussi H. Fontaine, *De ritu nuptiarum : droit romain ; ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, op. cit., p. 49).

³²⁷⁷ *Idem*.

générale³²⁷⁸. Cependant, malgré tout, l'empereur *Marc-Aurel*, a, par des *rescripts*, admis, de façon individuelle, des limites aux effets de la nullité du mariage³²⁷⁹.

C'est pour cette raison que si un concept poche du mariage putatif existait bien dans le droit romain, il ne fut jamais généralisé, car on ne l'admettait qu'au cas par cas. Néanmoins malgré tout, certains passages de Marcien et de Papinien, cités dans le digeste, admettaient des limitations aux sanctions pénales du mariage vicié en se fondant, de façon abstraite, sur l'innocence et la bonne foi des époux³²⁸⁰. Ainsi, la *lex julia de adulteris coercendis* dispensait, de façon générale, des peines afflictives et infamantes, l'auteur de bonne foi du mariage polygamique³²⁸¹. L'empereur *Théodose* a posé la même règle pour les mariages incestueux, contractés de bonne foi³²⁸². Ce qui prouve qu'à Rome, la bonne foi pouvait limiter les effets des sanctions pénales des mariages illicites.

811. Toutefois malgré tous ces indices, le droit romain n'a jamais reconnu, formellement, de façon générale, le mariage putatif, car les limitations générales touchaient aux sanctions pénales. – Pour que ce principe soit reconnu, il a fallu attendre le droit canonique avec le Pape Alexandre III qui admit le mariage putatif³²⁸³. Cette limitation ne pouvait jouer que si les époux étaient de bonne foi³²⁸⁴. Ainsi, dès 1380, les officialités ont commencé à appliquer ce mariage putatif³²⁸⁵. Le législateur de 1804 a repris ce principe, mais la loi du 3 janvier 1972 a supprimé l'exigence de bonne foi des époux, pour que les enfants puissent en profiter, dans l'article 202 C. civ..

812. Ce mariage putatif commençait cependant à poser des difficultés avec la prohibition du mariage homosexuel. – Ce genre de mariage devait-il être sanctionné par la nullité ou par l'inexistence au moment où il était interdit ? Si on sanctionnait ce mariage par l'inexistence, on aurait exclu toute possibilité qu'une union, qui n'était pas prévue par le législateur, puisse produire l'effet d'un mariage³²⁸⁶, car l'inexistence ne bénéficie pas de l'effet du mariage

³²⁷⁸ E. Ameline, *Etude sur les nullités du mariage et les conditions essentielles à sa validité en droit romain, dans notre ancienne législation et d'après le code Napoléon*, op. cit, p. 117.

³²⁷⁹ H. Fontaine, *De ritu nuptiarum : droit romain ; ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, op. cit, p. 50.

³²⁸⁰ Marcien, D. 23, 2, 57, 1; Papinien, D. 23, 2, 63.

³²⁸¹ H. Fontaine, *De ritu nuptiarum : droit romain ; ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, op. cit, p. 50.

³²⁸² *Ibid.*

³²⁸³ *Putare* veut dire penser, croire. (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 131).

³²⁸⁴ J. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit, p. 104.

³²⁸⁵ *idem*, p. 105.

³²⁸⁶ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 129.

putatif³²⁸⁷. Ce refus d'étendre le mariage putatif au mariage inexistant a été d'abord théorisé par Zachariae³²⁸⁸, avant d'être repris par Aubry et Rau, pour qui la putativité est « étrangère aux unions qui ne représentent même pas les caractères essentiels à l'existence d'un mariage »³²⁸⁹. Cette idée était rependue chez les auteurs du XIX^{ème} siècle, car on la retrouvait aussi bien chez Huc³²⁹⁰, chez Laurent³²⁹¹ que chez Baudry-Lacantinerie. Ce dernier a essayé de justifier, ce refus du mariage putatif, dans les mariages inexistantes en estimant que la bonne foi ne peut faire produire des effets au mariage putatif qu'à « la condition de s'appuyer sur un acte, sur un fait, qui lui sert de *substratum*, et qu'à son tour[...]elle consolide »³²⁹².

813. Cependant, depuis 2004, la jurisprudence a sanctionné par la nullité les mariages homosexuels et non par l'inexistence³²⁹³. – En estimant que ce genre de mariage était nul, on admettait implicitement que le mariage de deux personnes, de même sexe, soit possible. En effet, la nullité du mariage, du fait du mariage putatif, détruit le mariage pour le futur et non systématiquement pour le passé en cas de bonne foi des époux. Une femme qui épouse une autre femme et qui voit son mariage annulé, peut-elle invoquer le bénéfice de la pension alimentaire, du port du nom de son ex-conjointe, de la pension réversion de l'article L. 353-1 C. s. soc³²⁹⁴? A toutes ces questions, la Cour ne semble pas apporter une réponse³²⁹⁵.

Toutefois, même avec l'utilisation de la nullité, à la place de l'inexistence, le juge pouvait exclure les couples homosexuels des effets du mariage en estimant que ces époux sont tous les

³²⁸⁷ P. Berton, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, op. cit., p. 47.

³²⁸⁸ Zachariae, *Cours de droit civil français*, 2ème éd, T. 3 Paris : 1844, p. 243. : cité par M. Vidal, « L'inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., pp. 411 et s.

³²⁸⁹ Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5ème éd, T 7 Paris : 1913, p. 63. Cité par M. Vidal, « L'inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., pp. 411 et s.

³²⁹⁰ Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T2, Paris : 1892, p. 181. : Cité par M. Vidal, « L'inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., pp. 411 et s.

³²⁹¹ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, Bruxelles-Paris : 1870, p. 650.

³²⁹² Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, 2ème éd, Paris : 1900, p. 466. : Cité par M. Vidal, « L'inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., pp. 411 et s.

³²⁹³ Cf. *Supra*, n° 782.

³²⁹⁴ Soc. 9 nov. 1995: RJS 1995, n° 1286: Dans cette affaire, la Cour de cassation a estimé que l'époux dont le mariage a été annulé pour polygamie, pourrait bénéficier de la pension réversions de l'article L. 353-1 C. ss, alors même que cet article ne prévoit que le cas des époux divorcés. Cette décision s'explique par le mariage putatif, qui assimile la nullité au divorce dans certains cas. Or si on suit la position actuelle de la Cour de cassation, les époux homosexuels dont le mariage est annulé seront considérés comme des époux divorcés s'ils sont de bonne foi.

³²⁹⁵ C'est pour cette raison que F. Terré et D. Fenouillet ont estimé que reconnaître le mariage putatif pour des unions qui sont loin du mariage. Ce qui risque de « [...] faire produire effet, dans le passé du moins, au simple concubinage » (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, op. cit., p. 133).

deux de mauvaise foi, puisqu'ils se sont mariés tout en sachant qu'ils sont de même sexe. Mais en cas d'adoption, la mauvaise foi des époux ne met pas en cause la filiation (articles 202 et 359 C. civ.). Ce qui revient à admettre indirectement le mariage homosexuel, en allant plus loin que le PACS. Ce qui fait que cette décision est moins un rejet du mariage homosexuel qu'une annonce des réformes qui sont intervenues plus récemment sur le mariage homosexuel.

814. Cette limitation des effets de la nullité n'est pas propre au mariage. – En effet, la théorie moderne des nullités prévoyait elle aussi la limitation des effets des nullités en se fondant sur le but de la loi³²⁹⁶. Mais la justification de cette limitation ici est fondée sur la bonne foi. Ce qui est propre au mariage, car comme l'a montré Pize, si « La bonne foi de l'un des époux empêche l'effet rétroactif de l'annulation ; la bonne foi n'a aucune influence sur les effets de l'annulation en matière de contrats pécuniaires. »³²⁹⁷ Ce qui là aussi prouve la spécificité de la nullité du mariage.

Conclusion section

815. Dans cette section, il a été montré que la théorie des nullités des contrats, mettant en place un statut, est spécifique surtout en ce qui concerne les effets de ces nullités. – Cette spécificité s'est illustrée dans la théorie des nullités du contrat de travail. Dans cette théorie, on a vu que le concept de nullité absolue est presque absent. Quant à la nullité relative, elle est soumise à un régime qui ne peut pas s'expliquer par la théorie générale des nullités. Aussi, on a privilégié dans ce domaine, la distinction entre les nullités libérales et les nullités sociales. Dans cette section, on a montré que cette distinction commandait le régime de l'action en nullité contre le contrat de travail.

816. Au contraire, dans le mariage, c'est le concept de nullité relative qui pose problème. – Certes l'article 180 C. civ. admet une nullité qui est proche de la nullité relative, mais cette nullité n'est pas réservée qu'à la victime du vice du consentement. – En plus dans le mariage, la nullité sanctionnant la folie d'un époux n'est pas relative s'il n'a

³²⁹⁶ Cf. *Supra*, n° 471.

³²⁹⁷ J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, op. cit., p. 317.

pas un régime de protection³²⁹⁸. C'est pour cette raison que l'on a montré que, dans la théorie spécifique au mariage, il est mieux de distinguer la nullité-divorce de la nullité-dénonciation. Tout long de cette section, on a montré que cette distinction commandait le régime de l'action en nullité contre le mariage.

Conclusion chapitre

817. L'autonomisation du régime de certains contrats est vue comme un danger pour la cohérence du droit commun. – Mais si ce droit commun n'existe pas, comme c'est le cas en droit des nullités, cette autonomisation ne peut pas être un danger, mais plutôt un salut pour ce droit commun incomplet. C'est ce qu'on a cherché à illustrer dans ce chapitre en montrant qu'entre les théories générales, qui ne reflètent pas le droit positif, et la casuistique, il y a des auteurs qui ont ou esquissé un juste milieu avec les théories spécifiques. Ce juste milieu se rapproche du droit positif sans pour autant tomber dans la casuistique.

Ce qui nous permis ici de compléter ce qu'ont déjà initié ces auteurs en utilisant, non seulement le droit positif, mais aussi en faisant appel à l'histoire. Cependant, cette utilisation de l'histoire ici n'a pas consisté à la déformer pour justifier les théories proposées³²⁹⁹ ; elle a consisté à montrer comment les théories des nullités ont évolué jusqu'à nos jours. Ce qui permet de se rendre compte que l'état actuel du droit positif est le fruit de longues et lentes mutations, car comme l'a souligné Portalis, « [...] l'histoire [...] est la physique expérimentale de la législation »³³⁰⁰.

818. Ainsi, dans ce chapitre, en essayant de cerner le sens de cette mutation, on a montré qu'à l'état actuel de l'évolution de la théorie des nullités, le seul moyen de systématiser les nullités, c'est en le faisant au niveau de chaque contrat. – On ne peut pas réunir toutes les spécificités des différents contrats pour essayer de construire une théorie générale. En effet, les cas sont trop différents. On a montré que dans le droit du travail, au lieu de se livrer à la casuistique, on peut tenter de systématiser les nullités en distinguant les nullités libérales des nullités sociales. Dans le mariage, on a montré qu'il est possible de

³²⁹⁸ Mais si le malade mental a un régime de protection comme la curatelle ou la tutelle, son mariage sera soumis à l'article 460 C. civ., et sa nullité sera soumise aux articles 180 et 182 C. civ., par l'intermédiaire de l'article 465 C. civ.

³²⁹⁹ Cf. *Supra*, n° 645.

³³⁰⁰ J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 96.

systematiser les nullités en distinguant les nullités-divorce des nullités-dénonciation. En ce qui concerne les nullités des sociétés, on a tenté de les systematiser autour des nullités *pro socio* et des nullités relatives généralisées.

819.D'où la question de savoir, comment réunir toutes ces classifications, pour tenter de trouver une synthèse sans montrer toutes ces divergences. – Japiot l'avait tenté, en essayant de rentrer dans les détails, mais il est tombé dans la casuistique. Aussi, dans ce chapitre, on a préféré limiter les classifications au niveau de chaque contrat, en essayant de trouver dans la position des auteurs, même parmi ceux qui ont construit une théorie générale, si cette idée n'apparaissait pas de façon sous-jacente. On est parvenu à rapprocher ces positions pour proposer des théories spécifiques dans ce chapitre. Comme il a été soutenu dans la deuxième hypothèse de ce travail, même si ces théories des nullités ne reflètent pas le droit positif, on a montré qu'elles sont plus facilement ajustables par rapport à ce droit positif.

CONCLUSION DU TITRE

820. Dans ce titre, on a montré que comme les théories générales des nullités ne sont pas conformes au droit positif, du fait de leur méthode de construction, certains auteurs ont préféré se tourner vers la diversité des nullités pour mieux refléter ce droit positif. – Mais on a montré que si cette diversité se manifeste par la casuistique, il risque d’y avoir une régression méthodologique. Ce qui ne veut pas dire que le remède contre cette régression c’est un retour aux théories générales des nullités. Dans ce titre, on a montré que le remède contre cette régression, ce sont des théories spécifiques à certains contrats. Comme il a été soutenu dans la deuxième hypothèse de ce travail, ces théories ont le mérite d’éviter les excès des classifications, mais sans les exclure.

CONCLUSION DE LA PARTIE

821. Dans la première partie de ce travail, on a tenté de montrer que les théories générales des nullités ne reflètent pas le droit positif. – Dans cette deuxième partie, il a été montré que cette impossibilité résulte de la méthode d'élaboration de ces théories. A cette fin, les auteurs utilisent des constructions *a priori* et cherchent à utiliser des sources, qui n'étaient pas toutes positives, pour justifier ces constructions. Même si des sources positives sont utilisées par ces auteurs, ils ne sélectionnent que celles qui vont dans le sens de leurs constructions *a priori*, tout en ignorant les autres ou en les assimilant à des exceptions. Par conséquent, les théories résultant de cette méthode ne reflètent pas le droit positif. Ce qui a permis de vérifier la première hypothèse de ce travail, qui soutient que l'incapacité de ces théories générales des nullités à refléter le droit positif est due à leur méthode de construction, dans cette partie.

822. Contre cette méthode, d'autres auteurs utilisent la casuistique pour rejeter toute idée *a priori*. – Dans cette partie, comme il a été soutenu dans la deuxième hypothèse de ce travail, on a montré que cette casuistique est une véritable régression scientifique. Pour remédier à cette situation, en rapprochant les positions de certains auteurs, même parmi ceux qui ont proposé une théorie générale des nullités, on a trouvé des théories spécifiques à certains contrats.

CONCLUSION GENERALE

823. **Pour terminer ce travail, on peut citer Saleilles pour lui** « [...] un livre de science ne valait pas seulement par l'harmonieuse disposition de son plan et l'élégance de sa forme, qu'il valait surtout par le stock d'idées neuves qu'il pouvait contenir, et que d'autres sauraient présenter, pour les accepter où les combattre [...] »³³⁰¹. Tout au long de ce travail, on s'est attelé à critiquer des idées existantes. Cependant, on ne s'est pas limité à ces critiques, faisant au contraire l'effort de porter un nouveau regard sur des points accessoires à ce travail comme les lettres de rescision et la nullité de la vente de la chose d'autrui on a aussi apporté des idées neuves sur le cœur même de ce travail³³⁰².

824. **En ce qui concerne ce cœur, ont été mises en évidence les limites du concept de doctrine.** – En effet, si on parle, de la *doctrine classique* ou de la *doctrine moderne* des nullités, en pensant au critère organique de la doctrine, l'expression « la théorie des nullités dans la doctrine » ne peut pas rendre compte de la position des auteurs. Il a été montré que, sur certains points, l'opposition entre un auteur, qu'on rattache à la doctrine classique, et les autres auteurs classiques n'est pas moins importante que celle qui existe entre les deux doctrines, comme en atteste les opinions de Japiot, Drogoul et Gaudemet.

Au fond, il n'y a pas de doctrine classique ou de doctrine moderne. A tout le moins, si l'on souhaite maintenir cette opposition, il faut la relativiser. En effet, plus qu'une doctrine il y a surtout des auteurs, brillants, éclairés par leur savoir et guidés par leur raison, qui cherchent à comprendre la notion de nullité. Ces auteurs ne s'expriment pas dans le but d'appartenir à la doctrine classique ou moderne des nullités, puisque leur autorité « [...] ne tient pas à leur constitution en classe, catégorie, caste, ou clan, mais au rôle essentiel qu'ils jouent dans la présentation et l'articulation des règles de droit »³³⁰³.

825. **Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a pas une théorie classique, fondée sur l'état de l'acte ou une théorie moderne, fondée sur le droit de critique.** – Mais au cours de ce

³³⁰¹ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. X.

³³⁰² Cf. *Supra*, n° 280, 578..

³³⁰³ J. L. Billon, « Controverses et querelles sur la doctrine », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., p. 27.

travail, on a cherché à montrer qu'il n'existe pas un groupe d'auteurs réuni au tour de l'état de l'acte et un autre, autour du droit de critique : chez chaque auteur, on peut rencontrer ces divers éléments de façon plus ou moins importante.

D'où la vérification de la pertinence de ces théories générales des nullités qui sont fondées sur l'état de l'acte ou sur le droit de critique. En droit, cette vérification se fait par rapport au droit positif³³⁰⁴. Or ce travail a permis d'apercevoir qu'aucune de ces théories n'est le reflet fidèle du droit positif, car, trop générales, elles n'offrent qu'un reflet déformé de ce droit. En établissant un lien logique et nécessaire entre la classification des nullités et leur régime, ces théories se sont mises dans l'impossibilité d'expliquer certaines règles relatives aux confirmations et aux prescriptions... Cette impossibilité étant due à la méthode de construction de ces théories générales des nullités. Les auteurs de ces théories ont sélectionné des présupposés, ils ont ensuite tout fait pour rendre le droit positif conforme à ces idées *a priori* et non le contraire. Avec une telle méthode, on ne cherche pas à expliquer le droit positif, mais on cherche à le soumettre à ses propres idées. Ce travail a permis de mettre en lumière les limites d'une telle méthode en montrant ses procédés. Ainsi, on a montré que cette méthode procède en sélectionnant parmi les informations celles qui vont dans le sens de la théorie défendue, tout en occultant les informations qui vont contre cette théorie.

826. Face à cet excès d'abstraction, d'autres auteurs sont tombés dans l'excès inverse en se complaisant dans un empirisme dénué de toute armature théorique, au risque d'enlever toute cohérence au droit des nullités. – Pour ne pas ériger des systématisations rationnelles, mais qui n'existent pas dans le droit positif, ces auteurs ont voulu refléter le chaos de la jurisprudence et de la loi. Ce qui s'est traduit chez eux par un émiettement de la théorie des nullités, à tel point qu'il n'est plus permis de parler d'une théorie des nullités. Ce qui constitue une véritable régression méthodologique. En effet, la fonction principale du juriconsulte ce n'est pas de reproduire le chaos du droit positif, mais c'est de le dépasser en le systématisant.

