

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	48 (1929)
Heft:	3
Artikel:	Système des nullités en droit suisse
Autor:	Des Gouttes, René
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895844

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Système des Nullités en Droit suisse.

Par RENÉ DES GOUTTES, licencié en droit et avocat
à Genève.

TABLE DES MATIÈRES		Chiffres
Introduction.		
§ 1. Généralités		349
§ 2. Place du sujet		349
Chapitre I. Les systèmes de la doctrine		351
§ 1. But d'une systématisation: interpréter la loi . .		352
§ 2. Théorie classique: ses deux invalidités invariables, aux quatre effets opposés (office du juge, ayant-droit, confirmation et prescription)		352
§ 3. Aperçu historique: droit romain et français . . .		358
§ 4. Théorie moderne: l'invalidité-sanction; les Notions de But et de Milieu		362
Chapitre II. Etude des textes		366
§ 1. Le système légal des nullités de mariage: d'après les principes modernes		366
§ 2. La nullité radicale de l'art. 20 CO; ses dérivés: a) directs, b) indirects		370
§ 3. L'annulabilité pure		375
§ 4. Cas intermédiaires entre la nullité et l'annulabilité		377
Chapitre III. Critique de la Doctrine suisse		389
§ 1. Système de von Tuhr		390
§ 2. Système d'Oser et de Becker		393
§ 3. Critique commune aux deux systèmes		394
I. La nullité légale n'emporte pas inefficacité originale.		
Preuves: A) Selon la théorie (pas de nullité de plein droit)		394
B) „ „ loi (art. 132 al. 2 CCS)		398
C) „ „ pratique		399
Efficacité de l'acte nul:		
a) comme fait matériel		400
b) „ „ déclaration de volonté		403
II. Inutilité de la Théorie classique		404
A) Rareté des cas d'application		405
B) Caractère éphémère de son application		407
Conclusion		409

INTRODUCTION.

1. § 1. Généralités. — Il faut entendre par „système des nullités“ la classification et l’analyse des diverses espèces d’invalidité dont la loi frappe les actes qu’elle réprouve. Le terme technique „nullité“ est pris ici au sens large, dans son sens générique.

2 Il est habituel de diviser en deux classes ces nullités au sens large: les nullités proprement dites, ou nullités absolues, et les annulabilités, ou nullités relatives. Le terme nullité a donc plusieurs significations; aussi, pour éviter des confusions, appellerons-nous le plus souvent „invalidités“ ou „inefficacités“ ces nullités au sens large dont nous faisons ici l’étude. Selon Japiot (p. 21 ss.), cette substitution a encore un autre avantage. Le terme nullité a pris dans la langue courante un sens absolu; il est synonyme de néant, d’absence complète d’effets juridiques. Celui d’inefficacité, au contraire, est plus large, plus souple surtout. On peut dire en effet d’un acte dépouillé de certains effets, mais non de tous, qu’il est entaché d’inefficacité partielle, alors que le terme nullité serait impropre.

3. § 2. Place du sujet. — Le législateur frappe d’invalidité certains actes qu’il désapprouve, avons-nous dit. C’est ainsi qu’il déclare nuls les contrats ayant un objet immoral (art. 20 CO). Autrement dit, il refuse à ces actes une efficacité de droit parce qu’ils sont contraires à son idéal juridique, au droit générateur.

Pour obtenir une application rigoureuse de ce droit générateur, pour faire respecter son idéal, le législateur a institué un système de sanctions, le droit sanctionnateur. Ce droit sanctionnateur est donc l’ensemble des règles répressives qui assurent la réalisation de l’idéal législatif.

Le droit sanctionnateur est par essence impératif: il vient contrecarrer la volonté des parties qui entendent accomplir un acte réprouvé par le législateur. Il confère donc à un ou plusieurs individus le pouvoir d’attaquer,

par une déclaration de volonté, pouvant être suivie d'action en justice, un acte juridique condamné par la loi. Le titulaire de ce droit d'attaquer sera, selon les cas, une des parties, un tiers ou le juge lui-même agissant d'office. Il peut aussi être une collectivité; qu'on songe par exemple au cas du délit ou de l'acte illicite.

Ce droit d'attaquer consiste en deux pouvoirs distincts. Le premier, qui ne nous intéresse pas ici, laisse subsister l'acte contraire à l'idéal législatif. Il permet simplement d'obtenir réparation du dommage causé par l'accomplissement de cet acte.

Le second, le véritable pouvoir d'attaquer les actes juridiques, tend au contraire à supprimer l'acte désapprouvé par la conscience juridique du législateur. Cette suppression, non pas du fait matériel que constitue l'acte, mais de ses conséquences juridiques, pourra d'ailleurs avoir un effet rétroactif ou pas.

Une nouvelle distinction s'impose alors. Si l'acte est d'emblée, dès l'instant de sa formation, contraire au droit générateur, il sera frappé par l'une des invalidités légales. Si en revanche, l'acte, à sa passation, est conforme à l'idéal du législateur, et ne lui devient contraire que par la suite, il n'entre plus dans un système des nullités et ne nous intéresse pas ici. C'est cette distinction qui permet d'opposer l'impossibilité de l'art. 20 CO à celle des art. 97 et 119 CO (von Tuhr p. 228 note 73, et Weiss n° 3860).

⁴ Ainsi donc, une théorie des nullités ne s'applique qu'aux actes qui sont entachés dès leur constitution d'un vice originaire. Si au contraire le vice se manifeste postérieurement, si c'est après sa formation que l'acte devient incompatible avec l'idéal législatif, il ne rentre pas dans la catégorie de la nullité au sens large (von Tuhr p. 205 in fine), mais dans celle de la rescission au sens large. Par ce terme nous entendons tout à la fois la résolution à effet ex tunc, la résiliation agissant pour l'avenir seulement, la répudiation, la révocation, la dénonciation ou

le congé légal, autant d'expressions qui envisagent toutes la même chose : le droit d'attaquer les actes qui, postérieurement à leur conclusion, sont devenus contraires au droit génératrice.¹⁾

Ce domaine de la rescission est fort apparenté au nôtre puisque, tout comme en cas d'invalidité, l'acte en question sera supprimé et dépourvu de ses effets de droit. Cette parenté a peut-être été trop méconnue jusqu'à nos jours. On peut cependant relever dans la doctrine comme dans la loi (art. 13 al. 2, 305 CCS et 250 al. 3 CO) des cas de confusion entre ces deux notions. C'est ainsi qu'on parle de vice redhibitoire dans la vente (art. 205 CO), alors qu'il y a vice originaire et partant invalidité (Becker p. 84 et Japiot p. 20).

En résumé, seuls les actes qui dès leur origine sont contraires à l'idéal du législateur sont frappés par lui d'une invalidité légale; seuls ils retiendront notre attention dans cette étude.

CHAPITRE PREMIER: LES SYSTÈMES DE LA DOCTRINE.

En parcourant la littérature se rapportant à notre sujet, on s'aperçoit que les auteurs sont divisés en deux camps de très inégale importance. D'une part, l'immense majorité des jurisconsultes, partisans d'un système consacré qu'on peut appeler la Théorie classique. Et de l'autre, une douzaine d'auteurs, défendant une théorie née il y a quelques années à peine, la Théorie moderne.²⁾

¹⁾ Sont de même susceptibles d'être attaqués pour vice postérieur tous les actes juridiques obligatoires, dès que survient une des causes d'extinction des obligations (art. 114 ss. CO). Dès ce moment en effet l'acte n'est plus conforme à l'idéal du législateur et doit disparaître.

²⁾ En qualifiant de „classiques“ et de „modernes“ les partisans de l'une ou l'autre théorie des nullités, nous n'entendons pas marquer a priori une supériorité quelconque des uns sur les autres. C'est uniquement dans un but de clarté et de simplicité que nous avons choisi ces termes.

La doctrine suisse a fait siens, disons-le d'emblée, les principes classiques. Par doctrine suisse nous entendons les commentateurs du CO qui seuls à notre connaissance construisent un système des invalidités.

6. § 1. But d'une systématisation. — Créer un système des invalidités c'est poser des règles permettant d'interpréter la loi afin de remédier à son silence ou à son obscurité. Il est en effet rare que le législateur prévoie les effets de ses inefficacités. Il dira par exemple: tel acte est nul, l'invalidité de tel autre ne peut être invoquée que par tel individu, et c'est tout. Les effets des invalidités étant nombreux et divers (cf. § 2), il s'agit de suppléer au laconisme légal, et c'est là précisément la raison d'être et la tâche d'un système des nullités. C'est ainsi que Perrin (p. 25) peut dire: „Mon but a dû être bien moins de commenter les lois que d'y suppléer.“ Toute théorie des inefficacités est donc un ensemble de règles interprétatives.

Or il existe en matière d'interprétation légale, des principes généraux, des règles applicables à l'ensemble du droit. Un système des invalidités, basé sur des solutions légales et destiné à les interpréter extensivement, devra donc être de deux choses l'une. Ou bien il sera la simple application au domaine spéciale des inefficacités, de ces principes généraux d'interprétation; et c'est là en définitive ce qu'est la Théorie moderne (ch. 18). Ou bien il sera, comme la Théorie classique, une dérogation à ces principes généraux. Mais une telle dérogation ne se conçoit que si elle est en quelque sorte provoquée par le législateur lui-même. Il faut que ce dernier, en établissant un système légal des nullités, pose des principes spéciaux dérogeant aux règles générales de l'interprétation. Ce sera l'objet de tout notre chapitre II de rechercher si le législateur suisse adopte dans l'un quelconque de ses articles ces règles interprétatives spéciales de la Théorie classique.