827. Ce qui peut expliquer le retour à une certaine forme de classification, prônée dans ce travail, sans pour autant retomber les excès des théories générales des nullités. – En effet, on a proposé dans ce travail des théories spécifiques qui existaient déjà, en germe de façon dispersée, chez les auteurs après le Code civil, mais qui avaient du mal à se

³³⁰⁴ Cf. *Supra*, n° 71. Ainsi pour Hans Kelsen, « La théorie juridique s'attache à comprendre la signification spécifique des normes juridiques, créées et appliquées par les organes de la communauté juridique » (H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 217). C. Atias, *Epistémologie juridique*, op. cit., p. 224.

cristalliser chez ces derniers pour donner des classifications des nullités. Ces classifications comportent plusieurs nullités, qui ne sont ni totalement absolues ni totalement relatives, elles s'appellent nullités libérales, nullités sociales, nullités-divorce, nullités-dénonciation, nullités relatives généralisées et nullités *pro socio* ; elles ne se distinguent ni par l'état de l'acte ni par le droit de critique; elles offrent un juste milieu entre l'abstraction excessive des théories générales et l'émiettement destructeur de la casuistique ; elles forcent à changer de paradigme afin de regarder les nullités avec une nouvelle grille de lecture. Ce qui ne veut pas dire que ces théories reflètent systématiquement le droit positif, mais leur seul avantage réside dans le fait qu'on peut plus facilement les ajuster à ce droit positif que les théories générales. Par conséquent, ces théories spécifiques ne peuvent être que des solutions transitoires en attendant de trouver une véritable théorie générale des nullités qu'on ne prétend pas reconstruire ici.

828. Aussi, plusieurs auteurs ont-ils appelé le législateur à réviser le Code civil, pour y introduire une véritable théorie générale des nullités³³⁰⁵. – Pour atteindre ce but, plusieurs rapports ont proposé des idées au législateur afin de reformer les règles relatives aux nullités. Ainsi, de 1945 à 2009³³⁰⁶, des commissions ont proposé des projets de réforme au législateur. Mais s'il peut paraître salulaire de reformer les règles relatives aux nullités, cette volonté réformatrice pourrait avoir deux inconvénients.

829. Le premier inconvénient tourne autour du caractère partisan de cette réforme. – Ces projets reprennent souvent la théorie proposée par Japiot³³⁰⁷. Cela s'illustre parfaitement dans le projet de P. Catala³³⁰⁸. Or, comme l'ont soutenu Planiol et Gény, « Le législateur [...] se gardera de consacrer des idées théoriques ou de prendre parti sur des conceptions doctrinales. »³³⁰⁹, car le code, pour ne pas être un enjeu de controverse, doit être

³³⁰⁵ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 928.

³³⁰⁶ Cf. *Supra*, n° 60 ; R. Cabrillac, *droit des obligations*, 9^e éd, op. cit., p. 9.

³³⁰⁷ Ainsi pour Japiot, avec son travail, il s'agit d'« [...] apporter notre contribution à des travaux auquel le projet d'une révision de notre Code civil donne regain d'actualité » (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 927).

³³⁰⁸ Ainsi, Ph Simler a-t-il estimé, dans l'exposé des motifs du rapport Catala sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, que « les textes proposés constituent une consécration explicite de ce qu'il est convenu d'appeler la théorie moderne des nullités[...] » (P. Catala et le Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p.44).

³³⁰⁹ Fr. Gény, « La technique législative dans la codification civile moderne », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 1036. Ainsi pour Planiol aussi, « la loi positive doit être sobre d'opinions et ne pas prendre parti entre les systèmes doctrinaux. » (M. Planiol, « Inutilité d'une révision générale du Code civil », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004, p. 960).

neutre et ne pas signer la victoire d'un courant doctrinal sur un autre. C'est à ce prix qu'un texte peut être pérenne et ne pas fluctuer au gré des rapports de force³³¹⁰.

830. Le deuxième inconvénient tourne au tour de l'existence même de la doctrine.— Actuellement, comme l'a montré J. L. Halpérin, on assiste à un « déclin de la doctrine »³³¹¹. Ce dernier attribue ce déclin à l'inflation législative, parce que le « [...] caractère de plus en plus détaillé des prescriptions législatives diminuerait les espaces abandonnés à la libre recherche scientifique. »³³¹². Ce que semblent illustrer, Ph. Jetage et C. Jamin, en droit international privé ou ils ont montré une corrélation entre le déclin de la doctrine internationaliste³³¹³, et la codification des règles du droit international privé³³¹⁴. Portalis était lui-même conscient de ce risque. En effet, pour lui, la « [...] multitude [des lois] étoufferait leur dignité [...] Le jurisconsulte serait sans fonctions, et le législateur, entraîné par les détails, ne serait bientôt plus que jurisconsulte »³³¹⁵. Drogoul a au demeurant montré la pertinence de cette inquiétude dans le domaine des nullités en estimant que la précision des textes sur les nullités empêcherait toute doctrine, car « pour que l'interprète ait quelque liberté, il faut que le législateur ne lui ait pas, par avance, tracé la voie qu'il doit suivre. Les controverses les plus obstinées sont bien obligées de s'arrêter devant un texte formel »³³¹⁶.

C'est pour éviter cet assèchement de la doctrine, par la précision des textes, que Planiol s'est opposé à la réforme du droit des contrats. Pour lui, il y a des droits politiques, qui doivent s'adapter à l'évolution de la société par des réformes, ce qui est le cas du droit de la famille³³¹⁷. Mais à côté de ces droits mobiles, il y aurait le droit des obligations, qu'il ne faut

³³¹⁰ Même Portalis était conscient de ce risque. (J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., pp. 3, 4).

³³¹¹ J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 293; voir aussi : Ph. Jestaz, « Déclin de la doctrine », *Droits*, 20, 1994, p. 90 ; J. L. Billon, « Controverses et querelles sur la doctrine », in *Les controverses doctrinales*, op. cit., p. 33. ; A. Berbard et Y. Poirmeur, *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993, p. 6. ; P. Diener, « Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires », *D.* 1997, p. 150. ; P. Durand, « La connaissance du phénomène juridique et les taches de la doctrine moderne en droit privé », *D.* 1956, p. 73 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., p. 153.

³³¹² J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 293 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 6^e éd, op. cit., pp. 155 et s..

³³¹³ Ces auteurs ont montré ici que la doctrine joue un rôle très important en droit international privé. (Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^{ème} éd, op. cit., p. 23).

³³¹⁴ Pour eux, il arrive que « l'établissement d'un vrai code appauvrisse le travail doctrinal au lieu de le stimuler : ce fut le cas, semble-t-il, pour le droit international privé après 1804. » (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 219; voir aussi : A. Colin et H. Capitant, *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandiere, op. cit., pp. 35, 36 ; *Voir aussi* : Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^{ème} éd, op. cit., p. 100 ; voir aussi : F. Zenati-Castaing, *Scientia juris*, œuvre non encore publiée).

³³¹⁵ J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 14.

³³¹⁶ F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités : Etude de droit civil*, op. cit., p. 69.

³³¹⁷ M. Planiol, « Inutilité d'une révision générale du Code civil », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 958.

pas souvent reformer³³¹⁸, mais qu'il faut laisser aux « [...] professeurs et [...] magistrats[...] »³³¹⁹ pour l'adapter³³²⁰. Ainsi, conclut-il : « conservons nos lois ; laissons-les vieillir [...] Les lois sont comme des vêtements qui s'assouplissent par l'usage et qui ne s'accommodent qu'à la longue aux formes du corps »³³²¹.

Partant de cette mise en garde de ce grand savant, on peut conclure ce travail en ne proposant aucune modification du droit positif. Même si ce droit positif est imparfait, on peut espérer que quand le législateur aura renoncé à toute entreprise de le reformer, quand il aura définitivement levé la menace qui pèse sur la doctrine de voir sa liberté, dans l'interprétation des textes relatifs aux nullités, réduite, ces textes, bien qu'imparfaits, gagneront en souplesse et en majesté ce qu'ils perdront en précision en ne se reformant pas³³²². Par conséquent, on peut espérer, dans ce cas, que la doctrine aussi serait sauvée, mais à quel prix ? Le justiciable, qui a besoin d'une réforme pour avoir des règles plus précises sur les nullités, ne risque-t-il pas de voir sa sécurité juridique sacrifiée sur l'autel de la controverse doctrinale ?

³³¹⁸ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 2 .

³³¹⁹ M. Planiol, « Inutilité d'une révision générale du Code civil » , in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 959 ; J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 8.

³³²⁰ Pour Mortet, « parmi les institutions de droit privé, celles qui règlent l'organisation de la famille ou de la propriété, étant étroitement liées à l'état social ou politique des peuples, apparaissent dans l'histoire comme soumises à de fréquentes variations. Au contraire, celles qui règlent les rapports obligatoires entre les particuliers ayant pour fondement l'intérêt privé des hommes combiné avec les principes de la justice naturelle ont reposé, de tout temps sur les mêmes principes et sont constamment reproduites, sans éprouver de changement essentiel [...] » (C. Mortet, *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, loc. cit., p. VIII).

³³²¹ M. Planiol, « Inutilité d'une révision générale du Code civil » , in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, op. cit., p. 962.

³³²² Ce prestige, seuls le temps et les commentaires des grands auteurs peuvent donner à un texte, car selon Ph. Jestaz et C. Jamin le commentaire d'un texte par des grands auteurs peut le légitimer. (Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, op. cit., p. 246 et s). Voir aussi : G. Lutzesco, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, op. cit., p. 400 ; J. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p. 12.

LES ANNEXES

Document N°I : Extrait du procès-verbal du Conseil d'Etat, de la séance du 26 fructidor an XI (13 septembre 1801)

Document N° II : Extrait du procès-verbal du Conseil d'Etat, de la séance inédite du 4 frimaire an X (25 novembre 1801)

Document N°III : Extrait du procès-verbal du Conseil d'Etat, de la séance du 16 fructidor an IX (3 septembre 1801)

Document N°IV : Extrait de l'exposé de motifs fait au Conseil d'Etat, par Bigot-Preameneu, conseiller d'Etat dans la séance du 6 pluvoise an XII (27 janvier 1804)

Document N°V : Extrait du rapport fait par Jaubert au Tribunal, dans la séance du 13 pluvoise an XII (3 février 1804)

Document N°VI : Extrait du rapport exposé au Tribunal, par Favard dans la séance du 13 pluvoise an XII (3 février 1804)

Document N°VII : Extrait du rapport de Jaubert, exposé devant le Tribunal, dans la séance du 14 pluvoise an XII (4 février 1804)

Document N°VIII : Extrait des Observations de la section de législation du Tribunal du 4 pluvoise an XII (26 décembre 1803)

Document N°IX : Extrait de l'exposé de motifs fait par Bigot-Preameneu Conseiller d'Etat, dans la séance du 6 pluvoise an XII (27 janvier 1804)

Document N°X : Exemple de lettre de rescision tiré du Répertoire universel et raisonné de jurisprudence de Guyot, t. XV, 1784, v° « rescision », p. 328

Document N°XI : Extrait de l'exposé d'une lettre de remission datant de 1481 et faisant référence à une lettre de rescision.

Source : P. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris : au dépôt, tome IX., 1827, p. 14 et s.

LE PREMIER CONSUL dit que la rédaction de l'article n'est pas exacte. Il n'y a pas de mariage où il n'y a pas de consentement libre ; l'article semble cependant supposer qu'il y a, en ce cas, un mariage, mais qu'il n'est pas valable.

M. BOULAY propose de rédiger ainsi : « Il n'y a pas de mariage, si les deux époux n'y ont pas donné un consentement libre. »

M. PORTALIS observe qu'il y a un consentement apparent toutes les fois que les parties ont contracté en présence de l'officier public ; que, si ce consentement se soutient après que la personne ravie a recouvré sa liberté, il valide le mariage ; qu'il ne serait donc pas exact de dire que, dans ce cas, il n'y a pas de mariage, puisqu'il y a un principe de mariage qui rend le mariage valable après un certain temps.

LE PREMIER CONSUL dit que la rédaction semble ne concerner que les mariages faits hors de la présence de l'officier civil ; que cependant il est possible que le consentement donné devant cet officier n'ait pas été libre.

LE MINISTRE DE LA JUSTICE dit que cette considération avait porté les rédacteurs du projet de code à employer l'expression *consentement libre et formel*.

M. TRONCHET dit qu'en effet les menaces faites par des

parens , avant qu'on se présente à l'officier civil , ont pu forcer le consentement de l'un des époux : c'est ainsi qu'autrefois on ne laissait à une jeune fille que l'option entre un couvent et la personne qu'on lui offrait pour époux.

LE PREMIER CONSUL dit que l'article devrait être rédigé de manière à prévenir ces sortes de violences. Quand elles ont eu lieu, il y a un acte civil ; mais il est nul , car il n'y a pas de mariage là où il n'y a pas de consentement libre ; et l'on ne peut pas regarder comme tel le consentement d'un individu violenté par sa famille : il faudrait même chercher une expression qui rendît mieux cette idée que l'expression *consentement libre*.

LE CONSUL CAMBACÉRÈS préfère l'expression des rédacteurs du projet de Code civil à celle qui a été employée par la section.

M. RÉAL dit que le mot *formel* est inutile , parce que l'officier de l'état civil ne célébrerait pas le mariage si le consentement n'était exprimé dans la forme établie par la loi ; et que c'est là tout ce que signifie le mot *formel*.

M. PORTALIS dit que la nécessité du consentement formel est déjà établie par le titre relatif aux actes de l'état civil ; mais qu'un consentement formel n'étant pas toujours un consentement libre , le mot *formel* ne rendrait pas l'idée qu'on veut exprimer.

LE PREMIER CONSUL dit qu'on pourrait décider d'abord qu'il n'y a pas de mariage quand le consentement n'a pas été donné dans les formes prescrites par le titre relatif aux actes de l'état civil ; ensuite , qu'il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence , séduction ou erreur.

M. RÉAL observe que , dans la jurisprudence actuelle , l'erreur ne vicie le mariage que lorsqu'elle porte sur l'individu , et non quand elle ne tombe que sur le nom ou sur les qualités.

LE PREMIER CONSUL dit que le nom , les qualités , la fortune , entrent dans les motifs qui déterminent le choix d'un

époux ou d'une épouse. L'erreur sur ces circonstances détruit donc le consentement, quoiqu'il n'y ait pas d'erreur sur l'individu.

Ainsi, tout se réduit à ceci :

Le mariage est valable lorsque les formes ont été observées, et qu'il n'y a eu violence ni erreur sur la personne.

Le mariage doit être cassé si les formes n'ont pas été observées, ou s'il y a eu violence ou erreur.

M. TRONCHET dit que les tribunaux ont pensé qu'une loi qui déclarerait nuls les mariages pour l'inobservation de toute forme quelconque serait trop générale, parce que toutes les formes n'étant pas également essentielles, elles ne doivent pas être également prescrites sous peine de nullité.

LE PREMIER CONSUL partage cette opinion. La loi, dit-il, doit spécifier les formes dont l'inobservation entraîne la nullité du mariage, et les distinguer de celles qui ne produisent pas le même effet.

M. TRONCHET propose de placer le chapitre IV à la tête du projet de loi, et d'y placer l'article en discussion, ou de rédiger dans cet ordre : « Il n'y a pas de mariage quand les formes n'ont pas été remplies, sauf les exceptions ci-après. »

LE PREMIER CONSUL dit que, placer l'article en discussion dans le chapitre IV, ce serait mêler ensemble les cas où il n'y a pas de mariage et les cas où le mariage peut être cassé.

M. BERLIER propose de dire que le consentement donné devant l'officier civil ne suffit pas pour former le mariage, toutes les fois qu'il y a violence, erreur ou séduction.

M. RÉAL observe que, n'y ayant pas de consentement lorsqu'il y a erreur, séduction ou violence, on peut se réduire à la disposition qui exige le consentement.

M. BIGOT-PRÉAMENEU propose la rédaction suivante : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement ; il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne. »

Document N°II : Extrait du procès-verbal du Conseil d'état, de la séance *inédite* du 4
frimaire an X (25 novembre 1801)

Source : J. G. Locre, *Législation civile commerciales et criminelle de la France*, Paris :
treuttel et wurtz libraires, tome IV., 1827, p. 371 et s

PARTIE II. ÉLÉMENTS DU COMMENTAIRE. III. 371

être exercée, et de laisser tous ces points à l'arbitrage du juge ?

M. TRONCHET dit que le principe général est qu'il y a des nullités absolues et des nullités relatives. Autrefois, quand il s'agissait de les distinguer, les questions que cette distinction faisait naître, étaient décidées d'après la jurisprudence : aujourd'hui, les nullités n'étant pas les mêmes, et les anciennes ayant disparu, la jurisprudence ne peut pas être appliquée à ces sortes de questions. Or, l'objet de ce Titre est de classer les nullités et de les distinguer. Au reste, les nullités absolues peuvent être proposées par tous ; les nullités relatives, seulement par les personnes intéressées.

5. Le PREMIER CONSUL dit que l'article paraît supposer un mariage quelconque de la part du mort civilement ; qu'il serait donc possible que ce mariage subsistât, s'il n'était pas attaqué ; qu'ainsi, il vaut mieux ne pas parler de ces sortes de mariages.

M. TRONCHET dit qu'on n'en parle que pour régler la manière dont ils peuvent être attaqués, et que l'objet de l'article est de décider à quelles personnes il appartient ou il n'appartient pas d'en demander la nullité ; qu'au reste, le mariage des morts civilement étant privé de tout effet civil, n'engage pas ceux entre lesquels il est formé.

6. Mais un point sur lequel il importe de se fixer avant tout, c'est l'ordre qu'on donnera à cette section. On peut classer ses dispositions ou suivant les diverses espèces de nullités, ou suivant les personnes qui ont le droit de les proposer. Ce dernier ordre est celui que les rédacteurs du projet de Code Civil avaient suivi : si on l'adoptait, on dirait d'abord quelles nullités peuvent être réclamées par les époux ; quelles peuvent l'être par les père, mère, aïeul et aïeule ; quelles peuvent l'être par les collatéraux.

Ceux-ci n'ont la faculté d'attaquer un mariage frappé de nullité absolue, que lorsqu'ils ont intérêt à le faire casser; parce qu'après tout, ce mariage subsiste dans le fait, et qu'ils n'ont pas qualité pour le discuter. L'intérêt dont il s'agit ne pourrait être que pécuniaire, à la différence des ascendants, qui ont un intérêt d'une autre nature.

M. PORTALIS dit qu'il aimerait mieux classer les dispositions du projet par espèces de nullités, parce que l'autre classement serait plus embarrassé. Le changement survenu dans la législation ne s'opposerait point au classement qu'il propose : à la vérité, les nullités ne sont plus les mêmes; mais les anciennes sont remplacées par des nullités nouvelles qui sont de la même nature. La nullité relative, résultant de la non-présence du propre curé, est remplacée par celle qui résulterait de l'absence de l'officier de l'état civil. Les empêchemens dirimans forment encore des nullités absolues.

On commencerait par décider que les nullités absolues peuvent être réclamées par tous ceux qui ont intérêt de les faire valoir; les nullités relatives, par ceux en faveur de qui elles sont établies.

On définirait ensuite chaque nullité.

M. TRONCHET trouve cet ordre infiniment simple; il observe que seulement on devra ne pas omettre d'exprimer que le ministère public peut aussi faire valoir les nullités absolues.

M. PORTALIS dit que les nullités absolues sont quelquefois couvertes par des considérations qui arrêtent l'action du ministère public. En général, il y a deux sortes de nullités absolues : rien ne saurait couvrir le scandale des unes; telle est la nullité qui résulte de l'inceste : il y aurait, au contraire, plus de scandale à faire valoir les autres qu'à les dissimuler, et à troubler la paix des ménages pour de simples omissions de formes.

M. TRONCHET dit que la loi ne sera cependant pas aussi simple qu'on paraît le croire. Il faudra entrer dans une infinité de détails pour distinguer les diverses espèces de nullités : car toutes les nullités absolues ne produisent pas le même effet ; il en est qui peuvent se couvrir, comme est celle résultant du défaut d'âge.

M. PORTALIS dit qu'il y a des nullités continues et d'autres qui ne le sont pas. Les collatéraux peuvent faire valoir les premières ; mais s'ils ne le font pas, si la paix est établie dans la famille, si la nullité ne résulte que de l'inobservation de quelques formes, permettra-t-on au ministère public de venir troubler cette heureuse harmonie ? C'est encore là une de ces nuances qu'il faudra saisir pour régler l'étendue de son action.

M. RÉAL dit que la conséquence nécessaire des idées qui viennent d'être développées, serait peut-être qu'il faudrait changer l'ordre de la discussion.

Jusqu'à ce moment on a supposé les nullités assez bien définies par les auteurs pour se dispenser d'introduire dans le Code d'inutiles définitions ; et la section, d'accord sur ce point avec les auteurs du projet, s'est bornée à dire à quelles personnes l'action serait accordée pour faire valoir ces nullités, dont elle suppose toujours la définition.

La discussion actuelle commande un autre ordre de travail, puisqu'elle semble annoncer que ces définitions sont nécessaires. C'est un point qu'il faut alors décider avant tout. Si ce travail est possible, il sera d'une grande utilité ; mais peut-être que la question même de savoir si l'exécution de cette conception est possible, devrait être soumise à une discussion préalable, et renvoyée à la section.

Sur la distinction établie entre les nullités relatives et les nullités absolues, M. Réal observe que d'Aguesseau,

qui l'adopte avec tous les auteurs, ne paraît pas adopter également la dénomination de *nullités relatives* : elles n'ont été, dit-il, ainsi appelées que dans le style barbare des auteurs scolastiques.

M. PORTALIS dit que tout ce qui est conforme à la nature des choses et à l'ordre public, ne saurait être barbare. Ces expressions, *nullités absolues*, *nullités relatives*, sont des termes techniques et simples, qui rendent des idées composées, et qui, sous ce rapport, doivent être conservés dans le langage des lois. M. d'Aguesseau distingue, dans tous ses plaidoyers, les nullités absolues des nullités relatives; et il tenait à cette distinction, parce qu'il tenait à la paix des familles : il voulait que l'offense faite à la majesté des mœurs en la personne du père, ne produisît qu'une nullité relative, afin que le père pût remettre l'offense; mais il réclamait avec force contre la faculté malheureuse qu'aurait le ministère public d'élever la voix lorsque l'offensé pardonne.

7. Le PREMIER CONSUL dit que le projet explique par qui la nullité pourra être demandée; mais qu'il n'explique pas en quels cas le mariage est nul de plein droit.

M. TRONCHET dit que jamais le mariage n'est nul de plein droit : il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire. Mais en quels cas la nullité peut-elle être demandée? par qui peut-elle l'être? voilà les questions que présente cette matière.

Quant à la difficulté du classement proposé, elle disparaîtra, si, après avoir distingué les nullités absolues d'avec les nullités relatives, on énumère les exceptions qui couvrent les unes et les autres.

8. Le CONSUL CAMBACÉRÈS demande s'il n'est point de nullité qui soit absolue ou relative suivant les circonstances.

M. TRONCHET répond qu'une nullité relative ne peut jamais devenir absolue, parce qu'elle n'a de force que

par la réclamation de ceux en faveur desquels elle est établie.

1. Le PREMIER CONSUL dit qu'il serait trop dur de donner à ces sortes de nullités une durée indéfinie; qu'il faudrait les circonscrire dans un délai déterminé. Par exemple, doit-on écouter la réclamation d'un père qui n'a pas donné de consentement au mariage de son fils mineur; qui cependant l'a connu, et a gardé un long silence?

M. TRONCHET répond que le silence du père sera une exception que fera valoir le fils, parce qu'il équivaut à une ratification tacite du mariage. Dans tous les temps, la moindre approbation de la part du père a établi une fin de non recevoir contre lui. La loi pourrait donc le déclarer non recevable, dans tous les cas où il aurait consenti directement ou indirectement au mariage contracté sans son autorité.

Le CONSUL CAMBACÉRÈS dit qu'on doit trouver dans la loi un moyen de faire prévaloir l'équité sur la sévérité des principes.

1. M. MALEVILLE dit que, suivant le projet, la nullité résultant du défaut de consentement du père ou de la famille, est couverte par la majorité des époux : mais cette fin de non recevoir pourra-t-elle être invoquée par ceux qui ne sont mariés que quelques jours avant leur majorité? Il sera communément impossible que dans un si court intervalle, les ascendans ou la famille aient le temps de réclamer contre le mariage; bien souvent, ils n'en seront pas même instruits : et cependant, pour de très importantes raisons, la loi a voulu que des mineurs ne pussent se marier sans le consentement de leurs ascendans ou de leur famille; et tout mariage contracté sans ce consentement, jusqu'au dernier jour de la minorité, est absolument nul. Il serait donc inconséquent d'établir la règle que le projet présente. Le tribunal de cassa-

Document N°III : Extrait du procès-verbal du Conseil d'Etat, de la séance du 16 fructidor an IX (3 septembre 1801).

Source : J. G. Locre, *Législation civile commerciales et criminelle de la France*, Paris : treuttel et wurtz libraires, tome IV., 1827, p. 324 et s

324 CODE CIVIL. LIV. I. TIT. V. DU MARIAGE.

sonne ravie que dix ans après la cessation du rapt ; on a voulu empêcher ce qu'on nommait alors des *mésalliances*. Cette incapacité avait été substituée, par le chancelier d'Aguesseau, à la jurisprudence vicieuse qui, laissant au ravisseur l'option entre le mariage et l'échafaud, le favorisait par cette alternative même. La peine de mort était trop forte : cependant, comme il était nécessaire de conserver la terreur qu'elle inspirait, M. d'Aguesseau la laissa subsister, en déclarant seulement qu'elle n'était point applicable au simple commerce illicite, qu'il distingua du rapt ; et il donna au rapt l'effet d'annuler le mariage. Le motif d'empêcher les *mésalliances* telles qu'on les concevait alors, ne subsiste plus ; mais il est encore nécessaire d'empêcher que des aventuriers ne viennent troubler les familles honnêtes : or, la loi veille autant qu'elle le doit à l'intérêt des familles ; elle prévient le vol qui leur est fait par la séduction d'un mineur, lorsqu'elle déclare nul le mariage que ce mineur a contracté sans l'aveu de ses parens. L'article que l'on discute ne devait donc plus s'occuper que du rapt proprement dit.

M. ROEDERER dit que, puisque l'intérêt de s'introduire dans une famille opulente est encore aujourd'hui un appât pour les intrigans, il convient de leur opposer une barrière plus forte que la nécessité d'obtenir le consentement du tuteur. Ce tuteur peut se laisser corrompre.

M. RÉAL dit que le consentement du tuteur seul ne suffit pas pour valider le mariage du mineur.

M. ROEDERER se rend à cette observation.

15. Le PREMIER CONSUL dit que la rédaction de l'article n'est pas exacte. Il n'y a pas de mariage, où il n'y a pas de consentement libre ; l'article semble cependant supposer qu'il y a, en ce cas, un mariage, mais qu'il n'est pas valable.

M. BOULAY propose de rédiger ainsi : « Il n'y a pas de

« mariage, si les deux époux n'y ont pas donné un consentement libre. »

M. PORTALIS dit qu'il y a un consentement apparent toutes les fois que les parties ont contracté en présence de l'officier public; que si ce consentement se soutient après que la personne ravie a recouvré sa liberté, il valide le mariage; qu'il ne serait donc pas exact de dire que, dans ce cas, il n'y a pas de mariage, puisqu'il y a un principe de mariage qui rend le mariage valable après un certain temps.

Le PREMIER CONSUL dit que la rédaction semble ne concerner que les mariages faits hors de la présence de l'officier civil; que cependant il est possible que le consentement donné devant cet officier n'ait pas été libre.

Le MINISTRE DE LA JUSTICE dit que cette considération avait porté les rédacteurs du projet de Code à employer l'expression *consentement libre et formel*.

M. TRONCHET dit qu'en effet les menaces faites par des parens avant qu'on se présente à l'officier civil, ont pu forcer le consentement de l'un des époux : c'est ainsi qu'autrefois on ne laissait à une jeune fille que l'option entre un couvent et la personne qu'on lui offrait pour époux.

Le PREMIER CONSUL dit que l'article devrait être rédigé de manière à prévenir ces sortes de violences. Quand elles ont eu lieu, il y a un acte civil; mais il est nul, car il n'y a pas de mariage là où il n'y a pas de consentement libre; et l'on ne peut pas regarder comme tel le consentement d'un individu violenté par sa famille : il faudrait même chercher une expression qui rendît mieux cette idée que l'expression *consentement libre*.

Le CONSUL CAMBACÉRÈS préfère l'expression des rédacteurs du projet de Code Civil à celle qui a été employée par la section.

M. RÉAL dit que le mot *formel* est inutile, parce que l'officier de l'état civil ne célébrerait pas le mariage, si le consentement n'était exprimé dans la forme établie par la loi; et que c'est là tout ce que signifie le mot *formel*.

M. PORTALIS dit que la nécessité du consentement formel est déjà établie par le Titre relatif aux actes de l'état civil; mais qu'un consentement formel n'étant pas toujours un consentement libre, le mot *formel* ne rendrait pas l'idée qu'on veut exprimer.

Le PREMIER CONSUL dit qu'on pourrait décider d'abord qu'il n'y a pas de mariage, quand le consentement n'a pas été donné dans les formes prescrites par le Titre relatif aux actes de l'état civil; ensuite, qu'il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur.

M. RÉAL fait observer que, dans la jurisprudence actuelle, l'erreur ne vicie le mariage que lorsqu'elle porte sur l'individu, et non quand elle ne tombe que sur le nom ou sur les qualités.

Le PREMIER CONSUL dit que le nom, les qualités, la fortune, entrent dans les motifs qui déterminent le choix d'un époux ou d'une épouse. L'erreur sur ces circonstances détruit donc le consentement, quoiqu'il n'y ait pas d'erreur sur l'individu.

Ainsi, tout se réduit à ceci :

Le mariage est valable lorsque les formes ont été observées, et qu'il n'y a eu violence ni erreur sur la personne.

Le mariage doit être cassé si les formes n'ont pas été observées, ou s'il y a eu violence ou erreur.

M. TRONCHET dit que les tribunaux ont pensé qu'une loi qui déclarerait nuls les mariages pour l'inobservation de toute forme quelconque, serait trop générale, parce que toutes les formes n'étant pas également essentielles,

elles ne doivent pas être également prescrites sous peine de nullité.

Le PREMIER CONSUL partage cette opinion. La loi, dit-il, doit spécifier les formes dont l'inobservation entraîne la nullité du mariage, et les distinguer de celles qui ne produisent pas le même effet.

M. TRONCHET propose de placer le chapitre IV à la tête du projet de loi, et d'y placer l'article en discussion, ou de rédiger dans cet ordre : « Il n'y a pas de mariage « quand les formes n'ont pas été remplies, sauf les « exceptions ci-après. »

Le PREMIER CONSUL dit que placer l'article en discussion dans le chapitre IV, ce serait mêler ensemble les cas où il n'y a pas de mariage, et les cas où le mariage peut être cassé.

M. BERLIER propose de dire que le consentement donné devant l'officier civil ne suffit pas pour former le mariage, toutes les fois qu'il y a violence, erreur ou séduction.

M. RÉAL dit que n'y ayant pas de consentement lorsqu'il y a erreur, séduction ou violence, on peut se réduire à la disposition qui exige le consentement.

3. M. BIGOT-PRÉAMENEU propose la rédaction suivante :
« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consente-
« ment; il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a vio-
« lence, séduction, ou erreur sur la personne. »

Cette proposition est adoptée, et l'art. 4 rejeté.

9. L'art. 5 est adopté.

0. L'art. 6 est soumis à la discussion.

1. Le CONSUL CAMBACÉRÈS demande qu'on ne se serve pas de l'expression inusitée *fille de famille*, mais qu'on emploie cette expression générique, *ceux qui sont en puissance paternelle*.

Document N°IV : Extrait de l'exposé de motifs, fait par Bigot-Preameneu au Conseil d'Etat, dans la séance du 6 pluvoise an XII (27 janvier 1804)

Source : J. G. Locre, *Législation civile commerciale et criminelle de la France*, Paris : treuttel et wurtz libraires, tome XII., 1827, p. 390 et s

390 CODE CIVIL. LIV. III. TIT. III. DES CONTRATS, etc.

Un changement important a été fait à l'ancien ordre de choses, quant au délai pendant lequel cette action peut être intentée.

Lorsqu'il s'agissait d'annuler un contrat, ce délai comprenait tout le temps pendant lequel le contrat pouvait être opposé, c'est-à-dire le long espace de trente années, à moins que la loi n'eût fixé un terme moindre.

Il est vrai que dans la plupart des cas où il pouvait y avoir lieu à de pareilles actions, on avait senti la nécessité de ne pas laisser dans une aussi longue incertitude le sort des contractans, et le délai avait été limité à dix ans.

Le temps de dix années a été regardé comme le plus long délai dont une partie puisse avoir besoin pour recourir à la justice. Ainsi, dans tous les cas où l'action en rescision ou en nullité n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action ne durera que dix ans.

On a maintenu les anciennes règles qui fixent de quelles époques ce temps doit commencer.

Il ne commencera, s'il s'agit de violence, que du jour où elle aura cessé. Pendant tout le temps qu'elle dure, elle renouvelle et confirme le droit de se pourvoir, et le délai ne serait plus de dix ans s'il commençait plus tôt.

Il faut, pour que le délai dans lequel l'action doit être formée commence, qu'il ait été possible de l'intenter : ainsi, dans le cas d'erreur ou de dol, ce ne peut être que du jour où ils ont été découverts.

On regarde comme étant dans l'impossibilité d'agir, les personnes qui n'ont pas l'exercice de leurs droits ou la capacité.

Ainsi le temps ne commencera que du jour de la dissolution du mariage, à l'égard des femmes qui reviendront contre les actes passés par elles sans autorisation pendant leur mariage.

Document N°V : Extrait du rapport fait par Jaubert au Tribunat, dans la séance du 13 pluvoise an XII (3 février 1804)

Source : J. G. Loche, *Législation civile commerciale et criminelle de la France*, Paris : treuttel et wurtz libraires, tome XII., 1827, p. 491 et s

PARTIE II. ÉLÉMENTS DU COMMENTAIRE. X. 491

60. *Septième moyen d'extinction.... l'action en nullité ou en rescision des conventions....* Un acte énonce une convention.

Il faut distinguer le matériel de l'acte, et son effet.

Le matériel consiste dans les formes extrinsèques ;

L'effet dépend de la substance de la convention.

Pour qu'une convention soit obligatoire, il ne suffit pas qu'elle ait les apparences extérieures d'une convention, qu'elle soit revêtue des formes prescrites en pareille matière ; il faut aussi qu'on y retrouve tout ce qui est nécessaire pour la réalité d'une convention.

Quatre conditions sont essentielles : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite.

Une cause illicite, c'est-à-dire celle qui serait contraire à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, vicierait tellement la convention qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable : il n'y a pas eu de contrat.

Si la convention n'avait pas d'objet, il serait bien impossible qu'en aucun temps elle produisît une obligation ; ce ne serait pas non plus un contrat.

Les incapables de contracter sont les mineurs, les interdits, les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi, et généralement tous ceux auxquels la loi a interdit certains contrats.

Les incapables ne peuvent être forcés à remplir leurs engagements malgré eux.

Ils ont la faculté de les faire annuler.

Mais ce n'est qu'une faculté dont l'exercice est limité par la loi.

S'ils renoncent à l'exercer, ou s'ils ne le font pas dans les formes et dans les délais voulus par la loi, l'engagement doit être exécuté.

Enfin, il n'y a pas de consentement valable, si le con-

sentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

Mais celui qui prétend avoir été trompé, ou forcé, ou surpris, doit le prouver : c'est donc une exception dont il peut user; et s'il n'en use pas aux termes des lois, l'engagement reste dans toute sa force.

L'action en nullité ou en rescision ne s'applique donc qu'aux cas où la convention peut produire une action, qui néanmoins est susceptible d'être repoussée par une exception; c'est-à-dire, 1°. *au cas de l'incapacité*, 2°. *au défaut du consentement*.

Et c'est là la grande matière des demandes en restitution, et des actions rescisoires, qui ont tant occupé les jurisconsultes.

Il a paru à votre section que le projet avait adopté les principes les plus justes, les plus équitables, et les plus analogues à la morale et au repos des familles.