7. § 2. Théorie classique. — La Théorie classique connaît deux invalidités, la nullité et l'annulabilité, dont les effets

s'excluent les uns les autres. Nous devons donc tout d'abord étudier les effets des invalidités. Pour déterminer ces effets, il faut se placer successivement à quatre points de vue différents : celui de l'office du juge, celui des ayants-droit à l'invalidité, celui de la confirmation de l'acte, enfin celui de la prescription de l'action en nullité. De chacun de ces points de vue on découvrira un caractère absolu et un caractère relatif. On aura donc au total quatre effets absolus et leurs quatre correspondants, les effets relatifs des invalidités. On peut donc concevoir en théorie une multitude d'invalidités, selon toutes les combinaisons possibles de ces huit caractères. C'est ce qu'admettent les modernes, à l'encontre des classiques.

La Théorie classique consiste en effet à unir entre eux par un raisonnement logique les quatre caractères absolus, afin de former la notion immuable de „nullité“. Après quoi elle est conduite à bloquer ensemble, à solidariser, les quatre caractères relatifs, pour constituer l'annulabilité, corolaire de la nullité. Nous appellerons ce principe classique le „principe de la solidarité des caractères“ (ch. 8). Quels sont maintenant ces effets que les classiques soudent en deux masses invariables ?

a) Quant à l'office du juge, les auteurs déclarent que ce dernier ne peut que „constater“ les nullités, celles-ci étant toujours „prononcées“ par la loi elle-même. C'est en revanche le juge lui-même qui prononcera l'invalidité lorsque l'acte est annulable.

L'acte nul en effet a été privé d'emblée, par la loi, de tout effet de droit; il existe, mais sans avoir jamais pu produire de conséquences juridiques. L'acte est „difforme“, c'est un „monstre“, disent les auteurs classiques. Il est aussi, selon d'autres, un „mort-né“, le „néant“. La loi vient donc, dès la conclusion de l'acte, le frapper d'inefficacité totale; il y a inefficacité originale. Le contrat dont l'objet est illicite ou immoral (art. 20 CO) est ainsi frappé ab initio d'une inefficacité absolue.

Tandis que l'acte annulable est „celui qui . . . renferme un vice susceptible d'amener son annulation par la justice“ (Baudry-Lacantinerie XIII, n° 1929, p. 268); „celui dont la validité dépend de la décision d'une des parties ou d'un tiers“ (von Tuhr p. 204). Ici, au contraire, l'acte existe avec tous ses effets de droit, jusqu'au jugement qui seul viendra les supprimer; l'acte est un „infirme“, un invalide vivant „sous menace de mort“, dit Planiol (I, n° 343). L'acte n'est donc pas frappé d'inefficacité originale; il déploie des effets juridiques jusqu'au jour où quelqu'un viendra l'attaquer en justice, bien que le vice qui l'entache existe, tout comme en cas de nullité, dès la passation de l'acte (ch. 4).

L'acte nul étant frappé d'inefficacité totale et originale, le jugement n'aura donc qu'un effet déclaratif de nullité, le juge ne pourra que „constater“ cette nullité préexistante. En cas d'annulabilité, au contraire, le jugement est constitutif d'invalidité parce qu'il y a validité originale de l'acte en question.

Nous avons donc affaire à deux effets opposés. Un effet relatif, caractéristique pour les classiques de l'annulabilité pure: le juge prononce l'invalidité. Un effet absolu, typique de la nullité classique, l'inefficacité totale et originale, que le juge ne peut que constater: *Quod nullum est nullum producit effectum*. Cette inefficacité de l'acte nul étant originale, pourra être invoquée contre tout le monde. On exprime fréquemment cela par la maxime: la nullité est opposable aux tiers.

Ce premier critère de différenciation entre les deux invalidités classiques est le seul qui ait rapport à l'essence même de l'acte; celui-ci est en effet efficace ou non, à l'instant même de sa formation. C'est ainsi que les trois autres caractères absous qui constituent encore la nullité classique ne sont guère que des dérivés du premier caractère absolu, l'inefficacité originale; ils s'en déduisent logiquement. Aussi beaucoup d'auteurs font-ils de ce premier effet absolu l'élément constitutif de la nullité radicale.

b) Quant aux ayants-droit, aux personnes pouvant invoquer l'invalidité, les classiques admettent que „tout le monde“, „tout intéressé“ peut relever la nullité. Le juge lui-même devra la constater d'office. En revanche, l'annulation ne peut être invoquée que par certaines personnes, déterminées par la loi, et ainsi spécialement protégées. L'annulation „n'est instituée qu'en faveur de certains individus“, dit Perrin (p. 58).

Autrement dit, la nullité est absolue, existant d'emblée à l'égard de tous, et le juge devra se saisir de toute action tendant à la faire proclamer, voire agir d'office; l'annulabilité est relative, c'est à dire réservée à certains intéressés seulement.

Ce caractère des ayants-droit étant en pratique le plus important, beaucoup d'auteurs français ont employé ces deux expressions „absolue“ et „relative“ pour différencier les deux classes d'invalidités; ils parlent donc de „nullités absolues“ et de „nullités relatives“; c'est une simple question de terminologie.

c) Quant à la confirmation, ou ratification de l'acte par l'ayant-droit à l'invalidité, elle est, disent les classiques, toujours impossible pour l'acte nul (troisième caractère absolu), et toujours possible pour l'acte annulable.

Et c'est très rationnel: s'il y a nullité, que tout le monde peut invoquer, il est illogique que l'un des intéressés, en ratifiant l'acte, le reconnaîsse comme valable, pour lui comme pour tous les autres, et les prive ainsi de leur droit à la nullité. La loi, toutefois, ne tient pas compte de cette logique; elle reconnaît à „tout intéressé“ le droit d'invoquer certaines annulabilités susceptibles de confirmation (cf. art. 230 CO; 30 al. 3, 108, 306 et 519 al. 3 CCS). Nous aurons l'occasion de les étudier en détail (ch. 33 ss.).

d) Quant à la prescription: en cas de nullité, elle n'intervient jamais pour limiter le droit d'action; la nullité est imprescriptible — dernier caractère absolu. En cas d'annulabilité, au contraire, le droit d'attaquer l'acte se

prescrit dans le délai normal de prescription, ou souvent même dans un délai plus court prévu expressément par la loi. Ce critère s'appelait en vieux droit français la „règle catonienne“ (cf. Perrin p. 145).

Il y a donc deux sortes de caractères, les absous et les relatifs; il s'excluent les uns les autres et épousent le sujet.

⁸ A l'encontre de la Théorie moderne, la Théorie classique soude ensemble, pour former la notion de nullité, les quatre effets absous des invalidités, et attribue à l'annulabilité les quatre caractères relatifs. Elle fait une division bipartite des inefficacités, sur la base de ce que nous appelons le Principe de la Solidarité des caractères, principe dont nous devons maintenant rechercher l'origine et la raison d'être. Comme l'origine en remonte au droit romain, nous traiterons la question in globo au paragraphe suivant (ch. 10). Quant à sa raison d'être, elle doit se trouver dans la loi même, faute de quoi le principe est arbitraire. L'objet de notre second chapitre (ch. 21 ss.) étant de prouver que le législateur suisse n'a point admis ce principe classique, il ne nous reste à étudier ici qu'une chose: la justification logique que ses partisans en donnent.

Les classiques déduisent logiquement les trois derniers effets absous, de l'inefficacité totale et originale des actes nuls. Von Tuhr déclare par exemple (p. 200): „Puisque l'acte nul ne produit pas d'effets, la nullité doit être soulevée d'office par le juge dès que sa cause parvient à sa connaissance“. Or le juge ne peut agir d'office que dans les cas où tout intéressé a le droit de le saisir (deuxième caractère absolu). De même, s'il y a véritable inefficacité dès l'origine, c'est que l'acte n'a pas d'existence juridique et qu'il n'en aura jamais; aucune confirmation ou prescription ne peut donc changer le caractère purement apparent d'un tel acte (troisième et quatrième effet absolu). On peut trouver des déductions pareilles chez Oser p. 91 ss. et 128, et Becker p. 83 ss.

Saleilles (Déclaration p. 324) dit de même que le § 141 CCA prévoit le premier caractère absolu, . . . „dont il est relativement facile de déduire tous les autres“ — ce qu'il fait à la page 333.

Mais, grouper les quatre effets absous pour constituer la notion immuable de nullité, conduit inévitablement à unir sous le drapeau de l'annulabilité les quatre caractères relatifs puisque les huit effets épuisent le sujet. Nous avons donc affaire à deux invalidités aux effets invariables et opposés: la nullité aux quatre effets absous, et l'annulabilité aux quatre effets relatifs. La Théorie moderne, au contraire, admet toutes sortes d'invalidités, selon les diverses combinaisons des effets absous et des effets relatifs.

Dans ses deux catégories d'inefficacités la Théorie classique entend faire rentrer tous les cas légaux. Cela revient à dire que tout ce qui n'est pas nul est annulable, et que le législateur n'a jamais envisagé que l'une ou l'autre de ces deux sanctions. Aussi peut-on déduire mathématiquement les caractères manquant lorsque le législateur a omis (ce qui est fréquent: ch. 6) de mentionner tous les effets d'une invalidité légale. La Théorie classique pose donc bien des règles d'interprétation, règles qui n'ont rien de commun avec les principes généraux en cette matière. Ces règles sont un chef-d'œuvre de simplicité et de clarté: dès qu'on découvre l'un des caractères (absolu ou relatif), on peut déduire les trois autres. C'est à cause de cette précision que nos auteurs suisses (ch. 5) sont des adeptes du système traditionnel.

Ils réunissent volontiers les deux derniers critères de la confirmation et de la prescription sous un même terme: ils disent que la nullité est une invalidité „inguérissable“, perpétuelle, ne pouvant pas être couverte, au contraire de l'annulabilité où il y a „convalescence“ de l'acte.

On peut donc dire en résumé: la nullité classique est une inefficacité originale, absolue quant à ses ayants-droit

et perpétuelle; tandis qu'il y a validité originaire, relative et guérissable en cas d'annulabilité.

10 § 3. Aperçu historique. — Le système des nullités — tout le monde est d'accord là-dessus — remonte au droit romain. Il est un simple effet de l'évolution législative romaine. Il n'y eut au début qu'une seule espèce d'invalidités, celles du *jus civile*. Tout comme le droit dont elles découlaient, elles étaient strictes, absolues et avaient des effets radicaux. L'acte frappé d'une telle invalidité était toujours réputé non avenu, tout comme les nullités proprement dites actuelles.

Beaucoup plus tard, avec le droit prétorien, apparut l'annulabilité. Elle vint, disent Colin et Capitant (p. 76), „comme un mode de protection accordé par le préteur dans les cas où un acte, valable selon le *jus civile*, cause pourtant un préjudice immérité à son auteur“.

On peut se demander si cette distinction, issue de l'histoire même du droit romain, a survécu dans nos codes. En France, certains auteurs sont très affirmatifs. Planiol dit par exemple (I, n° 335 p. 125): „Il n'est pas douteux que le système romain a été conservé en France jusqu'à nos jours dans sa disposition fondamentale qui est l'existence d'une double espèce de nullité, l'une légale, opérant de plein droit,³⁾ l'autre judiciaire supposant l'exercice d'une action en justice et résultant seulement de la sentence. Tout d'abord cette tradition ne s'est jamais perdue chez nous . . . (cf. d'Argentré, Dunod de Charnage, Guyaut) . . . En second lieu . . . la doctrine des deux nullités a été certainement maintenue par le CCF.“ Mais les preuves que cet auteur en rapporte manquent totalement de poids.

³⁾ Et pourtant Planiol dit expressément (I, n° 330): „Théoriquement la justice n'a rien à faire lorsque la nullité est légale; mais il faut tenir compte de cette circonstance que l'acte a eu lieu en fait, qu'il a une apparence et qu'il n'est peut-être pas sûr qu'il soit nul. — Il résulte de là . . . que, lorsque les parties sont en désaccord sur la question de validité, les tribunaux sont appelés à se prononcer.“

Aussi, beaucoup d'auteurs français ne sont-ils pas du même avis que Planiol. Ils disent que cet héritage du droit romain ne se trouve pas dans le Code Napoléon, qu'il n'existe qu'à l'état de parti pris dans les esprits très romanisés des premiers commentateurs du CCF (cf. Toullier VII, n° 479, 521 ss., 553, qui s'efforce de retrouver chez le législateur cette distinction romaine). Quoiqu'il en soit, la doctrine française actuelle oppose l'une à l'autre — tout comme en droit romain — deux classes d'invalidités légales, et justifie sa distinction par les règles sur le mariage.

11 Ce chapitre des nullités de mariage eut encore un autre effet que celui de venir confirmer, dans l'esprit des auteurs classiques français, les divisions du droit romain. Il régnait en cette matière un grand principe, d'ailleurs tombé en désuétude de nos jours; c'est le précepte qui vient aussi du droit romain: „en fait de mariage pas de nullité sans texte“: *forma dat esse rei*.

Comme le CCF ne prévoyait pas la différence de sexes comme condition de validité du mariage, il était impossible de déclarer nul un mariage conclu entre deux individus de même sexe! Une telle monstruosité révolta les premiers commentateurs déjà, et ils créèrent en dehors de la loi une nouvelle classe d'invalidité: celle des „Inexistences juridiques“.

Leur inventeur est, selon Aubry et Rau (I, § 37 n° 3), le commentateur allemand Zachariae. L'acte est inexistante, disent ces auteurs (I, p. 119), s'il 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“. Ainsi un contrat sans consentement. La raison se refuse, si l'acte manque d'un élément essentiel, à admettre qu'il existe; il y a inexistence juridique rationnelle. „Rien ne s'est produit“, c'est le „néant“, disent nos classiques. L'évidence même de ces cas d'inexistence ne faisait pas au législateur un devoir de les prévoir: ce n'étaient pas des inefficacités légales comme les précé-

dentes, mais des inexistences virtuelles, rationnelles. Dès lors, on eut donc trois classes d'invalidités, une division tripartite des inefficacités.⁴⁾

12 On peut dire que, de nos jours, cette division tripartite est abandonnée, puisque seul Planiol la conserve (I, n° 336, 340, 345). Cet auteur n'en est pas d'ailleurs un partisan convaincu. Tout d'abord, il insiste avec force sur ce qu'il appelle le „dualisme des nullités“, c'est-à-dire sur la nullité et l'annulabilité, qu'il oppose l'une à l'autre, sur la base des articles 1117 et 146 CCF. Ensuite, c'est accessoirement qu'il traitera des inexistences en marquant qu'elles sont en dehors de la théorie légale des inefficacités et du dualisme qu'elle proclame.

Enfin, Planiol reconnaît que cette distinction entre nullités et inexistences est „théorique“, parce que l'acte que le juge a constaté nul est réputé n'avoir jamais existé, ce qui revient à dire qu'il est inexistant (cf. I, n° 335; de même notre citation de Planiol, au ch. 10).

13 La division tripartite des invalidités fut, selon nous, abandonnée pour deux raisons. En premier lieu elle ne représente pas une vraie division trinaire, mais, comme disent Roguin (I, p. 165) et Drogoul (p. 119), „deux divisions binaires amalgamées“. Comme, on le sait, les quatre effets absolus des nullités et les quatre caractères relatifs des annulabilités épuisent le sujet, les inexistences auront les mêmes caractères que les nullités. Pour les distinguer de ces dernières, il faudra donc se placer à un autre point de vue, celui de la source, de l'origine des invalidités. A cet

⁴⁾ Nous nous sommes attaché, dans tout ce travail, aux notions étudiées par les auteurs et non pas à leur terminologie, qui varie de l'un à l'autre. Demolombe (III, n° 237, 240 ss.), qui oppose les termes „nul“ (ou „non existant“) et „annulable“, est pourtant partisan de la division tripartite puisqu'il entend par cette dernière expression les deux nullités absolue et relative.

Laurent, au contraire, ne connaît que deux invalidités, mais désigne l'une d'entre elles aussi bien par le mot nul que par le terme annulable (vol. I, n° 129, et vol. II, n° 470). Sur la terminologie légale, voir ch. 27.

égard les inexistences sont rationnelles, virtuelles, tandis que les nullités et les annulabilités sont légales.

En second lieu, la possibilité de distinguer entre inexistences juridiques et nullités ne tarda pas à disparaître. En effet, *Zachariae*, bientôt suivi par beaucoup d'auteurs,⁵⁾ admit par analogie deux nouveaux cas d'inexistence (ch. 11): le défaut de consentement et le défaut de solennité au mariage. Ces deux cas étant prévus par le législateur français (art. 146 et 165 ss. CCF), les inexistences devenaient légales et il n'y eut plus moyen de les distinguer des nullités. C'est ainsi qu'on en revient à la division bipartite des invalidités, celle-là même qui fut adoptée par la doctrine suisse.⁶⁾

⁵⁾ Cf. *Demolombe* III, n° 240 ss.; *Laurent* vol. I, n° 130; *Marcadé* I, p. 426, 433 ss.; *Huc* II, p. 22 ss. et 147 ss.; *Répertoire de Droit français* vol. 28 p. 867 ss.

⁶⁾ *Aubry* et *Rau* (I § 37), sans qu'ils se prononcent expressément en sa faveur, furent cependant les promoteurs de cette fusion des deux notions de nullité et d'inexistence. En France, les partisans de cette division bipartite sont notamment *Laurent* (vol. I, n° 129 ss. et 169 ss.; vol. II, n° 470 ss.); *Perrin* p. 58; *Baudry-Lacantinerie* XIII, n° 1929 ss.; *Bufnoir*, p. 648 ss. et 657 ss.; *Pize* (p. 2 ss., p. 113 ss.) et surtout *Colin et Capitant* I, p. 75 ss., 81 ss. et p. 165 ss., 184 ss.

Nous ne voulons pas abandonner cette question des inexistences sans ajouter encore un mot. S'il n'y a plus, en bonne logique, et selon la majorité des auteurs, d'inexistences juridiques à côté des nullités absolues, il reste des cas d'inexistence de fait.