Et d'abord il était impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés de contrats, et qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation, et conséquemment le principe d'une action, laquelle action peut être seulement repoussée par une exception.

Lorsqu'il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui a souscrit l'engagement n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager, ou que du moins, à quelque époque qu'il soit poursuivi, il soit toujours admis à répondre qu'il n'y a pas d'obligation : mais lorsqu'il s'agit d'un mineur, d'une femme mariée, ne serait-il pas bien extraordinaire que le temps de la restitution ne fût pas limité? Les formes civiles n'avaient pas été observées; mais l'obligation en soi pouvait être légitime.

Il en résulte qu'on ne devait pas, dans ce cas, déclarer d'une manière absolue qu'il n'y avait pas d'obligation; qu'on devait se borner à dire que celui qui avait souscrit l'engagement pourrait s'y soustraire.

La nécessité d'un délai était commandée par l'intérêt public : c'est pour que les propriétés ne restent pas longtemps incertaines.

Pareillement, le secours que la loi accorde à ceux dont le consentement n'a pas été libre doit être invoqué dans un délai fixé.

Ne serait-il pas attentatoire au repos des familles qu'un particulier qui serait engagé par un contrat à payer une somme pût, indistinctement dans tous les temps, être admis à dire qu'il s'était trompé, ou qu'il avait été forcé ou surpris ? Un laps de temps sans réclamation doit faire présumer la ratification.

C'est d'après ces considérations et la sagesse reconnue de nos anciennes maximes que le temps de la restitution restera limité. Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

Les dix ans doivent être utiles : aussi ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts.

A l'égard des femmes mariées non autorisées, le délai ne court que du jour de la dissolution du mariage, parce qu'alors seulement elles sont libres d'agir par elles-mêmes et de leur chef, et qu'en principe la prescription ne peut courir contre celui qui ne peut agir.

Par les mêmes motifs, le temps ne court contre les interdits que du jour où l'interdiction est levée; et contre les mineurs, du jour de la majorité.

Source : J. G. Loche, *Législation civile commerciale et criminelle de la France*, Paris : Treuttel
et Wurtz libraires, tome XII., 1827, p. 428 et s

l'obligation qui n'a pas de cause ou qui est fondée sur une fausse cause ou sur une
cause illicite, ne peut produire aucun effet ; et la cause est illicite quand elle est prohibée
par la loi. Ou contraire aux bonnes mœurs, soit à l'ordre public. Dans tous ces cas, il
n'y a pas d'obligation, ou il faudrait admettre des effets sans

cause.

5. Mais il ne faut pas confondre l'obligation qui n'a pas
de cause, avec celle où la cause n'est pas exprimée. Dans
le premier cas, comme nous venons de le dire, il n'y a
pas d'obligation ; dans le second, l'obligation subsiste :
elle est valable si la cause est connue, quoique non ex-
primée. La différence vient de ce que, dans le premier
cas, il est reconnu que l'obligation n'a pas de cause, et de
ce que, dans le second, il existe une cause, quoique non
exprimée.

6. Les obligations illicites sont dans la même classe que
celles contractées sans cause ; car une cause illicite est aux
yeux de la loi comme si elle n'existait pas, ou comme une
cause impossible dans son exécution.

7. Ainsi il faut bien se pénétrer du principe adopté par le
projet : il divise les engagements d'une manière à écarter
toute difficulté dans l'application ; il n'en distingue que
de deux sortes ; savoir, les engagements auxquels la loi
refuse toute existence qui puisse produire un effet, et
ceux qui sont seulement susceptibles d'être rescindés.

On doit ranger, parmi les premiers, ceux qui ont été
contractés sans cause, ou pour une fausse cause, ou pour
une cause illicite, et on peut dire qu'il n'y en a pas d'au-
tres de cette nature.

On doit compter, parmi les seconds, les engagements
des mineurs, des interdits, des femmes mariées, et ceux
surpris par dol, erreur ou violence.

On verra par la suite que le projet n'autorise pas la con-
firmation ou ratification des actes de la première espèce,

Source : J. G. Locré, *Législation civile commerciale et criminelle de la France*, Paris : treuttel
et wurtz libraires, tome XII., 1827, p. 523 et s

4. Mais s'il y a eu un premier acte susceptible de l'action en nullité ou rescision, et que dans un second acte les mêmes parties rappellent le premier, quel doit être l'effet de ce second acte ? Nous arrivons ici à la matière importante des actes confirmatifs.

Des actes confirmatifs..... Confirmer un acte ou le ratifier, c'est lui donner une force qu'il n'aurait pas eue par lui seul.

Les jurisconsultes avaient beaucoup disserté sur la nature et les diverses espèces des confirmations ou ratifications.

Quels étaient les actes qui pouvaient être ratifiés ?
Comment la ratification devait-elle être exprimée ? Dans quel cas la ratification faisait-elle remonter l'obligation à la date du premier acte ? Quelle était l'influence de la ratification envers les tiers qui avaient acquis des droits sur l'obligé dans l'intervalle écoulé entre le premier acte et la ratification ?

A cette occasion il fallait dissenter sur les nullités, distinguer ce qui était nul radicalement ou ce qui était simplement nul, ce qui était nul absolument ou ce qui ne l'était que relativement, c'est-à-dire ce qui ne produisait pas d'action, ou ce qui simplement donnait une exception.

Et pour cela on était forcé d'entrer dans des abstrac-

lions sur l'incapacité des contractans, de faire diverses classes des incapables, d'analyser les vices qui pouvaient résulter de l'objet de la convention ou de la cause de la convention.

Il fallait faire cesser autant d'incertitudes; il fallait surtout bannir de cette matière des termes qui exigeraient des définitions.

Une idée vraie et simple, c'est qu'on ne peut confirmer et ratifier que ce qui a réellement existé quoique manquant de force par quelque vice.

De là il résulte :

1°. Qu'on ne peut, en aucune manière, confirmer ni ratifier de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence ;

2°. Que, dans tous les autres cas, la ratification peut avoir lieu ;

3°. Que jamais les droits des tiers ne peuvent en souffrir.

La loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir de convention sans objet ou sans cause licite.

Dans ce cas, il ne peut donc y avoir lieu à ratification.

Pour ce qui est des actes contre lesquels la loi n'admet que la voie de la rescision, tels que les engagements des mineurs, des interdits et des femmes mariées, ils sont susceptibles de ratification.

Dans tous ces derniers cas, l'obligé avait la faculté de proposer une exception. S'il renonce à user de son droit, l'obligation reste.

Cette théorie se trouvera tout entière dans la loi. La ratification ou confirmation peut résulter d'un acte formel ou de l'exécution volontaire.

5. Ce que nous venons de dire se rapporte non seulement

aux vices intrinsèques des actes, mais encore aux vices extrinsèques, ceux qui résultent de l'inobservation des formes.

Quoiqu'un acte ne soit pas revêtu des formes voulues par la loi, cela n'empêche pas qu'il n'existe un titre quelconque; si le créancier agit, il peut être repoussé; mais toujours faut-il que l'obligé fasse usage de son exception, car, s'il y renonce, *volenti non fit injuria*.

Les nullités de forme peuvent donc se couvrir par le silence; d'où il suit que cette espèce de nullité peut aussi être couverte par la ratification.

Mais la loi a dû excepter les donations nulles dans la forme : il faut qu'elles soient refaites dans la forme légale; le donateur ne peut réparer le vice par aucun acte confirmatif. C'est l'importance de l'acte portant donation, c'est la nature du transport de propriété qui se fait à titre gratuit, qui ont dû porter le législateur à ne pas se contenter en pareil cas d'une simple ratification.

La volonté ne suffit pas non plus pour une donation; il faut encore qu'elle soit manifestée par des signes extérieurs et publics, qui, en consommant l'expropriation du donateur, avertissent aussi de la transmission tous ceux qui peuvent avoir des intérêts à démêler avec lui.

Il n'en doit pas être de même à l'égard de ses héritiers ou ayans-cause. Ils ont sans doute le droit de faire déclarer la donation nulle; mais s'ils la ratifient, ou s'ils l'exécutent, cette ratification ou exécution volontaire emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception.

Nous venons de parcourir ce qui regarde la preuve littérale; passons à la partie qui traite de la preuve testimoniale.

26. *De la preuve testimoniale....* Deux grands motifs doivent influencer sur la détermination des preuves, 1°. la

Document N°VIII : Extrait des Observations de la section de législation du Tribunal
présentées dans la séance du 4 pluvoise an XII (26 décembre 1803)

Source : J. G. Locré, *Législation civile commerciale et criminelle de la France*, Paris : treuttel
et wurtz libraires, tome XII., 1827, p. 284 et s

284 CODE CIVIL. LIV. III. TIT. III. DES CONTRATS, etc.
suffit qu'il soit sujet à transcription sur les registres publics, pour que l'article doive être appliqué.

Les donations ne sont pas les seuls actes qui soient dans le cas de la transcription.

73. Article 234 (1338 du Code). Sur les mots, *acte radicalement nul*, on observe que rien n'est plus vague. Cette expression serait une source d'arbitraire et d'incertitude. Dès-lors elle ne doit point trouver place dans le Code. Il faut 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 l'unique moyen de prévenir tous les inconvéniens. Que l'on consulte la loi même ; elle porte, article 25 (nouvelle rédaction) que, « les engagements contractés par les impubères ne sont obligatoires en aucun cas, ni pour aucune des parties. »

De cette disposition, parfaitement conforme à l'esprit de celle dont elle a pris la place, il résulte que la nullité, dont la loi frappe l'acte que l'impubère a souscrit, est 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'engager. Nul doute que les engagements contractés pour cause illicite ne doivent être rangés dans la même classe. Le caractère de réprobation dont ils sont marqués, ne peut jamais être effacé. En un mot, ces deux espèces d'engagements sont entachés d'un vice intrinsèque qui ne permet pas que jamais ils puissent être validés.

Il n'en est pas de même des engagements contractés par le mineur, l'interdit ou la femme mariée. La loi ne les déclare point nuls de plein droit. C'est en faveur du mineur, de l'interdit et de la femme mariée que cette seconde classe de nullité est établie. Ce sont des nullités

relatives à un état particulier de personnes : aussi l'article 207 (1311 *du Code*) déclare-t-il que le mineur n'est pas recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il le ratifie en majorité ; aussi lit-on dans l'article 26 (1125 *du Code*), second paragraphe, que les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté. Ces sortes d'actes ne peuvent donc être annulés que lorsqu'ils sont attaqués par ceux-là même pour qui la loi a été faite. Si, loin de les attaquer, ils les confirment et les ratifient dans un temps où ils ont la capacité de contracter, les nullités sont couvertes au point que les actes confirmés ou ratifiés sont considérés comme ayant été faits valablement dès leur origine, et comme n'ayant jamais cessé d'être valables. Ce raisonnement peut être appliqué aux obligations qui sont le résultat de la violence, de l'erreur et du dol. Le droit d'en demander la nullité n'appartient qu'à ceux qui prétendent avoir été victimes de l'un de ces moyens. Les parties avec lesquelles ils ont contracté ne pourraient se prévaloir d'un vice qui serait leur propre ouvrage.

Il reste à remarquer que dans les cas de nullités susceptibles d'être couvertes, la faculté de les couvrir ne doit jamais nuire aux droits des tiers. Si quelqu'un, autre que les parties contractantes, est lésé par l'effet de la confirmation ou ratification, il réclamera ; et dans le cas où la réclamation serait fondée, la justice y fera droit.

Ces développemens ont déterminé la section à donner son assentiment à une nouvelle rédaction de l'art. 234, ainsi conçue :

« Les engagemens contractés par les impubères, ou pour cause illicite, ne peuvent être confirmés ni ratifiés, soit tacitement, soit expressément.

74. Article 236 (1340 du Code). Après les mots, *confirmation ou ratification*, ajoutez : *ou exécution volontaire*. (Le surplus comme dans le projet.)

Cette addition a paru nécessaire pour annoncer que, dans ce cas particulier comme dans les cas généraux prévus par le second paragraphe de l'article 234 (1338 du Code), l'exécution volontaire de l'acte produit le même effet que sa confirmation ou ratification.

75. Article 240 (1344 du Code). Après les mots, *être le restant*, ajoutez : *ou faire partie*. Cet article doit être conçu de manière à pouvoir être applicable au cas où il s'agirait d'une somme réclamée par un cohéritier comme faisant partie d'un capital provenant de la succession, lequel capital excéderait cent cinquante francs.

76. Article 245 (1349 du Code). Ici le projet définit la présomption. La section préfère la définition suivante :

« Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tirent d'un fait certain, pour parvenir à la connaissance d'un fait incertain. »

Dans la rédaction du projet, il est dit *que la présomption est un jugement porté par la loi ou le magistrat*. On a observé que le magistrat prononçait des jugemens et non pas la loi. Une présomption est d'ailleurs plutôt une conséquence qu'un jugement. Tels sont les motifs de la préférence accordée à la nouvelle rédaction, qui est presque entièrement conforme à la définition donnée par

Source : J. G. Locré, *Législation civile commerciale et criminelle de la France*, Paris : treuttel et wurtz libraires, tome XII., 1827, p. 404 et s

Des Actes récongnitifs et confirmatifs.

204. On vient d'exposer les règles sur les titres originaux et sur les copies : il est une troisième classe de titres ; ce sont ceux qui n'ont point été faits pour établir une obligation, mais seulement pour reconnaître ou confirmer une obligation déjà existante.

Ces actes ne doivent point être assimilés au titre primordial : ils en supposent la vérité ; ils ne sont obligatoires qu'autant qu'ils y sont conformes, et conséquemment ils ne dispensent point de le représenter.

Si néanmoins il était expressément déclaré dans l'acte récongnitif ou confirmatif que la teneur du titre primordial y est relatée, celui qui aurait souscrit cet acte ne pourrait plus démentir son propre témoignage.

Quoiqu'en général les parties ne soient pas liées par les actes récongnitifs ou confirmatifs dans tout ce qui diffère du titre primordial, cependant lorsqu'il y a plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession, et dont l'une a trente ans de date, le créancier peut être dispensé de représenter le titre primordial. Leur date, qui remonte à des temps plus rapprochés du titre primordial, et l'exécution donnée à ces actes pendant le temps nécessaire pour la plus longue prescription, sont des moyens que le juge appréciera ; car alors même le créancier n'est pas de plein droit dispensé de la représentation du titre.

205. Lorsqu'on veut confirmer ou ratifier un acte dont la nullité pourrait être prononcée, il faut que l'acte par lequel on confirme ou on ratifie fasse connaître d'une

manière certaine celui qui est confirmé ou ratifié, en même temps que la volonté de faire disparaître le vice de nullité. Cette preuve ne peut être complète qu'autant qu'on trouvera dans l'acte de confirmation ou de ratification, la substance de l'acte primitif, la mention de la nullité et l'intention de la réparer. La distinction que l'on faisait entre la confirmation et la ratification a paru inutile. Leur effet est le même, celui d'emporter la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte confirmé ou ratifié.

206. Il est dans certains actes des vices qui ne peuvent être réparés par ce moyen : ce sont les vices de forme qui dans un acte de donation entre-vifs entraînent la nullité aux termes de la loi. Ces vices n'existeraient pas moins, quoique l'acte fût confirmé. D'ailleurs ces formes ont été prescrites pour l'intérêt des tiers : elles ne peuvent être suppléées; il est donc indispensable que l'acte de donation soit refait dans la forme légale.

207. Au nombre des tierces personnes que ces formes intéressent, sont les héritiers ou ayans-cause du donateur : ils ne peuvent pendant sa vie renoncer à opposer les vices de forme de la donation; ils n'ont aucun droit ouvert, et ce serait une convention sur une succession non échue : ce qui est défendu. Mais si après la mort du donateur ses héritiers ou ayans-cause confirment ou ratifient la donation, ou s'ils l'exécutent volontairement, il en résulte, comme dans tous actes de confirmation ou de ratification, qu'ils renoncent à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception.

De la Preuve testimoniale.

208. Les actes écrits sont le premier genre de preuve et le plus certain. Le second genre est celui de la preuve testimoniale.

Document N°X : **Extrait du Répertoire universel et raisonné de jurisprudence de Guyot, t. XV, 1784, v° « rescision », p. 328.**

Source : D. Veillon « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008, p. 78.

- La lettre obtenue par le demandeur auprès de la chancellerie

« Louis par la grâce de Dieu[...], à notre prévôt de Paris, ou son lieutenant civil, salut ; de la part de notre [amé] François Duret, nous a exposé qu'étant poursuivi rigoureusement par ses créanciers il y a un an, & s'étant même trouvé obligé de s'absenter, pour se soustraire à la contrainte par corps, il a été forcé, pour se libérer envers eux, de vendre principalement au sieur Claude Fontaine, une maison lui appartenant, rue[...], pour les payer ; que cette vente a été faite à vil prix, la dite maison lui appartenant, rue[...], pour payer ; que cette vente a été faite à vil prix, ladite maison étant en bonne état, & rapportant plus de 1500 livres, toutes charges& réparations déduites, & n'ayant été vendue que la somme de 14000 livres, tandis qu'elles valoit au moins 30 000 livres ; & d'autant qu'il y a eu lésion d'outre moitié dans ladite vente, il a recours à nous pour lui être sur ce pourvu. A ces causes, voulant favorablement traiter l'exposant, nous vous mandons que les parties intéressées étant assignées pardevant vous, s'il vous appert de ce que dessus, & notamment qu'il y ait eu dans ladite vente lésion d'outre moitié, & autres choses, tant que suffire doivent, en ce cas vous remettiez les parties en tel & autres choses, tant que suffire doivent, en ce cas vous remettiez les parties en tel& semblable état qu'elles estoient avant ladite vente, ce faisant, vous condamniez ledit sieur Fontaine ou ses représentant, à rendre & restituer ladite maison à l'exposant, en lui restituant par celui-ci le prix principal de ladite vente & les loyaux coûts. De ce faire vous donnons pouvoir, car tel est notre plaisir. Donné en notre chancellerie du palais, à Paris, le[...]&c. »

- La requête exposant les prétentions du demandeur de la lettre de rescision devant le prévôt, après l'obtention de cette lettre auprès de la chancellerie.

« A M. le prevot de Paris, ou M. le lieutenant civil.