Mais ces inexistences de fait sont, par définition, exclues d'un système des invalidités, fondé sur la loi. Ici, l'acte n'est pas un acte juridique, l'acte n'est pas formé; son achèvement matériel n'est pas complet; il n'existe pas encore dans sa matérialité, comme dit *Saleilles* à la page 325. Il en est ainsi du contrat sans accord de volontés, sans objet; du mariage entre personnes du même sexe, du mariage conclu sans la présence d'un officier de l'état-civil. Ici, le caractère incomplet de l'acte lui fait perdre jusqu'à son nom.

Cf. *Rossel* p. 185, *Egger* p. 55 (*Nichtehe*, *Gewissensehe*), *Gmür* p. 111; et en droit français *Drogoul* p. 203, *Piedelièvre* p. 495.

Colin et Capitant (p. 81 ss. et 144 ss.) rejetant avec véhémence le terme d'inexistence, appellent ces cas rarissimes et sans caractère juridique des „nullités virtuelles“.

14 § 4. Théorie moderne. — Les deux théories doctrinales divergent déjà à propos de la définition de la nullité au sens large d'invalidité. La nullité est, selon la Théorie classique, „l'état d'un acte entaché de quelque vice qui l'empêche d'exister légalement et de produire des effets“ (cf. Dictionnaire de Legrand).

Elle est pour les modernes „la sanction attachée à l'absence d'une condition que le droit positif juge nécessaire“ (cf. Drogoul p. 264). Elle est la „sanction civile répressive des règles“ disent Colin et Capitant (p. 165). C'est, dit Japiot (p. 36): „La sanction civile dont est frappé un acte qui, originairement, ne remplit pas certaine condition juridique.“⁷⁾

15 Ainsi donc, pour les classiques, la nullité au sens large, l'invalidité, est un „état“ de l'acte juridique, une „manière d'être“, une qualité qui lui est propre. Comme nous l'avons vu (ch. 7), cet état comporte deux degrés seulement: l'acte est nul ou annulable, l'acte est mort-né ou invalide. Les classiques assimilent donc l'acte à un être, à un organisme vivant: l'acte sera valable ou non, tout comme l'être est vivant ou mort, selon qu'il sera pourvu ou non de ses éléments essentiels, de ses „organes“.

Pour les auteurs modernes, au contraire, l'invalidité est une sanction qui comporte plusieurs degrés selon les divers groupements possibles des effets absous et relatifs: sa rigueur varie avec le but de la norme qu'elle doit sanctionner (ch. 17). Il y a en principe pour chaque norme

⁷⁾ Les partisans de la Théorie moderne des invalidités sont Drogoul, Japiot, Guyard, Piedelièvre et Loyer. De même sans le déclarer expressément, Trifonescu (De la confirmation des actes nuls. Thèse Paris 1911) et Vancadaire (Des actes confirmatifs. Thèse Paris 1903).

Si les commentateurs conservent tous la division classique, c'est en bonne partie parce qu'elle est très simple et très commode (ch. 9). Plusieurs en effet reconnaissent ses lacunes en énonçant des principes qui sont ceux-là mêmes de la Théorie moderne. Ainsi notamment Egger, que nous citons au ch. 25, Martin p. 45, Saillies, Colin et Capitant.

une sanction particulière destinée à lui assurer une protection déterminée. Les modernes étudient donc séparément chacune des invalidités dans son rapport avec la règle légale qu'elle sanctionne. Il n'y a pas pour eux de „nullité — manière d'être“ commune à tous les actes juridiques (cf. Japiot p. 285); il y a une série d'invalidités diverses. Ou si l'on préfère, le législateur dispose d'une sanction générale, l'invalidité, ayant une quantité de degrés. Ses deux degrés extrêmes sont constitués par la nullité et l'annulabilité classiques, et il y a entre elles plusieurs cas intermédiaires, selon les diverses combinaisons possibles des caractères absolus et relatifs.

¹⁶ Les modernes ont raison selon nous. Les invalidités font partie du droit sanctionnateur (ch. 3), c'est la seule manière d'expliquer et leur fonction, et l'expression juridique „à peine de nullité“ (314 al. 3 CO; 11 et 298 LP). La nullité au sens large est une sanction répressive, une peine. Perrin, en 1816, le reconnaît déjà (p. 18 et 115).

De plus, l'acte juridique n'est pas assimilable à un être vivant; il n'est pas un organisme qui peut être valide, infirme ou mort-né. L'acte en soi, dépouillé des circonstances de sa formation, est une conception purement idéale; „ce qui existe réellement ce sont les effets juridiques de l'acte“ (Japiot p. 275). Et la nullité s'attache „bien moins à une entité abstraite que constituerait l'acte, qu'à . . . ses effets“ (ibidem p. 44).

Japiot se rencontre ici avec Saleilles, qui dit (Déclaration p. 341): „La nullité suppose un acte, qui, par sa matérialité, est complètement achevé, . . . un acte tel qu'il est tout prêt à développer ses conséquences, et que le seul obstacle qui l'en empêche vient de la loi, dont l'intervention en arrête en quelque sorte les effets.“ Et plus clairement encore, à la page 328: „Il faut voir . . . dans la nullité une intervention de la loi venant supprimer un effet juridique, qui sans elle se serait produit conformément à la matérialité de l'acte.“

C'est ainsi que l'action en justice, destinée à faire établir la nullité d'un acte, sera dirigée non pas contre l'acte lui-même (pourachever le „moribond“ classique), mais contre ses effets juridiques. La distinction n'est pas sans intérêt: si c'est l'acte lui-même qui est attaqué, la nullité judiciaire le supprimera complètement, lui et toutes ses conséquences de droit; ce sera le fameux „néant juridique“ des classiques. Tandis que si l'action ne vise que les effets juridiques de l'acte, effets principaux et voulus par les parties, l'acte subsistera dans sa matérialité et sera parfois encore capable de déployer des effets accessoires et non prévus par les parties (ch. 42 ss.). La nullité au sens large est donc bien, comme disent les modernes, une sanction qui „frappe non l'acte lui-même, mais ses diverses conséquences prises séparément, ce qui explique que certains effets demeurent“ malgré l'invalidité (cf. Piedelièvre p.499).

¹⁷ L'invalidité, qui était un état invariable et inhérent à l'acte, devient l'accessoire inséparable de la norme qu'elle sanctionne. Le législateur poursuivant un but spécial avec chacune de ses normes, obtient la réalisation de ce but en instituant à chaque norme une sanction appropriée, une invalidité spéciale dont la rigueur peut varier par le jeu des groupements de caractères absolus et relatifs. La sanction d'invalidité a donc le même but précis que la disposition légale dont elle assure le respect. Il s'agira, dans chaque cas où la loi est muette ou incomplète, de rechercher le but spécial de la norme en question, pour déterminer l'étendue exacte de l'invalidité particulière qui lui sert de sanction. C'est le principe de base des modernes, ce qu'ils appellent la „Notion de But“.

¹⁸ Nous sommes maintenant à même de prouver ce que nous disions plus haut (ch. 6): la Théorie moderne ne fait qu'appliquer au domaine des invalidités les principes généraux de l'interprétation. Ses concepts se confondent avec ceux de la „Nouvelle méthode d'interprétation“, celle de Gény et de Saleilles. Elle consiste, comme on sait, à rechercher ce que le législateur aurait voulu à l'heure présente

et dans les circonstances actuelles, en laissant de côté ce qu'il a voulu à l'époque où il légiférait. Elle a pour but une adaptation sociale de la loi.

¹⁹ Saleilles (Déclaration p. 215) dit en effet à ce sujet que l'interprétation „consiste à extraire des termes de la loi le sens le plus conforme au but social de la loi“. C'est la „notion de but“, premier principe de la Théorie moderne. Cet auteur ajoute: „L'interprétation est une recherche d'adaptation sociale, une mise au point de la loi . . . par rapport aux conditions sociales qui lui servent de milieu et d'application.“ Or, cette recherche d'adaptation de la norme à la vie sociale et aux intérêts qui la forment, c'est le second principe de la Théorie moderne, la „Notion de Milieu“ (cf. Japiot p. 198).

Alors que la notion de but était la recherche du but actuel du législateur, cette notion de milieu permet de grouper les motifs qui l'ont guidé dans sa fonction législative. Le législateur a dû tenir compte du milieu social où interviendraient les normes et principes de droit qu'il voulait imposer. Ce milieu est naturellement le même que celui des sanctions qui en assurent le respect. En ce qui concerne les invalidités, le milieu est donc l'ensemble des réactions humaines que l'application de l'inefficacité légale suscite. C'est à dire que le législateur ne prévoit l'invalidité d'un acte juridique que si les intérêts humains réclamant son inefficacité sont plus forts que ceux tendant à son maintien.

²⁰ Ces intérêts contradictoires variant de nature et d'importance avec chaque norme et chaque invalidité qui la sanctionne, il est permis de croire a priori qu'un législateur préfère la plasticité de la Théorie moderne au dilemme classique: nullité radicale, ou annulabilité.

Et c'est bien le cas en droit suisse — nous l'allons voir au chapitre suivant. Pour assurer à chacune de ses normes une application et une protection parfaitement adéquates, le législateur a besoin non de deux, mais de plusieurs invalidités de rigueur différente. Nous aurons donc, au lieu des

deux nullités classiques (la relative et l'absolue) „toute une série de nullités ayant leur source commune dans la loi, mais infiniment diverses par les motifs qui les inspirent“ (Drogoul p. 179).

Pour résumer, nous dirons avec Japiot (p. 13): „La nullité est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation, et au milieu où pratiquement elle intervient.“

CHAPITRE DEUXIÈME: ÉTUDE DES TEXTES.

21 Nous avons vu précédemment (ch. 6) que tout système des nullités est une méthode d'interprétation, et que la Théorie classique, en tant que dérogation aux principes généraux de l'interprétation, doit trouver confirmation expresse dans un texte légal. C'est la recherche de cette confirmation que nous entreprenons ici, avec l'espoir de découvrir les raisons pour lesquelles la doctrine suisse suit la Théorie classique.

22 **§ 1. Le système légal des nullités de mariage.** — Dès qu'on parle d'invalidités, on songe aux nullités de mariage. C'est en effet le seul système des nullités que le législateur ait construit; c'est donc le système légal.

Le législateur y fait une distinction fondamentale entre les invalidités: il divise tout son sujet selon trois notes marginales: „Nullités absolues“ (art. 120—122 CCS), „Nullités relatives“ (art. 123—128), „Irrégularités n'emportant pas nullités“ (art. 129—131). Cette dernière catégorie ne nous intéresse pas, puisqu'il n'y a pas invalidité du mariage (voir d'ailleurs ch. 28). Bien que le législateur se serve, on le voit, des termes mêmes de la Théorie classique, il apparaît clairement à l'examen qu'il n'a pas adopté ses principes pour établir son système légal. En voici la preuve:

a) Le système légal ne se fonde pas sur les basse classiques puisque l'art. 132 CCS prévoit que la „dé-

claration de nullité“ sera faite par le juge, ce qui est contraire au premier effet absolu de la nullité. L'alinéa 2 dit en effet: „Jusqu'au jugement, le mariage, même entaché de nullité absolue, a tous les effets d'un mariage valable“. Il y a donc validité originale, et c'est le jugement seul qui sera la cause de dissolution du mariage (cf. thèse Naccary p. 75). Cette validité première est incompatible avec la notion classique de nullité, nos auteurs le reconnaissent bien (cf. von Tuhr p. 200 note 24).

Une tout autre question est celle de l'effet de ce jugement de nullité. La nullité judiciaire n'a qu'un effet *ex nunc*, pour l'avenir, dit l'opinion dominante (cf. Egger p. 72; Gmür p. 142; Rossel et Mentha I, p. 193; contra Curti à l'art. 132, et les doctrines française et allemande citées par Planiol I, n° 1091 ss., Roguin p. 165, Rossel p. 193 et Naccary p. 17). Ce cas, unique en droit suisse, où un jugement de nullité n'a pas d'effet rétroactif, est bien en rapport avec le caractère du mariage, dont les effets sociaux sont d'une telle importance qu'il convient de ne pas les anéantir, mais simplement de les supprimer pour le futur.

b) Nous trouvons la seconde preuve que le système légal des irrégularités de mariage ne repose pas sur les principes classiques, à l'art. 122 CCS, dont chacun des trois alinéas est une dérogation à la conception traditionnelle de la nullité.

Il y a ici nullité absolue, d'après la note marginale; et pourtant, à l'encontre du principe classique de la solidarité des caractères, l'al. 1 exclut le prononcé d'office; l'al. 2 réserve l'action à quelques intéressés seulement; l'al. 3 enfin écarte toute action en nullité, admettant par là même la validation d'un acte nul (cf. Egger p. 58 ss.; Gmür p. 118). — On voit donc que tout cet art. 122 déroge aux principes classiques; c'est pourquoi certains auteurs en font un cas d'annulabilité, malgré la volonté expresse du législateur (cf. Rossel et Mentha I, p. 185).

23 Ces règles du CCS sur les invalidités expliquent pourquoi seuls les commentateurs du CO défendent le système traditionnel en Suisse (ch. 5). Tous reconnaissent d'ailleurs son incompatibilité avec le système légal des nullités de mariage, mais aucun ne l'abandonne; et cependant les dispositions du CO ne justifient pas (ch. 26) un tel attachement à la Théorie classique. Pour tâcher de réduire l'antinomie qui existe entre le système classique et le système légal, nos auteurs recourent à l'un de deux procédés:

Le premier consiste à faire des diverses solutions légales autant d'exceptions aux principes traditionnels. Ainsi fait Becker qui, fixant les caractères de la nullité à propos de l'art. 20 CO, ajoute à côté de chacun d'eux la réserve: sauf pour les nullités de mariage. C'est un peu le monde renversé.

Le second procédé, pour concilier l'inconciliable, est plus rationnel; mais il s'écarte complètement du code. Il consiste à débaptiser les nullités de mariage pour les appeler toutes des annulabilités. Ainsi fait von Tuhr (cf. p. 200 note 24). Dès lors, le mariage expressément déclaré nul par la loi n'est qu'un mariage annulable, le législateur ayant clairement exclu (art. 122 et 132) les effets absolus de la nullité classique.⁸⁾

24 Le législateur suisse n'a donc pas fait sien, dans son système des nullités, le grand principe classique de la solidarité des caractères. Il y a lieu d'examiner pourquoi il le rejette, et quels sont ses principes.

⁸⁾ M. le professeur Meumann, à Genève, dit de même dans son cours de droit de famille: „La loi appelle les mariages entachés d'un empêchement dirimant des mariages nuls. En réalité ces mariages ne sont pas nuls dans le sens ordinaire du mot (cf. art. 20 CO), mais seulement attaquables, par une action appelée par la loi „action en nullité“. Le mariage nul n'est pas un „rien juridique“. C'est un mariage tant qu'il n'a pas été annulé; et il peut même devenir inattaquable“ (122 al. 3 et 128 al. 2 CCS). Voir de même la critique que Curti fait des mots „mariage nul“ à propos de l'art. 120 CCS.

Il n'a pas admis ce principe rationnel et clair des doctrines française et suisse, parce qu'un législateur ne fait pas de logique; il ne bâtit pas un système scientifique et abstrait, il fait un code applicable aux relations humaines. C'est dans le dessein conscient de rester en contact réel avec la vie sociale, qu'il rejette le raisonnement classique.

Il envisage les inefficacités sous un autre angle que l'angle logique: celui de la répercussion des nullités dans la Société humaine. Et c'est parce que chaque cas d'invalidité légale a ses réactions propres sur les individus, et soulève des intérêts d'importance variable, que le législateur s'est vu forcé de repousser la belle synthèse des classiques réduisant à deux types logiques tous les cas d'invalidité.

La classification des nullités de mariage, dans le CCS, repose donc sur un fondement social, et non logique. Elle tient compte du conflit d'intérêts humains qui naîtront de l'application des normes sur la nullité de mariage. Et c'est là le principe même de la Théorie moderne (ch. 19), sa Notion de Milieu, sa considération du milieu social dans lequel intervient l'invalidité légale.

²⁵ Ainsi le législateur, non seulement n'admet pas les principes classiques, mais fait siens ceux de la Théorie moderne. C'est bien ce que reconnaît Egger, à la page 55, quand il dit: „Puisque l'Etat renonce à frapper de nullité dès que cela est possible (art. 122 CCS), il ne faut pas que l'effet destructeur de l'annulation judiciaire dépasse ce qui est requis par la notion de but du droit“. C'est la Notion de But des auteurs modernes (ch. 17). Egger veut donc que le juge adapte l'invalidité à la vie, en tenant compte des intérêts sociaux qui sont à sa base; il n'admet pas d'appliquer à l'acte, quand la loi reste silencieuse, le quadruple effet absolu de la nullité classique. Et cet auteur ajoute (p. 56) que les cas de nullité absolue du mariage sont commandés par l'intérêt public, tandis que ceux où il y a nullité relative le sont

par l'intérêt privé seulement. C'est encore et toujours la Notion de Milieu des modernes (cf. aussi Gmür p. 112, 114 et 119).

Les paragraphes suivants montreront que le droit des obligations ne fait pas, comme le dit la doctrine, application des principes classiques. Nous sommes donc tenté de voir dans les nullités de mariage le signe d'un état d'esprit nouveau du législateur de 1907, de même que von Tuhr (p. 117) à propos de l'inaccessibilité de l'art. 93 CCS.

26 § 2. La nullité radicale de l'art. 20 CO. — Cet article dit: „Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux moeurs“. Le législateur ne se prononce pas sur les effets de cette nullité; tout le monde est cependant d'accord pour admettre qu'il s'agit ici de la nullité radicale, réunissant les quatre effets absolus de la nullité classique. Mais cela ne suffit pas pour en faire, comme le veulent les commentateurs du CO, le type de toutes les invalidités qui ne sont pas des annulabilités. Contrairement à leur doctrine, tous ces cas ne sont pas frappés d'une nullité aussi totale et radicale que celle de l'art. 20, bien que le législateur y emploie souvent le mot nul. C'est ce que nous allons démontrer.

a) Il y a tout d'abord les dérivés directs de l'art. 20, c'est à dire ceux où s'appliquent ses principes sur l'illécitité, l'immoralité et l'impossibilité de l'objet des contrats.