Supplie humblement François Duret, bourgeois de Paris ;

Qu'il vous plaise de lui permettre de faire assigner pardevant vous au parc civil, dans les délais de l'ordonnance, le sieur Claude Fontaine, aussi bourgeois de Paris, pour voir dire que les lettres de rescision obtenue par le suppliant en la chancellerie du palais à Paris, le[...], dument signées et scellées, seront entérinées pour être exécutées selon leur forme & teneur ; en conséquence que les parties seront remises au même état qu'elles soient avant le contrat de vente fait par le suppliant, dans quinzaine de la signification de la sentence à intervenir, ladite maison en l'état détaillé audit contrat de vente, en lui restituant par le suppliant le prix principal de ladite vente, & les loyaux coûts dans ledit temps ; & faute par ledit sieur Fontaine de sortir de ladite maison dans ledit temps, faire place nette, rendre les clefs& les lieux dans ledit état, permis au suppliant de le faire expulser de la dite maison, mettre ses meubles& effets sur le carreau, & en cas d'ouvertures de portes, permis de les faire ouvrir par un serrurier, en présence du premier commissaire requis, & de deux voisins, en la matière accoutumée, sous la réserve du suppliant de ses autres dus, droits & actions ; & vous ferez bien »

Document N°XI : **Extrait de l'exposé d'une lettre de remission datant de 1481 et faisant reference à une lettre de rescision.**

Source : **Arch. Nat., Carton des rois JJ., reg. 208, f 117, ch. 196.** (Ce document est le plus ancien des documents parlant des lettres de rescision connus pour le moment, sous réserve de la decouverte d'autres archives.)

« Laquelle chose voyans lesdits Gourdon et Barry tout incontinent coururent à Bordeaux à la chancellerie, et obtinrent lettres de relievement des dits contraulx, adressantes au sénéchal de Perigueux ou à son lieutenant, par lesquelles lui estait mandé que si lui apparoisait que en faissant iceux contraulx, ils eussent été enormenet deceuz, que en ce cas il les rescindist, cassast et adnullast. »

LES INDEX

Index thématiques

Les numéros renvoient aux paragraphes et non aux pages

A

A posteriori : 651, 652.

A priori : 649, 650, 694

Abstractions logiques : 517, 649.

Acceptation : 91, 132, 134, 360, 365.

Acte juridique : 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120.

Acte unilatéral : 115, 358..

Action

- *action en déclaration de nullité* : 263, 264, 265.
- *action en nullité*
 - * *disparition* : 326.
 - * *exercice* : 288 bis.
 - * *naissance* : 240 bis.
 - * *nécessité* : 274, 275.
- *action en répétition de l'indu* : 8, 262, 267.
- *action en revendication* : 8, 256, 258, 259, 262, 267.

Action attirée : 304.

Action banale : 304.

Actio doli : 21, 396.

Action in factum : 20..

Actiones legis : 16..

Actio metus : 22.

Action personnelle : 254, 256.

Action réelle : 256.

Affectio societatis : 218, 714.

Ancien droit français : 43 et s.

Ancien droit romain : 16.

Annulabilité

- *condition* : 99.
- *confirmation* : 329.
- *définition* : 105 et s.
- *effets* : 452..
- *personnes pouvant agir* : 291, 292.
- *prescription* : 372.

Apparence :

- *conséquences* : 250, 251, 311 et s..
- *définition* : 194.
- *origine* : 41, 51, 100.

Autonomie de la volonté : 71, 170, 171, 172, 442, 750.

B

Bonne foi

- *les contrats de bonne foi* : 29, 273.
- *les effets de la bonne foi* : 310 et s ; 250, 251 et s.

Bonnes mœurs : 583, 750.

Bulle Super Specula : 563.

C

Capacité : 88, 91, 132.

Casuistique : 12, 162, 163.654 et s ; 687 et s.

Cause

- *absence de cause* : 92, 275.
- *illicéité de cause* : 322, 475, 477.

Chose d'autrui : 135, 280 et s.

Chose future : 124.

Chose jugée : 419, 420.

Classification : 80, 652, 693, 694.

Clause réputée non écrite : 265, 447.

Comparé (droit)

- *définition du droit comparé* : 13, 595.
- *droit africain* : 598.
- *droit allemand* : 239, 450, 454, 601.
- *droit américain* : 600.
- *droit anglais* : 214, 322, 599, 620, 691.
- *droit belge* : 371, 610.
- *droit brésilien* : 598.
- *droit européen* : 617 bis.
- *droit hollandais* : 609.
- *droit israélien* : 710..
- *droit italien* : 450, 606.
- *droit musulman* : 598.
- *droit québécois* : 180, 611.
- *droit suisse* : 450, 605.
- *fonction du droit comparé* : 596, 614 et s.

Common law : 214, 322, 599, 620, 691.

Condictio : 17, 273.

Condition : 242 et s.

Confirmation

- *condition* : 329, 354.
- *définition* : 327.
- *effets* : 363 et s.
- *inexistence* : 329.
- *nullité absolue* : 344 et s.
- *nullité relative* : 344.
- *régularisation* : 355 et s.
- *renonciation* : 358 et s.

Consensualisme : 170, 750.

Consentement

- *absence de consentement* : 89, 90, 91.
- *vices du consentement* : 89.

Construction abstraite : 517 et s ; 649 et s.

Construit : 522, 523.

Contrat : 85, 86, 118, 119, 120, 170.

Critère de distinction des nullités

- *droit de critique* : 157, 158.
- *équité* : 210.
- *état de l'acte* : 83, 84.
- *le critère en droit de la famille* : 791.
- *le critère en droit des sociétés* : 722.

- *le critère en droit du travail* : 752.

Culpa in contrahendo : 429, 431, 432, 433, 434, 586.

D

Décision du juge

- *décision constitutive* : 411, 413, 418 et s.
- *décision déclarative* : 411, 413, 416 et s.
- *Déclaration de nullité* : 263, 264, 411, 413, 416 et s.

Déclaration de volonté : 114 et s.

Défense d'estoppel : 114 et s.

Dettes de jeu : 276.

Digeste : 27.

Divorce : 245, 304, 411, 772, 783, 790, 791, 795, 796, 797, 803, 807, 809. 815, 827.

Doctrine : 62, 63, 64, 65, 66, 824, 830.

Dol : 9, 18, 20, 21, 29, 661, 659, 720, 721, 756, 774.

Donné et construit : 523.

Droit barbare : 36, 37.

Droit canonique : 38, 49, 107. 112, 138, 170, 322, 552, 775, 784, 788, 789, 804, 811.

Droit coutumier : 39, 40, 43, 562 et s.

Droit de critique

- *disparition du droit de critique* : 326.
- *exercice du droit de critique* : 288 bis, 302.
- *renonciation au droit de critique* : 358.
- *titulaires du droit de critique* : 302.

Droit naturel : 67, 70, 278, 505, 531, 532, 534, 538, 557, 558, 559, 591, 595, 598.

Droit positif : 68.

Droit prétorien : 18 et s ; 572.

Droit romain : 16 et s ; 164, 218, 272, 273, 312, 327, 428, 429, 536, 550, , 586, 669, 690, 714, 720, 721, 787, 798, 810.

Durée: Cf prescription.

E

Ecole scientifique: 492, 522 et s.

Effet déclaratif: 411, 413, 416 et s.

Effet relatif: 419, 420.

Effets de l'acte nul

- *effets de l'acte nul dans le temps* : 411, 413, 416, 451.
- *effets de l'acte nul par rapport au personnes* : 310 et s.
- *effets de l'acte nul par rapport à l'acte* : 427 et s.

Efficacité de la sanction : 470 et s.

Éléments du contrat

- *éléments nécessaires à l'existence du contra* : 86 et s.
- *éléments nécessaires à la validité du contrat* : 99 et s.

Empirisme: 651, 654 et s ; 687 et s.

Enrichissement sans cause: 776.

Epistémologie: 70 et s ; 652, 693, 694.

Equité : 210, 214 et s ; 620.

Erreur

- *erreur inexcusable* : 316.
- *erreur obstacle* : 128.
- *erreur vice du consentement* : 132.

Etat de l'acte

- *annulabilité* : 99.
- *inexistence* : 83, 84, 85 et s.
- *réparation de l'acte* : 355 et s.

Exceptio doli : 21.

Exception: de nullité

- *condition* : 399.
- *durée* : 396, 397.
- *limite* : 394.

Exceptio Metus : 22.

Exégèse : 62, 108, 493, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 502, 503, 505, 506, 507, 511, 517, 523, 645, 654.

F

Fin de non-recevoir : 326, 402.

Firmitate : 37.

Formalisme :

- *Formalisme de constitution* : 710.

- *forme nécessaire à l'existence du contrat* : 93, 550.

- *forme nécessaire à la validité du contrat* : 136, 137.

- *Formalisme du mariage* : 783.

Fraude : 782.

G

Garantie : 326.

Glossateurs : 41.

H

Histoire du droit : 15, 547 et s ; 817.

I

Immatriculation : 710.

Imperium : 23 et s.

Indivisibilité : 437.

Inefficacités : 10.

Inexistence

- *condition* : 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93.
- *Confirmation* : 329.
- *conséquences* : 451 et s.
- *définition* : 94 et s.
- *personnes pouvant agir* : 289.
- *prescription* : 372 et s.

Inopposabilité : 7, 310 et s.

Institutes : 690.

Intérêt

- *intérêt à agir*
 - * *action préventive* : 268 et s.
 - * *nullité absolue* : 305.
 - * *nullité relative* : 304 et s.
- *intérêt protégé* : 159, 303, 304 et s.

Interprétation

- *de la loi* : 62, 108, 492, 493, 495 et s.
- *du contrat* : 219.

Irrévocabilité du contrat : 274.

Ipso iure : 18, 29, 570, 572, 573, 574, 576,

Irudictio : 19, 20

Ius civile : 18, 25, 28, 570, 572, 573, 574, 576,

Ius prétorien : 19, 20, 21, 22, 23, 25, 28, 572.

J

Juge

- **pouvoir du juge** : 210, 214 et s ; 620, 666.
- **saisine du juge** : 240 bis.

L

L'école de l'exégèse : 492, 493, 495.

L'école moderne du droit de la nature : 531.

Lésion : 216.

Lettre de rescision : 43, 46, 47, 48, 50, 52, 55, 56, 564, 565, 566, 567, 568, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579.

Liberté contractuelle : 170 et s.

Libre recherche : 491, 492, 522 et s.

Licenciement : 753, 754, 762, 764, 766, 768, 769, 815,

M

Mariage

- **confirmation**: 798 et s.
- **définition** : 772.
- **divorce** : 772, 783, 790, 791, 795, 796, 797, 803, 807, 809.
- **homosexuel** : 781 et s.
- **inexistence** : 778 et s.
- **mariage putatif** : 809 et s.
- **nullité** :
 - * **nullité-dénonciation** : 790, 791, 795, 803, 807, 816, 818, 827.

* **nullités-divorce** : 790, 791, 795, 796, 797, 803, 807, 816, 827.

- **prescription** : 804 et s.

Méthode exégétique : 492, 493, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 502, 503, 505, 506, 507, 511, 517, 523, 645, 654.

Morale : 67, 210, 214 et s ; 620.

Moyen :

- **moyen d'ordre public** : 300.
- **moyen de pur droit** : 300.

N

Nationalisme juridique: 14.

Negozio : 608.

Nemo auditur... : 322, 475, 477.

Nomo plus juri...: 281, 318.

Nullité

- **confirmation** : 327.
- **définition** : 5, 10.
- **effets** : 310 et s ; 411, 413, 416, 427 et s ; 451.
- **nullité absolue** : 49, 50, 140, 163.
- **nullité de droit** : 94, 225, 274.
- **nullité de plein droit** : 45, 48, 58.
- **nullité-dénonciation** : 790, 791, 795, 803, 807, 816, 818, 827.
- **nullités-divorce** : 790, 791, 795, 796, 797, 803, 807, 816, 827.
- **nullité facultative** : 225, 666.
- **nullité pro socio** : 713, 721, 722, 725, 729, 731 et s.
- **nullité relative généralisée** : 161, 713, 721, 722, 725, 729, 731 et s.
- **nullité relative** : 163.
- **nullités respectives** : 49, 50.
- **nullités libérales** : 744, 751, 752, 757, 761.
- **nullités sociales** : 744, 751 et s.
- **nullités textuelles** : 665 et s.
- **nullité ipso iure** : 20, 44.
- **prescription** : 367 et s.
- **titulaires du droit de critique** : 288 bis et s.

Nullité partielle : 427, 436 et s.

Nullité totale : 427.

O

Objet : 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 124, 127, 128, 135, 144, 201, 535, 546, 552, 583, 608, 636, 718, 721, 724, 725, 728, 729, 731, 751.

Office du juge : 210, 214 et s ; 620, 666.

Officialités : 565, 774, 788, 811.

Offre : 91, 132, 134, 360, 365.

Ordre public

- **Ordre public politique** : 750.
- **Ordre public de direction et de protection** : 174, 177, 178, 212, 347, 582, 585, 724, 747, 749.
- **Ordre public familial** : 785.
- **Ordre public social** : 746, 747.

P

Pacte sur succession future : 348, 353.

Partie

- **existence des parties** : 88, 91, 128.
- **les parties au procès en nullité** : 288 bis et s.

Pathologie du contrat : 83, 84, 539 et s.

Perpétuité : Cf prescription

Philosophie du droit : 67, 68, 69, 531.

Pontife : 62, 689.

Positivisme : 68, 70, 72.

Possesseur : 257, 258, 259, 281, 283, 420, 424, 481.

Post-glossateurs : 41.

Préjudice : 9, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 319, 320, 396, 429, 433.

Prescription

- **définition** : 372.
- **exception de nullité** : 394.
- **imprescriptibilité** : 372. 398.
- **inexistence** : 372.
- **nullité absolue** : 383.
- **nullité relative** : 383.

Préteur : 18, 19, 572.

Procédure extra ordinaire : 25, 26.

Procédure formulaire : 18, 20.

Projet Catala : 60, 127, 179, 201, 297, 362 bis, 450, 454, 457, 471, 727, 829.

Projet Gandolfi : 617 bis.

Projet Lando : 617 bis.

Publicité foncière : 285.

Q

Quê temporalia... : 394, 396, 397, 399.

Querela inofficiosi testamenti : 34.

R

Ratio scripta : 559.

Rationalisme : 517 et s ; 531, 649 et s.

Réfaction : 365 et s.

Régularisation : 355 et s.

Renonciation : 358 et s.

Répétition de l'indu : 8, 262, 267.

Requalification : 219, 763.

Rescision : 6, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 55, 56, 58.

Résolution : 52, 243.

Responsabilité :

- **Définition** : 9.
- **La culpa in contrahendo** : 429 et s.

Res inter alios judicata... : 419.

Restitutio in integrum : 23, 44.

Restitution :

- **action en restitution** : 8, 256, 258, 259, 262, 267.
- **actions personnelles** : 17.
- **actions réelles** : 17, 254, 256.
- **compétence** : 256.
- **prescription** : 256.

Rétroactivité de la nullité

- **contrat de travail** : 762 et s.
- **le contrat en général** : 411, 413, 416, 451.
- **mariage** : 808, 809 et s.
- **société** : 732.

Revendication : 8, 17, 262, 267.

Risque : 424, 425.

S

Sanction : 464, 468, 469, 470 et s.

Science et technique : 520, 521, 522.

Sénatus-consulte :

- *Sénatus-consulte macédonien* : 30, 31, 32.
- *Sénatus-consulte Velleien* : 30, 47.

Société de fait :

Sociétés :

- **les formalités** : 710
- **L'objet social** : 718, 721, 724, 725, 728, 729, 731, 751.
- **définition** : 708.
- **nullité**
 - * **nullité pro socio** : 713, 721, 722, 725, 729, 731 et s.
 - * **nullité relative généralisée** : 713, 721, 722, 725, 729, 731 et s.
 - * **les effets de la nullité** : 732 et s.

Sociologie: 580 et s.

Solidarisme :172.

Sollen et le sein : 589.

Specialia generlibus derogant : 700.

T

Théorie :

- *Définition de la théorie* : 11.
- *théorie de l'acte juridique* : 114 et s.
- *théorie de l'état de l'acte* : 83, 84.
- *théorie du droit de critique*: 157 et s.
- *théorie générale des nullité* : 486 et s.
- *théorie générale du droit* : 67, 68, 69, 70.
- *théories spécifiques des nullités* : 705 et s.

Tiers : 7, 71, 248, 284, 285 et s ; 295, 300, 301 et s ; 310 et s ; 419 et s.

Titulaires du droit de critique : 302.

Travail (contrat):

- **définition du contrat de travail** : 739.
- **nullités libérales et nullités sociales** : 744, 751, 752, 757, 761.
- **les effets de la nullité** : 762 et s.

V

Validité du contrat : 86 et s.

Vente de la chose d'autrui : 135, 280 et s.

Vices du consentement : 89.

Villers-Cotterêts : 43, 369, 397, 564.

Voide et voidable : 599, 600

II : Index des auteurs

Les numéros renvoient aux paragraphes et non aux pages

A

Acolas : 170.

Adam : 771.

Adida-Canac : 219, 251, 714.

Ameline: 798.

Atias : 11, 72, 73, 75.

Aubry. et Rau. : 64, 91, 93, 97, 104, 105, 109, 141, 142, 144, 149, 150, 151, 180, 223, 233, 234, 274, 292, 329, 333, 341, 347, 355, 356, 375, 383, 388, 398, 409, 414, 420, 452, 459, 492, 497, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 523, 537, 571, 622, 641, 664, 665, 666, 667, 668, 678, 712, 805, 812.

Augustin : 2, 563, 565, 566, 567, 579

B

Bachelard : 73, 694.

Bacon: 651, 652.

Balde: 41, 422.

Bandrac: 202, 367, 398.

Barriere: 49, 595.

Bartole: 29, 41, 42, 51, 165, 327, 422.

Baudry-Lacantinerie. : 2, 96, 102, 105, 109, 145, 260, 452, 499, 568, 641.

Beaumanoir: 39, 40.

Beccaria : 67.

Bély : 611.

Benabent. : 254, 303, 322.

Bergel : 63, 78.

Berton : 776, 784.

Beudant. : 89, 105, 145, 168, 194, 246, 275, 323, 331, 356, 372, 452, 458, 480, 511, 516, 537, 543, 642, 652.

Bigot-preameneu: 452, 507, 532, 629, 633.

Biret: 61, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 705.

Bonaparte : 1, 2, 131, 624, 631, 633, 635.

Bonnecase: 492, 499, 502, 503, 538, 540, 541, 554.

Boudot: 66, 97, 120, 198.

Bouhier: 47, 49, 50, 138.

Bourgeon: 1, 2, 28, 53, 89, 98, 106, 260, 290, 329, 339, 341, 373, 374, 513, 514, 516, 534, 541, 543, 635, 655, 656, 657, 658, 659, 663.