Ces dérivés directs de l'art. 20 CO sont toujours, pour la doctrine suisse, des cas de nullité radicale. Le texte contient fréquemment le mot nul. C'est ainsi qu'on lit souvent dans la Partie spéciale ces mots: „toute convention contraire est nulle“. Etudier ici chacun de ces cas nous entraînerait trop loin.⁹⁾ Nous relèverons simple-

⁹⁾ Voir CO: 34 al. 2, 100 al. 1, 141, 157, 218 al. 3, où Becker se refuse à admettre la nullité; 227 al. 3, 265 al. 3, 293 al. 3, 314 al. 3, 317 al. 2, 323 al. 2, 541 al. 2, 623, 644 al. 2, 736; et, sans que le texte emploie le mot nul: art. 129, 163 al. 2, 241 al. 2, où il n'y a pas „révocation“, celle-ci provenant toujours d'une des

ment deux points. D'abord rien ne prouve que le législateur, en employant le mot nul, entende lui attribuer le sens absolu et immuable de la terminologie classique; il n'admet pas (nous aurons encore l'occasion de le voir) le dogme classique de la solidarité des caractères; de plus l'usage qu'il fait du mot nul, est loin d'être rigoureux.

Ensuite, il y a plusieurs de ces dérivés directs qui sont sanctionnés non par une nullité, mais par une annulabilité. Leur étude nous fournira aussi l'occasion de constater la variabilité de la terminologie légale.

27 Sous l'entête: „De la nullité et de la réduction des dispositions du défunt“, nous lisons à l'art. 519 CCS: „Les dispositions pour cause de mort peuvent être annulées . . . (chiffre 3) . . . lorsqu'elles sont illicites ou contraires aux moeurs, soit par elles-mêmes, soit par les conditions dont elles sont grevées“. Il y a donc ici renvoi à l'art. 482 al. 2 CCS qui, pour ce même cas, parle de nullité. Comme autres exemples de l'instabilité de la terminologie légale on peut citer encore: l'art. 521 CCS qui, toujours pour ce même cas d'annulabilité, emploie par trois fois le mot nul; les art. 285 ss. LP; les notes marginales des art. 230, 249, 525, 773, 793, 849 CO, et 262, 469, 513 CCS.

Tous nos auteurs sont d'accord sur ce point: l'art. 519 CCS est une annulabilité pure, malgré le titre sous parties, 347 al. 3, 630 et 684 al. 2, 725 al. 2. Sur les art. 192 al. 3 et 199, cf. ch. 40 n° 2.

CC'S: 211 al. 2, 224 al. 2, 277 al. 2, 636, 816 al. 2 et 894; sans le terme nul: 52 al. 3, 88, 242 al. 3, 716 et 966.

LP: 11, 33, 204 (cf. Sem. judic. 1928 p. 45; contra ci-dessous ch. 34), 314; et, sans le terme nul: 126 al. 2 et 127 al. 3, avec leurs correspondants dans la vente immobilière.

LCA: 9, 65 al. 2, 67 al. 4 et 74.

Il faudrait étudier séparément tous ces cas pour voir s'ils constituent effectivement des nullités au sens classique. Nous n'avons pu le faire. Il se pourrait donc que cette liste contienne un ou deux de ces „cas intermédiaires“ que nous allons rencontrer (ch. 33). En tout cas, selon von Tuhr p.202, plusieurs de ces articles n'envisagent qu'une nullité partielle au sens de l'art. 20 CO al. 2.

lequel il est placé, et bien qu'il soit une application directe des principes sur l'illicéité et l'invalidité des contrats et autres actes juridiques (sur cette dernière extension voir von Tuhr p. 221 et 251). On peut tenir du reste le même raisonnement pour 520 CCS, qui prévoit que les vices de forme seront sanctionnés par l'annulation et non par la nullité.

Il n'y a pas d'ailleurs, à l'art. 519 CCS, véritable annulabilité (cf. Escher p. 28 et ce que nous en dissons ch. 33 n° 4). Il s'agit du premier de ces „cas intermédiaires“ (étudiés, plus bas: ch. 33 ss.) qui participent à la fois de la nullité et de l'annulabilité classiques. Car, si cette invalidité comporte certains caractères de l'annulabilité (cf. notamment 521 CCS), on y rencontre aussi le deuxième des caractères absolus de la nullité. Le troisième alinéa de l'art. 519 dit en effet que „l'action peut être intentée par tout héritier ou légataire intéressé“. — Cela signifie tout bonnement: tout intéressé, car on ne voit pas qui, en dehors des héritiers et légataires, aurait un intérêt suffisant pour intenter une pareille action en justice (cf. pour plus de détails ch. 40 n° 3).

Les art. 578 CCS et 214 LP sont aussi des dérivés directs des principes de l'art. 20 CO. Et pourtant ce sont deux cas typiques d'annulabilité pure (cf. von Tuhr p. 595). Il ne s'agit pas de dol, malgré ce qu'on pourrait croire; le dol est essentiellement une notion contractuelle: la fraude consciente dirigée contre son co-contratant. A l'art. 214 LP, le failli n'est du reste aucunement trompé.

28 Ces cas où le législateur confond sciemment les deux sanctions traditionnelles suffisent à prouver qu'il n'établit pas, sur la base de cet art. 20 CO, un système conforme aux idées classiques.

Il y a d'ailleurs encore beaucoup d'autres cas où ce n'est pas la nullité radicale qui vient sanctionner l'illicéité, l'immoralité et l'impossibilité. Le plus important se trouve dans le système légal des nullités de mariage; il

est relevé par von Tuhr lui-même (p. 221 note 34). Les irrégularités n'emportant pas nullité (art. 129 ss. CCS) sont en effet des cas d'illicéité: il y a dérogation aux art. 100 ss. CCS sur les Empêchements au mariage. Von Tuhr continue du reste cette liste d'exceptions. Il cite notamment les art. 464 al. 2, 536 et 538, et 628 CO (cf. notes 34 et 35 p. 221); les art. 285 ss. LP et 513 CO (cf. note 46 p. 223); enfin, au haut de la page 229, l'art. 171 CO, auquel Becker (p. 84) ajoute le cas de promesse de qualités inexistantes. Citons enfin l'art. 179 al. 2 CCS, l'art. 192 CO applicable à la cession nulle d'un brevet; les art. 92 ss. LP avec leur adjvant 125 ch. 2 CO (cf. Sem. judic. 1928 p. 93).

b) Les dérivés indirects sont, aux dires des auteurs, des cas de nullité toute pareille à celle de l'art. 20 CO, sans être pour cela une application de ses principes sur l'illicéité etc. Leur texte ne renferme jamais le mot nul, et l'on n'a pas même cet argument terminologique relevé plus haut. C'est pourquoi la doctrine ne peut qu'énumérer, sans justification, ces cas où elle voit une nullité radicale aux quatre effets absolus.

Von Tuhr (p. 200) cite d'abord l'acte de l'incapable de discernement (18 CCS): cet acte est bien nul radicalement. Puis il mentionne l'acte simulé (18 CO). On sait les efforts de notre jurisprudence pour restreindre l'application de la nullité, en cas de simulation dans la vente immobilière. Pas de nullité si la somme cachée au notaire fut payée par avance (ATF 49 II 466 ss.; 50 II, 142; 52 II, 60 ss.). Pas de nullité non plus pour l'acheteur qui, ayant demandé la dissimulation du prix, exécute l'acte en ayant conscience de son caractère non obligatoire, et n'invoque celui-ci que parce que l'objet est défectueux selon lui (ATF 53 II, 162 ss.). On sait aussi qu'en France tous les prix de ventes immobilières sont simulés.

Comme von Tuhr, Becker (p. 63) admet que l'acte simulé est nul; mais il reconnaît que ce n'est pas une nullité ordinaire existant à l'égard de tous, puisque le tiers de bonne foi est doublement protégé, par les règles

sur la possession et par celle de l'al. 2. Cet auteur (p. 64) parle du reste toujours d'„Anfechtung“, d'annulation, ce qui paraît exclure le premier des caractères absolus de la nullité: l'inefficacité originale (ch. 41). En sorte que la simulation n'est, pour toutes ces raisons, qu'un piètre exemple de la nullité radicale.

29 Est encore nul, selon von Tuhr, l'acte annulé par jugement. Mais il n'y a pas ici invalidité légale, il y a nullité judiciaire, aux effets identiques, quelle que soit l'invalidité légale qui est à sa base (ch. 45).

Est enfin frappé d'une nullité inguérissable l'acte qui manque de la forme prescrite par la loi (voir par exemple les art. 11 al. 2, 16, 165, et 493 CO). Saleilles (Déclaration p. 79) dit aussi que si „la forme fait défaut, l'acte est nul“. Cette affirmation n'est pas tout à fait exacte, puisqu'il y a une série d'articles du CO qui viennent la contredire. Ce sont notamment les art. 276 (selon Becker: art. 11), 324, 553, 616 ss., 638, 652, 653, 679 et 681 CO.

Nous ne traiterons ici que les plus importants de ces cas, les art. 616 ss., 553, 679 CO., qui présentent une certaine analogie; et l'art. 628 CO.

Il y a pour la fondation d'une société anonyme (615 ss. CO) toute une série de règles impératives à observer pour obtenir l'inscription au Registre du Commerce. Les art. 616, 621 et 622 CO prévoient ce qui doit être communiqué au Registre, en même temps que la demande d'inscription. Si l'inscription a lieu malgré l'omission d'une de ces formalités, la société est valablement constituée, son vice de constitution est guéri par l'inscription (Heilungstheorie; ATF 33 II, p. 161; 34 II p. 672). La doctrine fait pourtant une réserve quand le vice était essentiel, c'est à dire en cas d'absence d'un des éléments prévus à l'art. 612 (raison sociale, montant du capital, des actions).

A part ces trois cas de vice essentiel, d'ailleurs tout à fait invraisemblables, l'inscription est toujours parfaite,

la société valablement constituée, et la règle impérative à laquelle on a dérogé est restée sans sanction puisque la société n'est pas nulle. Cette absence de sanction s'explique d'ailleurs fort bien par le besoin supérieur de stabilité et de sécurité commerciales.

Il en va de même pour l'inscription des sociétés en nom collectif (553 CO) et des coopératives, dont les statuts portent moins de sept signatures (679 CO).

Relevons encore l'art. 628 CO qui interdit à une société anonyme d'acquérir ses propres actions, sauf dans quatre cas énumérés limitativement par la loi. Le Tribunal fédéral a jugé, malgré l'opinion de Bachmann (cf. Fick II, p. 136), que l'acquisition d'actions, en dehors de ces quatre cas, n'entraînait pas la nullité de l'acte d'acquisition, mais simplement une entière responsabilité des organes de la société anonyme (cf. ATF 43 II, 295 et Journ. des Trib. 1927, p. 642 ss.). Le Projet de révision ne consacre d'ailleurs pas cette jurisprudence.

On ne peut dire, en résumé, que la nullité radicale de l'art. 20 sert de prototype à toutes les nullités puisque ses dérivés directs ont certains caractères des annulabilités, tout comme les principaux cas de nullité cités par la doctrine.

30 § 3. L'annulabilité pure. — La classe des annulabilités, aux quatre caractères relatifs, est le corrélatif nécessaire de la nullité classique. Le droit suisse n'est guère favorable aux partisans de la division bipartite, car on a beaucoup de peine à y trouver de véritables annulabilités.

Comme il n'y a pas dans toute la Partie générale du CO un seul cas d'annulabilité pure, on est réduit à chercher dans le contrat d'entretien viager, à l'art. 525 CO, le cas type de la seconde sanction classique, celle faisant pendant à la nullité proprement dite! Du reste, ce cas d'annulabilité est lui-même sujet à caution. D'abord, la note marginale française parle de nullité. Ensuite, si les trois

premiers caractères relatifs de l'annulabilité sont bien marqués, qu'en est-il de la prescription? Les auteurs ne se prononcent pas sur ce point. Enfin, comme l'indique l'al. 2, le juge ne peut jamais être astreint par les ayants-droit à annuler l'acte; ceux-ci ne sont donc pas en fait des ayants-droit, et ce cas diffère des autres annulabilités que le juge doit prononcer dès qu'il en a connaissance.

Il y a, dans le CO, un autre cas d'annulabilité proprement dite, bien que le législateur ne se prononce sur aucun de ses effets. C'est l'art. 627 qui confère à l'actionnaire, conformément à 75 CCS, un droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale, lorsqu'elles sont contraires aux statuts ou à la loi (cf. ATF 50 II, 500). Mais tous les auteurs ne sont pas unanimes à voir dans ce cas une annulabilité pure, puisque certains prétendent que ce droit de l'actionnaire est, dans certains cas, imprescriptible (deuxième caractère de la nullité). Ainsi par exemple Fick (p. 131), qui fait, à l'intérieur de cet art. 627 CO, la distinction entre nullité et annulabilité.

A part le cas de vice redhibitoire signalé plus haut (ch. 4), le CO ne nous offre comme annulabilités que ces deux cas douteux.

31 Tous les autres cas du CO — que la loi elle-même parle d'annulation ou que la doctrine les qualifie ainsi — ne sont pas des annulabilités pures. Ainsi les annulations de titres (90 CO; 13 LCA), papiers valeurs (793 ss., 836, 838 et 39, 844, 849 ss. CO; 870 CCS). Il y a ici vice postérieur à la formation de l'acte, et c'est avec raison que le texte allemand ne parle pas d' „Anfechtbarkeit“ (annulabilité), mais d' „Amortisation“ . Il en est de même d'ailleurs pour: les diverses dissolutions non volontaires de sociétés ou d'associations (77 CCS), la prohibition de concurrence devenue sans intérêt (360 CO), les art. 250 al. 3, 634 al. 2, 734 CO, les art. 48 al. 2, 513 al. 2, 494 al. 3 et 522 ss. CCS. Dans ces deux dernières dispositions on peut cependant découvrir des cas de vice originaire.

32 Il n'y a, hors le cas de l'art. 578 CCS cité plus haut (ch. 27) que trois cas d'annulabilité pure dans le CCS: ce sont les art. 253 ss., 262 et 305 CCS (pour 306, voir ch. 37, n° 15). En les établissant, le législateur n'a certainement pas voulu créer des annulabilités, puisqu'il appelle ces cas respectivement „désaveu de paternité“, „action en nullité de légitimation“ et „révocation“. La doctrine (sauf von Tuhr, p. 205) les passe d'ailleurs sous silence¹⁰⁾.

Nous en arrivons à l'étude des nombreux cas d'invalidité qui ne sont ni des nullités, ni des annulabilités.

33 § 4. Cas intermédiaires. — Nous appelons „cas intermédiaires“ toutes les inefficacités qui sont inclassables dans l'une des deux catégories classiques: la nullité et l'annulabilité. Elles ne déploient en effet ni les quatre caractères absous ni les quatre effets relatifs et sont le produit d'une combinaison de tous ces caractères (cf. Guyard p. 8).

Le nombre et surtout l'importance de ces cas intermédiaires, participant à la fois de la nullité et de l'annulabilité, prouvent suffisamment que notre législateur n'a pas admis la division bipartite des invalidités.

1º. Le premier de ces cas intermédiaires est sans contredit celui des art. 23 ss. CO sur l'erreur, le dol et la menace. Comme il relève à la fois de la nullité et de l'annulabilité, la doctrine suisse se trouve divisée à son sujet. Certains auteurs en font un cas de nullité; ainsi Oser (p. 127), et Becker (art. 23) qui ne veut pas y voir une annulabilité pure¹¹⁾.

D'autres, au contraire, voient ici un cas d'annulabilité: ce sont Fick, Rossel p. 57 (mais p. 50: l'erreur est une „cause de nullité“!), et surtout von Tuhr (p. 204

¹⁰⁾ La LP prévoit des annulabilités aux art. 93, 136bis, 214 et 285 ss. (encore ici, à la condition qu'il y ait bien vice original, ce qui est peu vraisemblable).

¹¹⁾ Dans le même sens: Huber (Rechtsgutachten), Kuoni, cités par Oser; et les A.T.F. 23 II, 713 ch. 3; 29 II, 662; 48 II, 235.

et 272 ss.). Citons encore Martin qui s'applique à prouver (p. 36) que les cas d'erreur prévus aux art. 23 ss. CO rendent le contrat tantôt nul, tantôt annulable, ensuite de quoi il se prononce (p. 45) pour l'abandon de la distinction classique^{12).}

La raison de cette divergence est fort simple: l'art. 23 déclare: „Le contrat n'oblige pas celle des parties qui... était dans une erreur essentielle“. Il prévoit évidemment une inefficacité originaire de l'acte, à l'égard du contractant qui a commis l'erreur. Il y a „contrat boiteux“, c'est à dire non obligatoire pour l'une des parties (cf. von Tuhr p. 204 et 272, Martin p. 45 et Becker p. 98). Or l'inefficacité originaire est le premier et le plus important des quatre caractères absolus de la nullité. Il y a donc nullité, — et Oser a raison!

Mais le complément de l'art. 23, l'art. 31 CO dit: „Le contrat entaché d'erreur... est tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir...“ Autrement dit, cet article prévoit à la fois un droit d'attaque pour le contractant en état d'erreur,

¹²⁾ Martin, à la page 36, oppose aux autres cas d'erreur ceux d'error in negotio et d'error in corpore (art. 24 ch. 1 et 2). „Ici,“ dit-il, „le contrat ne s'est pas formé. D'après l'art. 1er, le contrat n'est parfait que lorsque les parties ont manifesté leur volonté d'une manière concordante. Dans l'exemple fourni par le code (art. 24 ch. 1), cette condition essentielle n'est pas réalisée. Le contrat est inexistant; on ne peut pas dire que l'une des parties, étant en erreur essentielle, n'est pas obligée. Aucune des parties n'est obligée parce qu'aucun contrat n'a été conclu.“

En réalité cette argumentation de Martin, édifiée sur la Théorie de la Volonté, est inapplicable au CO, qui admet pour la conclusion du contrat la Théorie de la Déclaration (cf. art. 1er). Peu importe ici la volonté psychologique; peu importe son absence dans le cas d'error in negotio et in corpore. C'est la volonté telle qu'elle résulte de la déclaration qui intéresse les juristes, et celle-ci est bien présente dans les deux cas relevés par Martin; le contrat s'est bien formé selon l'art. 1 CO, et il n'est pas nul pour défaut de consentement.

une possibilité de confirmation, enfin une „validation automatique“ par simple écoulement du temps, qui n'est autre que la prescription des annulabilités. On est en présence des trois derniers caractères relatifs des annulabilités, — et von Tuhr a raison!