Bouteillier : 40.

Bufnoir. : 96, 101, 143, 180, 290, 329, 336, 375, 455.

Bugnet : 492.

Bureau et Watt : 186.

C

Cabannes : 441.

Cabrillac. : 63.

Cadet : 712, 715, 717, 724, 728, 730, 734, 735.

Cambaceres: 629.

Camerlynck : 695, 760.

Capitant et Colin : 59, 151, 172, 175, 303, 344, 349, 417, 492, 505, 507, 513, 523, 528, 529, 582, 583, 596, 597, 614, 615, 635, 746, 773, 774.

Carbonnier : 128, 174, 175, 178, 264, 300, 303, 306, 417, 453, 476, 583, 588, 589, 590.

Catala. : 60, 127, 179, 201, 297, 362 bis, 450, 454, 457, 471, 727, 829.

Charondas : 579.

Chevallier. : 151, 173, 176, 178, 220, 350, 404, 425, 525, 529, 681.

Ciceron: 164, 690.

Colmet de Santerre : 94, 144.

Couturier. : 267, 270, 328, 346, 356, 357, 358, 363, 364, 405, 504, 529, 743, 747, 759, 761, 763, 765, 784.

Cozian. Viandier. et Deboissy : 718.

Cujas: 29, 42.

Cumyn : 9, 13, 43, 150, 156, 174, 200, 203, 207, 208, 210, 211, 213, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 228, 231, 305, 306, 416, 529, 555, 556, 560, 561, 567, 570, 571, 572, 579, 599, 612, 617, 618, 619, 620, 691.

D

D'Argentré: 44, 47, 48, 166, 327, 566, 573.

David Rene: 597.

de La Pradelle. : 116, 125, 126, 188, 189, 190, 191, 193, 203, 248, 270, 453, 529.

de Sédouy :

de Vincelles : 9, 468, 470, 473, 478.

del Vecchio : 67, 69.

Delvincourt. : 108, 140, 513, 515, 621, 655.

Demante. : 93, 94, 105, 144, 147, 242, 250, 251, 290, 291, 323, 332, 340, 419, 621.

Demogue. : 172, 457, 518, 519, 522, 523, 596, 674.

Demolombe. : 1, 2, 64, 71, 72, 88, 91, 92, 96, 101, 120, 131, 143, 168, 261, 375, 492, 506, 536, 539, 541, 545, 641, 671, 672, 673, 712, 776, 806, 807.

Denisart: 45, 49, 295, 327, 369, 565.

Deroussin: 14, 16, 24, 29, 32, 94, 114, 115, 120, 164, 166, 167, 194, 200, 217, 274, 286, 312, 430, 433, 434, 455, 460, 493, 498, 507, 513, 531, 550, 557, 558, 567, 573, 574, 575, 583, 588, 606, 618, 620, 622, 638, 639, 689, 692, 720, 739.

Deville neuve : 109.

Djoudi : 763.

Dokes: 316.

Domat: 43, 44, 52, 56, 58, 166, 238, 243, 275, 420, 428, 456, 513, 548, 554, 559, 578, 638, 698.

Drogoul. : 1, 12, 64, 65, 87, 88, 94, 118, 119, 130, 131, 132, 133, 147, 158, 195, 234, 251, 323, 333, 359, 362 bis, 388, 391, 414, 471, 498, 500, 501, 502, 503, 513, 517, 519, 526, 541, 545, 446, 551, 558, 559, 584, 591, 627, 633, 641, 646, 651, 654, 657, 660, 661, 673, 674, 675, 677, 678, 692, 693, 694, 824, 830.

Du Moulin: 43, 51, 56, 186, 576, 577, 578.

Dubouchet : 627, 692.

Duguit : 114.

Dunod : 50, 138, 166, 181, 238, 327, 369.

Dupeyron. : 198, 201, 285, 328, 351, 356, 358, 360, 361, 366.

Durant : 695, 760.

Duranton. : 94, 100, 101, 108, 423, 670, 671.

Durkaime : 580.

Durry: 113, 120, 667.

E

Esmein: 107, 415, 784.

F

Farjat : 174, 181, 361, 405, 758.

Favard: 94, 103, 548, 634.

Fenouillet : 775, 785, 796, 797, 798.

Fontaine. : 786, 801, 802.

Fouillee : 171.

Freyria: 768, 769.

Fulchiron: 775.

G

Gaius. : 36, 550, 690, 810.

Gaudemet. E, : 14, 64, 65, 66, 150, 162, 163, 197, 201, 251, 252, 269, 302, 303, 310, 315, 323, 326, 342, 344, 345, 362, 363, 365, 382, 383, 401, 409, 418, 426, 433, 453, 455, 458, 461, 450, 481, 492, 502, 503, 507, 511, 514, 517, 526, 528, 529, 580, 591, 603, 692, 741, 824.

Gaudemet. S : 188, 249, 264, 270, 352, 376, 412, 413, 444, 446, 447, 448, 461, 696, 725, 729, 731, 735.

Gaudet : 13, 270, 552, 616 bis, 617 bis.

Gaudu. et Vatinet : 757.

Gény: 59, 70, 214, 492, 498, 500, 501, 503, 507, 516, 517, 518, 519, 521, 522, 523, 526, 528, 529, 580, 590, 627, 639, 650, 674, 675, 676, 694, 829.

Ghestin: 3, 177, 181, 197, 211, 212, 222, 226, 302, 303, 344, 351, 361, 401, 404, 434, 438, 444, 445, 450, 471, 477, 507, 568, 571, 755.

Girard : 20, 31.

Goldie-Genicon: 695, 697, 698, 700.

Gordon: 588.

Gounot: 71, 116, 172, 510, 519, 541, 580, 706, 751, 760, 768.

Gout: 274, 377.

Gracien : 38.

Grégoire : 38.

Grotius: 67, 531.

Guelfucci-Thibierge: 9, 126, 185, 188, 204, 221, 222, 223, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 319, 320, 324, 412, 416, 418, 427, 431, 441, 442, 444, 461.

Guggenheim: 13, 66, 162, 173, 416, 527, 600, 603, 605, 616, 618, 681.

Guinchard: 420.

Gutmann: 189.

Guy Canivet : 620.

Guy coquille : 43, 45, 569, 574.

Guy Pape : 566.

Guyot : 49, 50, 295, 369, 509, 566, 567, 574, 578.

H

Hallouin: 715, 735.

Halpérin. : 56, 59, 114, 506, 510, 830.

Hartemann: 39, 40, 48, 52, 56, 88, 93, 98, 106, 120, 263, 291, 332, 339, 388, 535, 549, 553, 555, 556, 626, 642, 670.

Hauriou: 706.

Hébraud: 188, 193, 356, 360, 366, 525.

Hemard: 709, 712, 715, 723, 734, 735.

Huc : 109, 261, 291, 333, 395, 506, 669, 812.

Humbert : 31.

I

Imbert : 45, 46, 575.

Irnerius : 41.

Ives de Chartres : 107.

J

Japiot. : 2, 7, 8, 12, 64, 65, 118, 123, 130, 144, 148, 149, 150, 151, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 172, 175, 188, 190, 195, 196, 198, 199, 200, 205, 216, 229, 234, 247, 248, 251, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 277, 280, 288, 295, 298, 302, 303, 309, 310, 313, 315, 323, 332, 344, 345, 347, 353, 358, 359, 365, 379, 380, 381, 382, 383, 392, 393, 397, 398, 401, 405, 408, 409, 416, 417, 418, 426, 430, 440, 461, 462, 466, 469, 471, 473, 480, 481, 501, 502, 503, 513, 515, 517, 520, 521, 522, 524, 525, 526, 528, 529, 554, 583, 584, 587, 592, 607, 608, 627, 636, 646, 648, 650, 651, 652, 654, 656, 658, 663, 674, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 683, 687, 693, 694, 696, 721, 794, 819, 824, 829.

Jaubert. : 1, 330, 338, 374, 388, 507, 549, 625, 634, 635.

Jeandidier. : 710.

Jestaz, Jamin et Rolin : 13, 37, 39, 63, 72, 493, 497, 505, 507, 511, 517, 518, 523, 597, 639.

Jhéring: 258, 431, 432, 433, 434, 460, 540, 698.

Josserand. : 6, 145, 362, 389, 396, 499, 542.

Julien : 327, 798.

Justinien : 21, 22, 24, 26, 36, 38, 41, 238, 310, 321, 367, 396, 548, 566, 690, 786.

K

Kant: 73, 171, 694.

Kelsen: 69, 70, 71, 274, 545, 589, 694.

L

Lacordaire : 171.

Laithier. : 595, 618, 620, 691.

Lambert: 580, 595, 597.

Larombière. : 91, 104, 105, 141, 168, 333.

Laroque. : 743, 746, 747, 748, 755, 764,

Larroumet. : 475.

Laurent : 13, 14, 64, 104, 105, 109, 261, 329, 333, 335, 337, 356, 373, 413, 492, 610, 641, 794, 812.

Laurière : 46, 58.

Le coutumier d'Artois : 40.

Le Grand : 46, 616.

Lefort : 214.

Lévy et Castaldo. : 56, 563, 564, 571, 574, 575, 589.

Loisel: 45, 46, 58, 565.

Loyer. : 14, 87, 115, 130, 135, 136, 469, 501, 517, 519, 534, 545, 551, 622, 641, 650, 674, 675, 676, 677, 693, 694.

Lutzesco. : 13, 34, 65, 116, 125, 158, 178, 181, 199, 267, 270, 275, 342, 349, 383, 413, 414, 437, 438, 448, 499, 525, 527, 555, 584, 585.

M

Magnier : 724.

Malaurie : 128,455, 468, 469, 474, 475, 775.

Maleville: 629.

Mandoza. Côté : 611.

Marcadé : 87, 91, 93, 94, 105, 109, 168, 398, 805.

Marcien : 34, 810.

Mazeaud. H, Mazeaud. L, Mazeaud. J et François Chabas : 182, 303, 383, 398.

Mbaye: 598.

Mekki : 673.

Merlin : 49, 405, 509, 567, 574.

Mestre: 60.

Michel Villey : 689.

Millard : 68, 70.

Modestin : 23, 772, 780, 781.

Montesquieu : 580, 617 bis.

Moore : 117.

Mornac: 46, 58, 576, 578.

Mortet : 24, 28, 31, 37, 96, 103, 145, 242, 243, 260, 263, 290, 291, 323, 335, 338, 339, 355, 356, 368, 372, 451, 452, 508, 554, 566, 568, 570, 572, 575.

P

Papinien: 164, 327, 787, 810.

Paul : 29, 164, 272, 720, 721, 772, 787.

P. de Fontaine : 40.

Perrin: 655, 656, 657.

Piedelivre: 462, 469.

Pimont: 433.

Pierre de Fontaine : 40, 368.

Pize : 16, 52, 91, 93, 94, 98, 106, 138, 143, 145, 260, 263, 290, 331, 332, 373, 378, 390, 420, 516, 534, 538, 541, 554, 555, 623, 625, 633, 634, 640, 642, 785, 799, 803, 814.

Planiol et Ripert : 2, 130, 131, 132, 168, 252, 268, 274, 303, 336, 363, 383, 390, 404, 453, 492, 505, 523, 525, 527, 528, 529, 597, 724, 731, 746, 768, 829, 830.

Pomponius : 20, 29, 429, 798.

Portalis : 57, 139, 167, 170, 215, 278, 348, 385, 532, 548, 581, 590, 629, 630, 631, 636, 696, 698, 772, 780, 783, 817, 830.

Pothier: 2, 43, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 87, 91, 126, 132, 138, 245, 246, 344, 421, 456, 457, 458, 513, 536, 548, 552, 553, 554, 578, 638.

R

Real: 57.

Remy : 300, 307, 492, 493, 494, 505, 506.

Renard : 27, 36.

Renard et Vieujean : 123, 247, 248, 306, 498, 641.

Renckhoff: 328, 333, 334.

Rigaudière : 577.

Rolland : 674.

Rouhette : 7, 1.

S

Salleiles : 109, 114, 172, 434, 471, 492, 500, 507, 547, 580, 581, 586, 596, 601, 602, 603, 604, 632, 741, 823.

Savaux : 72, 73, 81, 116, 421, 486, 638, 643.

Savigny: 14, 59, 580, 601.

Simon : 135, 292.

Simon. D: 62.

Sirey : 61.

Solon : 139, 471, 661, 662, 663, 664.

Starck, Roland et Boyer : 326, 384, 465.

Szramkiewicz: 732,

T

Terré, Simler, et Lequette : 60, 158, 198, 225, 303, 345, 383, 419, 425, 436, 438, 439, 440, 445, 447, 463, 472, 497, 529, 530, 565, 573, 575, 654, 658, 749, 754,

Thaller: 158, 198, 225, 303, 345, 383, 419, 440, 530, 565, 573, 575, 749, 754, 785, 796, 797, 798.

Théodose : 18, 25, 31, 36, 669, 810.

Toullier : 94, 100, 101, 108, 140, 195, 250, 251, 252, 323, 329, 341, 342, 370, 405, 423, 451, 506, 509, 512, 513, 514, 515, 655, 667, 668.

Tronchet: 57, 629, 631.

Troper : 68, 69, 71.

Troplong : 101.

U

Ulpian: 18, 21, 24, 31, 32, 34, 164, 218, 272, 273, 312, 327, 428, 536, 586, 669, 714, 720, 721, 810.

V

Vallette : 108.

Vecchi: 607.

Veillon: 56.

Verkindt. : 764, 768.

W

Waline : 653.

Waltz : 9.

Z

Zachariae. : 13, 87, 93, 97, 99, 104, 109, 139, 144, 262, 334, 338, 355, 372, 391, 511, 512, 513, 535, 546, 601, 641, 805, 812.

Zenati et Revet : 62, 69, 257, 278, 280, 281, 282, 288, 530, 599, 691.

LES RESSOURCES DOCUMENTAIRES

I. Sources

A. Sources antérieures à 1804

ARCH. NAT., Carton des rois JJ., reg. 208, f 117, ch. 196.

BOUHIER (J.), Observation sur la coutume du Duché de Bourgogne, Dijon : Jean Baptiste Augé, 1757 aux n° 12-13.

BRISSAUD (J.), *histoire du droit privé*, 2e éd., Paris : E. de Broccard, 1935.

BUGNET (M.), *Œuvres de Pothier*, Tome II, 2e éd., Paris : Cosse et Marchal, 1861.

BUGNET (M.), *Œuvres de Pothier*, Tome X, 2e éd., Paris : Cosse et Marchal, 1861.

D'ARGENTRE (B.), *Coutumes générales du pais et duché de Bretagne*, Rennes : Guillaume Vatare, tome 1, 1745.

DE BEAUMANOIR (PH.), *Coutumes de Beauvaisis*, Paris : A. et J. PICARD, 1970.

DENISARTT (J. B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris : Chez Dessaint, tome 2, 1744.

DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, la Haye : Adrien Moetjens, tome 1, 1703.

DOMAT (J.), *Lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris : Nyon, tome I, 1777.

DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions*, Paris : Chez Brisson, 1744.

FRAGMENTA LEGIS XII tabularu: Ad Pandectarum et Codicis seriem accommodata.

GAIUS, *Abrégé des institutions de droit de Gaius*, fait par Anien, chancelier d'Alaric, Roi des goths.

GUYOT (M.), Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, Paris : Panckoucke, tome 42, 1781.

LES CINQUANTE LIVRES DU DIGESTE OU DES PANDECTES DE L'EMPEREUR JUSTINIEN, Traduits en français Par M. Hulot, jurisconsulte et avocat au Parlement de Paris.

LES DOUZE LIVRES DU CODE DE L'EMPEREUR JUSTINIEN, Traduits en français par P.-A. TISSOT, jurisconsulte.

LOYSEL, *Instutes Coutumières*, Paris : Nicolas Gosselin, tome2, 1637.

OLIVIER (J.), Nouveau code civil proposé à la nation française et soumis à l'assemblée, 1789.

PAULI, *Sententiarum receptarum ad filium*.

PHILIPPE DE BEAUMANOIR, *Les coutumes de BAUVAISIS*, Paris : Renouard, 1842

PIERRE DE FONTAINE, *Le Conseil*, Paris: Durand Libraire, 1846

PIERRE GUENOIS, *Recueil des ordonnances royaux*, Bourgue en Bresse : Jean Teinturier, 1622.

PORTALIS (J.), *Discours et rapports sur le Code civil*, Paris : Centre de philosophie politique et juridique, 1989.

POTHIER, *Traité des obligations*, Bruxelles : Langlet, tome 1, 1835.

POTHIER, *Traité des obligations*, Bruxelles : Langlet, tome 2, 1835.

POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Paris : Debure, tome 1, 1772.

PROJET DE CODE CIVIL du 24 thermidor an VIII, Paris : Emery, 1801.

SAGNAC (PH.), *La législation de la révolution française : la propriété et la famille*, Paris : A F E, 1899.

SIMON (D.), Nouvelle bibliothèque historique et chronologique des principaux auteurs, Paris : Robert Pepie, 1692.

SOMME RURAL, Paris : Barthelemy, 1612.

ULPIEN, *Livre particulier des règles de DOMITIUS ULPIEN*

B. Sources postérieures à 1804

1. Les ouvrages et les autres sources

ATIAS (C.), *Epistémologie juridique*, Paris : Dalloz, 2002.

ATIAS (C.), *Théorie contre arbitraire*, Paris : PUF, 1987.

AUBRY (C.) ET RAU (C.), *Cours de droit civil français*, Paris : Librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, tome IV., 1869.

AUBRY (C.) ET RAU (C.), *Cours de droit civil français*, Paris : Cosse Marchal & Cie, tome I., 1869.

AUBRY (C.) ET RAU (C.), *Cours de droit civil français*, Paris : Librairie technique de la cour de cassation, tome XII., 1958.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, Paris : L S R G L A, tome II., 1905.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, Paris : L S R G L A, tome I., 1905.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, Paris : L S R J-B et du journal du palais, tome III., 1906.

BAUDRY-LACANTINERIE. (G), *Précis de droit civil*, 3^e éd, Paris : Larose&Forcel, Vol 2., 1888-1889.

BERGEL (J. L.), *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1989.

BEUDANT (R.), *Cours de droit civil français*, 2^e éd, Paris : Rousseau & Cie éditeur, tome VIII., 1936.

BONNCASE (J.), *L'école de l'exégèse en droit civil : Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd, Paris : de Bocard, 1924.

BONNCASE (J.), *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux : Delmas, tome1, 1933.

BUFNOIR (C.), *Propriété et contrat*, Paris : Arthur Rousseau, 1900.

CAMBACERES, *Projet de Code Civil*, Paris : Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 57.

CAMERLYNCK (G. H.), *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd, Paris : Dalloz, 1982.

CARBONNIER (J.), *Droit civil les obligations*, 12^e éd, Paris : PUF, tome IV., 1985.

CARBONNIER (J.), *Ecrits*, Paris : Presse universitaire de France, 2008.

CATALA (P.), MINISTERE DE LA JUSTICE, *Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris : Documentation française, 2006.

CODE CIVIL DES FRANÇAIS, *Conforme à l'édition originale*, Toulouse : Chez Veuve Douladoure, 1806.

CODE CIVIL DU BAS-CANADA, Montréal : C O B & Valois éditeur, 1866.

CODE DE PROCEDURE CIVILE, édition originale et officielle, Paris : Imprimerie impériale, 1806.

CODE NAPOLEON, *Seul texte du Code civil pour la Belgique*, Bruxelles : Librairie Polytechnique D'aug, 1857.

COLIN (A.) ET CAPITANT (H.), *Droit civil français*, 11^e éd par J. de la Morandiere, Paris : Librairie Dalloz, 1947.

- CUQ (E.),** *Manuel des institutions juridiques des romains*, , 2e éd, Paris : Plon, 1928.
- DE LINAGE (G.),** *Code de procédure civile, Leçon du feu Boitard*, Paris : Gustav Thorel, tome 1, 1837.
- DEL VECCHIO (G.),** *Philosophie du droit*, Pref. D. Gutmann, (1953) réimp. Paris :Dalloz, 2004.
- DELVINCOURT (M.),** *Cours de Code Napoléon*, Paris : P. Gueffier Imprimeur-libraire, tome II., 1813.
- DEMANTE (A. M.),** Continué depuis l'art. 980 / par Colmet de Santerre. E, *Cours analytique de code civil*, 2è éd, Paris : Plon, tome I., 1881.
- DEMANTE (A. M.),** Continué depuis l'art. 980 / par Colmet de Santerre. E, *Cours analytique de code civil*, 2è éd, Paris : Plon, tome V., 1881.
- DEMOGUE (R.),** *Code civil annoté* par E. Fuzier-Harman (Nouvelle édition, refondue et mise à jour sous la direction de René Demogue), Paris : Recueil Sirey, 1937.
- DEMOGUE (R.),** *Traité des obligations en général*, Paris : Arthur Rousseau, tome II, 1923.
- DEMOGUE (R.),** *Traité des obligations en générale*, Paris : Librairie Arthur Rousseau, tome I., 1923.
- DEMOLOMBE (C.),** *Traité de mariage et de la séparation de corps*, Paris : Lahure éditeur, 1881.
- DEMOLOMBE (C.),** *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris : A. Durnad, tome 1., 1868-82.
- DEROUSSIN (D.),** *Histoire du droit des obligations*, Paris : Economica, 2007.
- DURANTON (M.),** *Cours de droit français : suivant le Code civil*, Paris : G. Thorel, tome XIII, 1844.
- DURANTON (M.),** *Cours de droit français : suivant le Code civil*, Paris : G. Thorel, tome XII., 1844.
- FENET (P.),** Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Paris : au dépôt, tome IV., 1827.
- FENET (P.),** *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris : au dépôt, tome IX., 1827.
- FENET (P.),** *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris : au dépôt, tome XIII., 1827.
- FOUILLEE (A.),** *La science sociale contemporaine*, Paris : Hachette, 1929.
- GAUDEMET (E),** *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préf. Ph. Jestaz, Ch. Jamin et Frederic Rolin, (1934) réimp. Paris : Editions mémoire du droit, 2002.

- GAUDEMET (E.)**, *Théorie générale des obligations*, (1937) réimp. Paris :Dalloz, 2004.
- GENY (FR.)**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, Paris : Librairie Marescq 1894.
- GENY (FR.)**, *Science et technique en droit positif*, Paris : Sirey, tome I, 1914.
- GHESTIN (J.)**, *Droit civil les obligations*, 2è éd., Paris : LGDJ, 1988.
- GIFFARD (A.E.)**, *Droit romain et ancien droit français*, , 3e éd. par R. Villiers, Paris : Dalloz, 1970.
- GIRARD (P. F.)**, *Manuel élémentaire de droit romain*., (1895) réimp, Préf. J –P. Lévy, Paris : Dalloz, 2003.
- HERING**, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites dans les œuvres choisies*, trad. O. de Meulenaere, Paris 1893, t. 2, p. 1 à 100.
- HOUIN (M. R.)**, « Avant projet de textes sur les nullités des actes juridiques », in *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, Paris : Librairie du recueil sirey, 1946-1947.
- HUC (TH.)**, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris : Pichon, tome VIII., 1892-1903.
- HUC (TH.)**, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris : Pichon, tome I., 1892-1903.
- JESTAZ (PH.) ET JAMIN (C.) ET ROLIN (F.)**, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*: Par E. Gaudemet, (1934), réimp. Paris : Editions mémoire du droit, 2002.
- JESTAZ (PH.) ET JAMIN (C.)**, *La Doctrine*, Paris : Dalloz, 2004.
- JHERING**, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites dans les œuvres choisies*, trad. O. de Meulenaere, Paris 1893, t. 2, p. 1 à 100
- JOSSERAND (L.)**, *Cours de droit civil positif français*, Paris : Recueil Sirey, tome II., 1939.
- JUSTINIANI**, *Institutionum Seu elementorum Divi Justiniani sacratissimi principis*.
- KELSEN (H.)**, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris :LGDJ, 1997
- LACORDAIRE, (H.-D)**, 45e conférence de Notre-Dame, du 16 avril 1848.
- LAITHIER (Y.)**, *Droit comparé*, Paris : Dalloz, 2009.
- LAROMBIERE (M. L.)**, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil*, Paris : A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, tome V., 1885.
- LAURENT (F.)**, *Principes de droit civil*, Paris : A. Durand, 1869, tome 2 et s.
- LAURENT**, *Avant-projet de révision du Code civil*, Bruxelles : Bruylant, 1884.

LOCRE (J. G.), *Législation civile commerciales et criminelle de la France*, Paris : treuttel et wurtz libraires, tome IV., 1827.

LOCRE, (J. G), *Législation civile commerciale et criminelle de la France*, Paris : treuttel et wurtz libraires, tome XII., 1827.

MARCADE (V.), *Explication théorique et pratique du code civil*, 7è éd, Paris : Delamotte et fils, éditeurs, tome III., 1873.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.) ET CHABAS (FR.), *Leçon de droit civil : Obligations théorie générale*, 8è éd, Paris : Montchrestien, tome II, 1991.

MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, Paris : Dalloz, 2004.

PLANIOI (M.) ET RIPERT. (G.), *Traité de droit civil français*, 2è éd par P. Esmein, Paris : LGDJ, tome VI., 1952.

PLANIOI (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 11è éd Paris : LGDJ, tome I., 1928.

SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris : F. Pichon, 1901.

TERRE (F.) ET FENOUILLET (D.), *Droit civil : La famille*, 8^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2011.

TOULLIER (M. C.B.M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie a la pratique*, Paris : B. Warée, tome VII, 1819-1831.

TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris : Puf, 2001.

VILLEBRUN (J.), *Traité théorique et pratique de la juridiction prud'homale*, Préf. G. Lambert, Paris : LGDJ, 1963.

ZACHARIAE (K.), *Droit civil français* annoté par G. Massé et Ch. Vergé, Paris : Auguste Durand Librairie, tome III., 1857

ZACHARIAE (K.), *Droit civil français* annoté par G. Massé et Ch. Vergé, Paris : Auguste Durand Librairie, tome II., 1857

ZENATI-CASTAING (F.), *Scientia juris*, œuvre pas encore publiée.

2. Les articles et actes de colloques

ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité*, (Dir M. Chartier), Paris : Documentation française, 2004.

ALLARA (M.), « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité en droit civil italien », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV.

ASSER (C. D.), « Le Code civil dans les Pays-Bas », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

AUGUSTIN (J. M.), « L'adage voies de nullité n'ont point de lieu », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008.

BIERVLIET (J. VAN.), « L'interprétation belge du Code civil », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

BILLON (J. L.), « Controverses et querelles sur la doctrine », in *Les controverses doctrinales*, Montpellier : Cahiers des écoles doctorales, 2000.

BOUDOT (M.), « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^{ème} et 20^{ème} siècles », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008.

CAMERLYNCK (G. H.), « La renonciation du salarié », *Droit social*, 1960.

CARBONNIER (J.), « Droit privé et sociologie », in *Jean Carbonnier 1908-2003 : Ecrits*, (Dir R. Verdier), Paris : Presse universitaire de France, 2008.

CHEVALLIER (M. J.), « Rapport général », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, (Dir M. J. C.hevallie), Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV.

CHIRONI (G. P.), « Le code civil et son influence en Italie », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

COUTURIER (G.), « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Contrat au début du XXI^{ème} siècle : études offertes à Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001.

CROME (C.), « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004

DEROUSSIN (D.), « Culpa in contrahendo: L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », *Rev. historique de droit français et étranger*, 2004-2

DEROUSSIN (D.), « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^{ème} siècle*, Paris : Dalloz, 2009

DIJON (X.), « Esquisse historique des référence philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ?* (Dir L-L.Christians), Bruxelles : Bruyant, 2008.

DJOUDI (J.), « Les nullités dans les relations individuelles de travail », *D*, 1995.

DRAND (B.), « Querelles doctrinales et frontière du droit », in *Les controverses doctrinales*, Montpellier : Cahiers des écoles doctorales, 2000.

DUPONT (M.), « Nullité absolue et nullité relative», in *La nullité des contrats*, Bruxelles: Larchier Université de Liège, 2006.

DURRY (G.), « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV.

FREYRIA (V.C.), « Nullité du contrat de travail et relation de travail », *Droit social*, 1960

GAUDEMET (E.), « Les codifications récentes et la révision du Code civil », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

GAUDET (S.), « Inexistence nullité et annulabilité du contrat : Essai de synthèse », *McGill Law Journal*, 1995, Vol. 40.

GENY (FR.), « La technique législative dans la codification civile moderne », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

GORDON (R. W.), « Histoire critiques du droit », in *Ecrire l'histoire du droit : Réflexions méthodologiques*, (Dir F. Michaud), Paris : L'harmattan, 2006.

HALLOUIN (J. C.), « Les nullité en matière de société », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008.

HALPERIN (J. L.), « La présentation du livre du centenaire », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

HANSSENS, « Le Code civil en Belgique », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

JAMIN (CH.), « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *l'avenir du droit , Mélanges en l'honneur de François Terré*, Litec, Dalloz et PUF, 1999.

KELSEN (H.), La théorie juridique de la convention, *Arch. Phil. Dr* , 1940.

KOHLER (J.), « Le Code civil français dans la théorie et la pratique allemandes », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

KUNST (A. J. M.), « L'annulabilité, la nullité et l'inexistence des actes juridiques en droit hollandais », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV.

LAROQUE (L.), « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *tendances du droit du droit du travail français contemporain : Etudes offertes à G. H. Camerlinck*, Paris : Dalloz, 1978.

LE CROM (J. P.), « Avant-propos », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes : PUR, 2004.

MARTIN (A.), « Le Code civil dans le canton de Genève », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

MIGNAULT (P. B.), « Le code civil au Canada », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

MULLER (E.), « Le Code civil en Allemagne : son influence générale sur le droit du pays, son adaptation dans les pays rhénans » , in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

PATRY (R.), « La nullité en droit commercial suisse » , in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV.

PLANIOU (M.), « Inutilité d'une révision générale du Code civil » , in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp, Paris : Dalloz, 2004.

REMY (PH.), « Eloge de l'exégèse », *Revue française de théorie juridique* , 1, 1985.

RENARD (G.), «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age», *Nouvelle Rev. historique de dr. Français*, (1903) 27.

RENARD (M. C.) ET VIEUJEAN (M. E.), « La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge » , in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV.

ROLLAND (L.), « Les abstractions logiques et les pratiques comme source de droit », in *François Gény : Mythe et réalité*, Paris : Dalloz, 2000.

SALLEILES (R.), De la responsabilité précontractuelle, *RTD civ.* 1907. 697.

VAVASSEUR (A.), *De la nullité des sociétés anonymes et de quelques conséquences de la nullité*, Lyon : Imprimerie Bellon, 1882.

VECCHI (P. M.), « Catégories juridiques et faux amis : le système des nullités dans les codes civils italiens » , in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008.

VEILLON (D.), « La rescision des actes juridique dans le traité de procédure civile de Robert Joseph Pothier » , in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008.

VERKINDT (P. Y.), « La nullité du contrat de travail, Droit du travail et de la sécurité sociale », *TPS*, 1994.

VERKINT (P-Y.) ET BONNARD-PLANCKE (L.), « La réception de la question sociale par la doctrine juridique civiliste au tournant du siècle », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes : PUR, 2004.

ZENATI (F.), « L'évolution des sources de droit dans les pays de droit civil », *D. 2002, chron.*

ZENATI (F.), « Propriété et droits réels », *RTD*, 1999.

3. les thèses

ADAM (P.), *L'individualisation du droit du travail : Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Préf. C. Marraud, Paris : LGDJ, 2005.

AMELINE (E.), *Etude sur les nullités du mariage et les conditions essentielles à sa validité en droit romain, dans notre ancienne législation et d'après le code Napoléon*, Paris : Cotillon, 1866.

BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris II : th doc, 1983.

BERTON (P.), *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne : étude de droit comparé*, Paris : L R S, 1938.

BIRET (M.), *Traité des nullités de tous genres : Substantielles et de procédures*, Paris : Arthur Bertrand, tome 1, 1821.

BIRET (M.), *Traité des nullités de tous genres : Substantielles et de procédures*, Paris : Arthur Bertrand, tome 2, 1821.

BOULANGER (D.), *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats vente de marchandises : Contribution à la notion d'objet dans la théorie générale des obligations*, Univ Lille II : th doc, 1994.

BOURGEON (PH.), *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques : en droit romain et en droit français*, Dijon : S N, 1885.

CADET (I. R.), *Les nullités en droit des sociétés*, Univ Lyon 3 : th doc, 2000.

COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. Loquin, Paris : Litec, 2006.

COUTURIER (G.), *Confirmation des actes nuls*, Préf. J.Flour, Paris : LGDJ, 1972.

DE DREFFEILLAC (E. T.), *Des conditions et de la forme du mariage en droit romain, Des nullités de Mariage d'après le code civil et l'ancien droit*, Pau : Imprimerie Léon Garet, 1880.

DE LA PRADELLE (G.), *Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé*, Préf H Batiffol, Paris : Dalloz, 1967

DE VINCELLES (C. O.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, Paris : Dalloz, 2002.

DEROUSSIN (D.), *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français*, Préf. N. Dockès, Paris : Bocard, 2001.

DROGOUL (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités :Etude de droit civil*, Paris : Arthur rousseau éditeur, 1902.

DUCAMP (A.), *Des conditions requises pour le mariage en droit romain, Des nullités de mariage en droit français*, Poitiers : Imprimerie de Oudin frères, 1879.

DUPEYRON (CH.), *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, Paris : LGDJ, 1973.

FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, préface de Goldman, : L. G. D. J. 1963.

FONTAINE (H.), *De ritu nuptiarum: droit romain ; Ancien droit et droit civil des nullités de mariage*, Aix : impr. provençale, 1881.

GAUDEMET (S.), *Clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, Paris : Economica, 2006.

GAVIN-MILLAN (E.), *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, Préf. J. L. Bergel, Paris : LGDJ, 2003.

GOLDIE-GENICON (CH.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris : LGDJ, 2009.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris : Arthur rousseau éditeur, 1912.

GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, préface de Pascal Ancel, Marseille : presse universitaire d'Aix-Marseille, 1999.

GRUA (F.), « Le prêt d'argent consensuel » , *D*, 2003, n°22.

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, Paris : L.G.D.J, 1992.

GUGGENHEIM (G.), *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé : Essai d'une théorie générale*, Préf. H. Kaufmann, Paris : L. G. D. J, 1970.

HARTEMANN (E.), *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, Nancy : Typographie de G. Crepin-le Blond , 1889.

HEMARD (J.), *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait : Etude de jurisprudence et de droit comparé*, 2è éd, Paris : Recueil Sirey, 1926.

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, Paris : Arthur rousseau éditeur, 1909.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. 15, 5è éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1893.

LOYER (J.), *Les actes inexistants*, Rennes : L. Larose & Forcel, 1908.

LUTZESCO (G.), *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial : Etude de droit civil français*, Paris : Librairie du Recueil sirey, 1938.

MALAUURIE (P.), *L'ordre public et le contrat*, Univ Paris : th doc, 1953 ; **G. Farjat**, *L'ordre public économique*, préface de Goldman, : L. G. D. J. 1963.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, Paris: LGDJ, 2004.

MORTET (C.), *Étude sur la nullité des contrats : dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, Paris : Lahure, 1878.

PERRIN (J-B.), *Traité des nullités en matière civile*, Lons-l-Le-Saunier : Imprimerie de Gautier, 1816.

PIZE (J.), *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, Paris : Arthur rousseau éditeur, 1897

PRIM-THOMAS (A. L.), *Le prêt d'argent au regard de la théorie générale du contrat*, Univ Toulouse : th doc, 2004

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Préf. J.-P. LÉVY, Paris : PUF, 1980.

RENCKHOFF (H.), *Des stipulations pour autrui (Dr. rom.) ; De la confirmation des actes entachés de nullité ; nature, conditions et effets (Dr. fr.)*, Paris : IMPRIMERIE MOQUET, 1885.

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Univ Paris : th doc, 1965.

ROUHETTE. (G.), *Principes du droit européen du contrat*, Paris : S L C, 2003.

SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris : LGDJ, 1997.

SIMLER (PH.), *Nullités partielles des actes juridiques*, Paris : LGDJ, 1969.

SIMON (H.), *Du Compromis. Droit français de la Prescription des actions en nullité ou en rescision*, Paris : L. Larose et Forcel, 1886.

SOLON (M.V. H.), *Théorie sur la nullité des conventions et actes de tout genre en matière civile*, Paris : Videcoq Barba, tome I., 1833.

TEIXEIRA. (C), *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, Univ Lyon 3 : th doc, 2011

TRIFONSEU (J.), *De la confirmation des actes nuls*, Paris : th doc, 1911.

VILOTITCH (D. Y.), *De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit français et dans les principale législations étrangères*, Lyon : Bosc frères & Riou, 1929.

WALTZ (B.), *La notion de dol dans la formation des contrats : Essai d'une nouvelle théorie*, Univ Lyon 3 : th doc, 2011.

II. la bibliographie

A. ouvrages

AUDIT (B.) ET D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, 6^{ème} éd, Paris : Economica, 2010.

AUTIN (J. L.) ET RIBOT (C.), *Droit administratif général*, 3^e éd, Paris : Litec, 2004.

AYNES (L.), GAUTIER, (P. Y.) ET TERRE (F.), *Antithèse de l'entité*, Paris : Dalloz, 1997.

- BELY (L.),** *La France moderne 1498-1789*, Paris : Puf, 1994.
- BENABENT (A.),** *Droit civil : Les obligations*, 5^{ème} éd, Paris : Montchrestien, 1995.
- BERBARD (A.) ET POIRMEUR (Y.),** *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993.
- BERGEL (J.L.),** *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2003.
- BRAUSTEIN-SILVESTRE (F.) & PEPIN (J. F.),** *Les grandes doctrines*, Paris : Ellips, 1993.
- BUREAU (D.) ET WATT (H. M.),** *Droit international privé*, Paris : PUF, tome I, 2007.
- CABRILLAC (R.),** *Introduction générale au droit*, 6^e éd, Paris : Dalloz, 2005.
- CASTALDO (A.),** *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2003.
- CHEHATA (C.),** *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Préf. I. Fadlallah, (1969), réimp Paris : Dalloz, 2005.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) ET DEBOISSY,** *Droit des sociétés*, 23^e éd, Paris : Litec, 2010.
- DE SEDOUY (J-L.),** *Le concert européen : Aux origines de l'Europe 1814-1914*, Paris : Puf, 2009.
- DIJON (X.),** « Esquisse historique des référence philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ?*, Bruxelles : Bruyant, 2008.
- DUBOUCHET (P.),** *La pensée juridique avant et après le Code civil*, 4^e éd, Paris : L'Hermès, 1998.
- DUTILLEUL (F. C.) ET DELEBECQUE. (PH.),** *Contrats civils et commerciaux*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2002.
- GARRISSON (J.),** *Royaume Renaissance et Reforme : 1483-1559 Nouvelle histoire de la France moderne-I*, Paris : Seuil, 1991.
- GAUDU (FR.),** *Droit du travail*, 4^e éd, Paris : Dalloz, 2011.
- GAUDU. (F.) ET VATINET. (R.),** *Traité des contrats : Les contrats de travail*, Paris : LGDJ, 2001.
- GERMAIN (M.) ET MAGNIER (V.),** *Traité du droit commercial : Les sociétés commerciales*, Paris : LGDJ, 2009.
- GHESTIN (J.) ET DESCHE (B.),** *Traité des contrats : la vente*, Paris : LGDJ, 1990.
- GRANDGUILLOT (D.),** *Droit social*, Paris : Gualino, 2009.
- GUILLIEN (R.) ET VINCENT. (J.),** *Lexique des termes juridiques*, 12^e éd, Paris : Dalloz, 1999.
- GUINCHARD (S.), FERRAND (F.) ET CHAINAIS (C.),** *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd, Paris : Dalloz, 2008.
- GUTMANN (D.),** *Droit international privé*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2010.

- HALPERIN (J. L.),** *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris : PUF, 1996.
- HUMBERT (M.),** *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 10^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2011.
- JACQUES (G.) ET MARCHESSOU (PH.),** *Droit fiscal général*, 7^è éd, Paris : Dalloz, 2009.
- JACQUES (G.) ET PHILIPPE (M.),** *Droit fiscal général*, 5^è éd, Paris : Dalloz, 2005.
- JEANDIDIER (W.),** *Droit pénal des affaires*, 5^è éd, Paris : Dalloz, 2003.
- JESTAZ (PH.) ET JAMIN (C.),** *L'entité Doctrinale française*, Paris : Dalloz, 1997.
- JESTAZ (PH.),** *Le droit, Connaissance du droit*, Paris : Dalloz, 1991.
- LARROUMET (C.),** *Droit civil : les obligations le contrat*, 3^è éd, Paris : Economica, tome III, 1996.
- LAVROFF (D.),** *Les grandes étapes de la pensée politique*, 2^è éd, Paris : Dalloz, 1999.
- LE GOFF (J.),** *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Rennes : PUR, 2004.
- LEFORT (CH.),** *procedure civile*, Paris : Dalloz, 2007.
- LEPOINTE (G.) ET. MONIER (R.),** *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris : Sirey, 1954.
- LEVY (J. PH.) ET CASTALDO (A.),** *Histoire du droit civil*, Paris : Dalloz, 2002.
- LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) ET DE VAREILLES-SOMMIERES. (P.),** *Droit international privé*, 9^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2007.
- MAGNIER. (V.),** *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd, Paris : Dalloz, 2007.
- MAINGUY. (D.),** *Contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2002.
- MAINGUY. (D.),** *Contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2010.
- MALAUURIE (PH.) ET AYNES (L.) ET GAUTHIER (P. Y.),** *Droit civil : les contrats speciaux*, Paris : Défrénois, 2005.
- MALAUURIE (PH.) ET AYNES (L.) ET GAUTHIER (P. Y.),** *Droit civil : les contrats spéciaux*, 5^è éd, Paris : Defrénois, 2011
- MALAUURIE (PH.) ET AYNES (L.) ET STOFFEL-MUNCK (PH.),** *Droit civil : les obligations*, 2^è éd, Paris : Defrénois, 2005.
- MALAUURIE (PH.) ET AYNES (L.),** *Droit civil : les personnes les incapacités*, Paris : Défrénois, 2004.
- MALAUURIE (PH.) ET AYNES (L.),** *Droit civil, les obligations*, 8^{ème} éd, Paris : Cujas, 1998.
- MALAUURIE (PH.) ET ET MORVAN (P.),** *Introduction générale de droit civil*, 2^è éd, Paris : Défrénois, 2005.

MALAUURIE (PH.) ET FULCHIRON (H.), *Droit civil la famille*, 2è éd, Paris : Defrenois, 2006.

MALAUURIE (PH.), *Anthologie de la pensée juridique*, Paris : Editions Cujas, 1996.

MARX. (K.), *Manuscrits de 1844*, Paris : Ed. Gallimard, 1968.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, 7è éd, Paris : Montchrestien, 2010.

MILL (J.-S.), *L'utilitarisme*, (1904) réimp, Paris : Ed. Garnier-Flammarion.

OURLIAC (P.) ET. DE MALAFOSSE (J.), *Droit romain et ancien droit*, Paris : Presses universitaires de France, Tome 1, 1957.

PATRICE (G.), *Droit pénal spécial*, Paris : Dalloz, 2005.

RAY (J. E.), *Droit du travail : Droit vivant*, Paris : Liaisons, 2008.

REVEL (J.), *Les régime matrimoniaux*, 2è éd , Paris : Dalloz, 2003.

RIGAUDIERE (A.), *Introduction historique de l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} éd, Paris : Economica, 2006.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4è éd, Paris : LGDJ, 1949.

SERIAUX (A.), *Contrats civils*, Paris : PUF, 2001.

SMITH. (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, (1776) réimp, Paris : Ed. Gallimard, 1970.

STARCK (B.), ROLAND (H.) ET BOYER (L.), *Droit civil : les obligations*, 6è éd, Paris : Litec, 1998.

SZRAMKIEWICZ (R.) ET BOUINEAU (J.), *Histoire des institutions : 1750-1914*, 4è éd, Paris : Litec, 1998.

SZRAMKIEWICZ (R.), *Histoire du droit des affaires*, Paris : Montchrestien, 1989.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 4^{ème} èd, Paris : Dalloz, 1998.

TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *Droit civil les obligations*, 10è éd, Paris : Dalloz, 2009.

TIMBAL (P.-C.) ET CASTALDO (A.), *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 10^e éd, Paris : Dalloz, 2000.

XAVIER (P.), *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, 2005.

ZENATI-CASTAING (F.) ET REVET (T.), *Droit des personnes*, Paris : Presse universitaire de France, 2006.

ZENATI-CASTAING (F.) ET REVET (T.), *Les biens*, 3^{ème} éd, Paris : Presse universitaire de France, 2008.

ZENATI-CASTAING (F.), *La jurisprudence*, Paris : Dalloz, 1991.

B. Articles et actes de colloque

ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation : La vérité*, Paris : Documentation française, 2004.

AMSELEK (P.), « *la part de la science dans les activités juridiques* », D. 1997, *chron.*

ATIAS (C.) ET LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit aux faits », D. 1977. 251.

ATIAS (C.), « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », JCP, I, 1999.

AUDREN (F.), « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs de droit lyonnais et les traditions de la science sociale (1875-1935) », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), Paris : Ed la mémoire du droit, 2007.

BARRIERE (L-A.), « Comparaison et histoire : convergence ou concurrence des méthodes ? » Université Jean Moulin Lyon3 : *Séminaire sur la Comparaison dans le droit qui a eu lieu le Mardi 9 avril 2013* (Article non encore publié).

BART (J.), « Le Code civil, continuité ou rupture ? », in *colloque international de Besançon de mai 1999 sur les limites de siècles*, (Dir. M. GILLI), Fance-Comté : Presses Universitaires Fanc-Comtoise, Besançon, 2001, t. I.

BATIFFOL (H.), « La crise du contrat et sa portée », in Arch. philo. droit, Tome XIII, 1968.

BAUCHARD (J.), « Originalité et difficultés d'application de la théorie des nullité des actes de procédure dans le procès civil », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008.

BRUGEILLES (R.), « Recherche d'une base scientifique pour la classification des droits

CANIVET (G.), « Préface », in *Juges et universitaires face au droit comparé : histoire des trente-cinq dernières années*, Paris : Dalloz, 2006.

CARBONNIER (J.), « Contrats spéciaux », RTD, 1960.

CASTALDO (A.), « Le Code civil, les loi de la troisième république et les actes dits lois de vichy », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004.

CATALA (P.), « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D, 2006, n° 8.

CHANTEPIE (G.), « Sanction par la nullité absolue de la vente consentie sans prix sérieux », *Recueil Dalloz*, 2008.

CHEVALLIER (J.), « Obligations et contrats spéciaux », *RTD*, 1968.

CHILSTEIN (D.), « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006. 663.

CREPEAU (P.-A.), « Contrat d'adhésion et contrat type », in *Mélanges en l'honneur de Louis Baudouin*, Montréal :PU de Montréal, 1974.

DE BULHOES CARVALHO (F. P.), « La théorie de l'inefficacité des actes juridiques selon le droit brésilien », in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV.

DE NERE. (S.S.), « Contrats et obligations : Nullité ou rescision des conventions », *Répertoire Notarial*, 2006.

DEMOQUE (R.), *Traité des obligations en général*, Paris : Arthur Rousseau, tome I, 1923.

DEMOQUE (R.), *Traité des obligations en général*, Paris : Arthur Rousseau, tome VI, 1931.

DEROUSSIN (D.), «Comment forger une identité nationale?: La culture juridique française vue par la doctrine civiliste au tournant des XIX èet XXè siècle », *Revue électronique d'histoire du droit Clio@Themis*, 5, 2012.

DEROUSSIN (D.), «Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », *Revue électronique d'histoire du droit Clio@Themis*, 2, 2009.

DEROUSSIN (D.), « Josserand : le droit comme science sociale ?», in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), Paris : Ed la mémoire du droit, 2007.

DESCOTEAUX (G.), « La nullité des actes faits par la personne pourvue d'un conseil judiciaire selon le droit de la province de Quebec » , in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV.

DEUMIER (P.), « *La soft law* », Université Jean Moulin Lyon3 : *Séminaire sur les sources de droit qui a eu lieu le Mardi 14avril 2013* (Article non encore publié).

DIENER (P.), « Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires », *D.* 1997.

DURAND (P.), « La connaissance du phénomène juridique et les taches de la doctrine moderne en droit privé », *D.* 1956,

et des obligations », *Revue trimestrielle de droit civil* 1910.

FAVENEC-HERY (F.), « Regard sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », in *Deux siècles de droit du travail*, Paris : Ed de l'atelier, 1998.

FEUNTEUN (M.), « La théorie des nullités au regard des principes du droit européen du contrat de la commission d'Ole Lando », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008.

FORTI. (V.), « La théorie des nullités dans le code européen des contrat de Pavie », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008.

FOYER. (J.), « Le Code civil de 1945 à nos jours », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004.

FREYRIA. (C.), « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997. Chron. 51.

GARRIGUES (B.), « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991. 459.

GAUTIER (P. Y.), « Sous le Code civil des français : Rome (l'origine du droit des contrat) », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, (Dir Y. Lequette et L. Leveneur), Paris : Dalloz, 2004.

GAUTIER (P. Y.), « Sous le Code civil des français : Rome (l'origine du droit des contrat) », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004.

GHOZI. (A.) ET LEQUETTE. (Y.), « La reforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de chancellerie », *D.* 2008, n°37.

HALPERIN. (J. L.), « La présentation du livre du centenaire », in *Le code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, (1904) réimp., (Dir J. L. Halpérin), Paris : Dalloz, 2004.

JAMBU-MERLIN, « Essai sur la rétroactivité des actes juridiques », *RTD civ.*, 1948, n° 11.

JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, *Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001.

JAMIN (C.), « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, Paris : Economica, 2004.

JAMIN (C.), « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *l'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Litec, Dalloz et PUF, 1999.

JESTAZ (PH.), « Déclin de la doctrine », *Droits*, 20, 1994.

JESTAZ (PH.), « Source délicieuse », *RTD*, 1993.

JOUANJAN (O.), « Présentation », in *L'esprit de l'école historique du droit*, (Dir O. Jouanjan), Strasbourg : PUS, 2004.

JUREDIEU (F.), « Les restitution après annulation du contrat dans l'avant-projet de reforme de droit des obligations et de la prescription », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008.

KIRAT (T.), « La méthode de jurisprudence comparative d'Edouard Lambert et son destin tragique », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République*, (Dir D. Deroussin), Paris : Ed la mémoire du droit, 2007.

LAMBERT (T.), « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés* 1993. 11.

LEKEAL (F.), « Paul Pic entre Code civil et Code du travail : les voies du réformisme juridique », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), Paris : Ed la mémoire du droit, 2007.

LEVY-BRUHL (H.), *Sociologie du droit*, 7^{ème} éd, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1990.

LOCKIEC. (P.), « Le droit des contrat et la protection des attentes legitimes », *D.* 2007. 321.

LOISEAU. (G.), « Réflexion sur la nature juridique du payement », *JCP*, 2006, I, p. 171.

MANDOZA. (C.), « La nullité des contrats », *Erudit : Les Cahiers de droit de l'Université Laval et de l'Université du Québec*, vol. 2, , 1956

MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit : Mélanges Michel Cabrillac*, Paris : Dalloz-Litec, 1999

MAZEAUD (D.), « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, Paris : Economica, 2004

MAZET (P.), « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel*, Paris : Economica, 2004

MEKKI (M.), « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC*. 2006. 679

MESTRE (J.), « Le difficulté de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz & Litec, 2004

MESTRE (J.), « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats : Journées René Savatier*, Poitiers : PUF, 1986

MESTRE (J.), « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *Rev. crit. DIP* 1977. 659 et s

MOORE (B.), « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain », *RJT* (Canada), 1997.

MORETEAU (O.), « Ed. Lambert et l'enseignement du droit comme science sociale et comparative », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République* (Dir D. Deroussin), Paris : Ed la mémoire du droit, 2007

MOURY (J.), « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD*, 1994

PATARIN (J.), « Successions et libéralités », *RTD*, 1983, p. 766 54

PEDAMON (M.), « Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004

PIMONT (S.), « La responsabilité en cas de nullité d'un contrat dans le code civil », in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008

POISSON-DROCOURT (E.), « La restitution entre les parties consécutive à l'annulation d'un contrat », *D*, 1983

POPOVICI. (A.), « Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ? », in *Mélanges en l'honneur de Louis Baudouin*, Montréal : PU de Montréal, 1974

PUCHTA (G. F.), « Encyclopédie », in *L'esprit de l'école historique du droit*, Strasbourg : PUS,

REMY. (P.), « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, Paris :Economica, 2004

ROLLAND (L.), « Les abstractions logiques et les pratiques comme source de droit », in *François Gény : Mythe et réalité*, Paris : Dalloz, 2000

RUCKERT (J.), « Savigny et la méthode juridique » , in *L'esprit de l'école historique du droit*, Strasbourg : PUS, 2004

SAVAUX (E.), « Les nullités en cascade » , in *Colloque sur la théorie des nullités des 23 et 24 mars 2007*, Poitiers : LGDJ, 2008

SAVIGNY (F. C. VON.), « Le but de la présente revue » , in *L'esprit de l'école historique du droit*, Strasbourg : PUS, 2004

SIMLER. (P.), « La sanction de l'absence de cause », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges. Y. Serra*, Paris : Dalloz, 2006, p. 409.

SIMON (V. O.), « la nullité des actes juridique pour trouble mental », *Rev. Trim. dr. civ.* 1974

TEDESCHI (B. G.), «Edourd Lambert : le role du droit comparé dans l'unification du droit », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^{ème} République (Dir D. Deroussin)*, Paris : Ed la mémoire du droit, 2007.

VERKINT (P-Y.) ET BONNARD-PLANCKE (L.), « La réception de la question sociale par la doctrine juridique civiliste au tournant du siècle », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail, (Dir J-P Le Crom)*, Rennes : PUR, 2004.

VIDAL (M.), « L'inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^{ème} siecle », in *Les controverses doctrinales*, Montpellier : Cahiers des écoles doctorales, 2000

VIVANT (M.), « Le plan en deux parties, ou l'arpentage considéré comme un art », in *Etudes offertes à Pierre Catala : Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Paris : Litec, 2001.

WALINE (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris : Bruyant, 1963, t. 1.

WERY (P.), « Nullité, inexistence et réputé non écrit», in *La nullité des contrats*, Bruxelles: Larchier Université de Liège, 2006

WESTS (G.), « La nullité, l'annulabilité et l'inexistence du contrat d'assurance en droit belge » , in *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Paris : Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1961-1962, tome XIV

WITZ (C.), « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D*, 2002, n°42.