Comme ces caractères de la nullité et de l'annulabilité classiques s'excluent mutuellement, nous n'avons ici affaire ni à l'une ni à l'autre de ces invalidités, nous sommes en présence du plus important de nos cas intermédiaires. Et von Tuhr s'en rend bien compte puisqu'il hésite à appeler „Anfechtung“ ce cas si différent des autres annulabilités (p. 205 en bas, 206 note 52, 272); il compare ce cas à celui de l'art. 410 CCS, un de ses „actes imparfaits“ où il y a nullité guérissable (ch. 34).

L'invalidité des art. 23 ss. est donc la suivante: il y a cumul du premier des caractères de la nullité et des trois derniers effets de l'annulabilité. C'est un de ces cas qui ne peut entrer dans aucune des deux catégories classiques.

2º. L'art. 21 CO sur la lésion est toujours assimilé, en ce qui concerne son invalidité, aux art. 23 ss. (cf. Oser p. 93, ch. 3; Becker p. 89 ch. 13; von Tuhr p. 204/05 et 282). Dans l'un et l'autre cas, l'invalidité ne peut être relevée d'office, et il y a, jusqu'à l'expiration du délai de péremption, inefficacité originaire pour l'une des parties. Notons cependant que le CCA (§ 138) fait de la lésion une cause de nullité (non d'annulabilité), et qu'il arrive souvent que la limite entre la lésion et l'immoralité (20 CO) demeure incertaine. Ainsi lorsqu'un médecin ou un guide profite du risque couru par son co-contractant pour exiger de lui une plus forte prestation; ce cas est qualifié lésion par Oser (p. 96 ch. 2a) et contrat immoral par Becker (p. 87). Cf. Weiss, n° 3858 ss. sur la jurisprudence relative à ces cas.

Comme les art. 23 ss. CO ont, selon nous, trois dérivés directs, les art. 230 CO, 469 et 638 CCS, ceux-ci seront aussi des cas intermédiaires, et leur invalidité sera pareille.

3º. L'art. 230 CO, sous la note marginale „Nullité“, ne prévoit pourtant pas, quoi qu'en pense Rossel, la nullité radicale des enchères entachées de manœuvres illicites ou immorales. D'abord les notes marginales allemande et italienne parlent d'annulabilité. Ensuite, le délai d'attaque de 10 jours, qui fixe la prescription de l'action, n'est autre que le dernier des caractères relatifs. Les commentateurs en déduisent les trois autres et font ainsi de l'art. 230 une annulabilité pure. Il y aurait ainsi validité originale de la vente aux enchères (von Tuhr p. 205; Oser p. 540 ch. 2).

Comme ces auteurs ne rapportent pas la preuve de cette conclusion, nous serions tenté de croire qu'il y a au contraire inefficacité originale, tout comme aux art. 23 ss. CO. En effet, le cas des enchères entachées de „manœuvres illicites ou contraires aux moeurs“ est une application, selon le Tribunal fédéral (ATF 1915 II, 365) et selon Martin (p. 78), des principes généraux sur le dol et la menace.

D'ailleurs, même si cela n'était pas, l'art. 230 CO n'en constituerait pas moins un cas intermédiaire puisque le législateur confère à „tout intéressé“ le droit d'attaquer les enchères (cf. Becker, ch. 5; Oser p. 540 ch. 2a). L'art. 230 est donc une inefficacité ayant les deux premiers caractères absolus et les deux derniers effets relatifs des invalidités.

4º. L'art. 469 CCS, sur les dispositions pour cause de mort, est la reproduction fidèle des art. 23 ss. CO; son texte le dit clairement: „Sont nulles toutes les dispositions que leur auteur a faites sous l'empire d'une erreur, d'un dol, d'une menace ou d'une violence“. Suivent des prescriptions identiques à celles de l'art. 31 CO. Cet article est donc bien un cas intermédiaire.

Escher en convient d'ailleurs. Il dit à la page 28 que l'art. 469 CCS, tout comme l'art. 519, n'est ni un cas de nullité, ni un cas d'annulabilité (blosse Anfechtbarkeit); il y a pour lui „Ungültigkeit“, conformément

au texte allemand de ces deux articles. Mais Escher paraît oublier que l'*Ungültigkeit*, l'invalidité, n'est pas une classe spéciale d'inefficacités; c'est le mot générique qui les englobe toutes. Quoiqu'il en soit, cet auteur a le sentiment que ces cas de l'art. 519 et de l'art. 469 CCS sont intermédiaires entre la nullité et l'annulabilité, et cela nous suffit.

Quant à la terminologie de cet article, qui parle de „dispositions nulles“, elle est qualifiée par les auteurs d'incompréhensible et de regrettable (cf. Rossel p. 515; Curti p. 370). Et c'est bien évident, puisque le législateur emploie l'un pour l'autre les deux termes classiques. Cependant ce terme „nul“ est ici assez à sa place. Tout comme aux art. 23 ss. CO, l'acte est inefficace et nul pour celui qui se trompe, mais reste valable pour son co-contractant. Comme il n'y a pas ici de co-contractant, l'acte est entièrement nul, et c'est ce que dit la loi.

5^o. L'art. 638 CCS part aussi, selon Rossel (p. 722) et Escher (p. 364) des principes des art. 23 ss. CO, les causes de rescission qu'il envisage étant en définitive l'erreur, le dol et la crainte fondée.

Von Tuhr (p. 246) étend ces mêmes principes au cas de déclaration fantaisiste et à ceux des art. 125 et 126 CCS (p. 267 note 23).

34 6^o. Von Tuhr crée (p. 199), à côté de la classe des nullités et de celle des annulabilités, la catégorie des „actes imparfaits“. Ce sont les actes qui ne déploient pas d'effets jusqu'à l'arrivée d'un élément essentiel qui leur fait encore défaut.

Sont par exemple des actes imparfaits, mais perfectibles: le transfert de propriété, avant la tradition ou l'inscription; le contrat conditionnel avant l'avènement de la condition; le contrat de mariage avant l'inscription (248 CCS); enfin, avant leur ratification, les actes qui doivent être ratifiés: art. 38 al. 2 CO et CCS art. 158 ch. 5, 410, 424 et, selon Egger mais contre Rossel, les art. 407

et 408. A ces exemples il faut ajouter, selon nous, le cas des actes de disposition faits par un incapable. Ces actes sont en effet inefficaces, mais deviennent parfaitement valables dès la survenance de la capacité de disposer (von Tuhr p. 113 ch. 2). Et cet auteur (p. 190 ss.) indique comme exemple de cette incapacité de disposer guérissable, les art. 203, 217, 419 al. 2, 554, 593 ss., 773 al. 2, 906 al. 2, 959, 960 CCS; l'art. 152 al. 3 CO et les art. 96 al. 2 et 204 LP. On peut citer encore avec von Tuhr (p. 228 in fine et 653) le cas de validation d'un contrat conditionnel si, à l'avènement de la condition suspensive, la prestation, impossible jusque là, est devenue possible. Enfin l'art. 298 LP.

Tous ces actes imparfaits sont des cas intermédiaires; von Tuhr l'a bien senti puisqu'il ne peut en faire ni des nullités ni des annulabilités. Il y a bien ici inefficacité originale, premier caractère de la nullité, à relever d'office (von Tuhr p. 273 en haut). Mais cette inefficacité est guérissable comme en cas d'annulabilité. Elle est toujours susceptible de validation par survenance de l'élément dont l'absence rendait l'acte incomplet.

A l'origine donc, l'acte imparfait ne déploie aucun effet de droit, pas même si les parties le tenaient pour parfait, dit von Tuhr p. 199. L'acte est nul tant que l'élément manquant ne survient pas et lorsque cette survenance devient impossible (ibidem p. 200). Le juge, si cet acte lui était soumis, devrait le frapper de nullité judiciaire. Mais, que survienne cet élément qui manque, l'acte deviendra pleinement efficace; et par un nouveau jugement on pourrait faire reconnaître cette validité entière.

Tous les actes imparfaits sont donc frappés d'invalidité originale et guérissable. Ils cumulent le premier des caractères absolus et le troisième des effets relatifs. Perrin (p. 148 ss.) donne, en 1816 déjà, une liste de ces cas rebelles à la classification traditionnelle. On y trouve notamment notre cas de disposition par un incapable: „La

nullité, résultant de l'incapacité de disposer, se couvre par la ratification survenue à une époque où l'on est capable“.

³⁵ 7^o. L'art. 100 al. 2 CO dit que „le juge peut... tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère“; mais ceci seulement si le créancier était en état de dépendance vis à vis de lui.

Cet article ne prévoit pas une nullité proprement dite, tous les auteurs sont d'accord là-dessus: le juge „peut“, mais ne doit pas invalider l'acte. Comme à l'art. 525 CCS (ch. 30), le juge n'est pas lié par l'invalidité, et il n'y a pas à proprement parler d'ayants-droit.

Bien que le créancier seul puisse saisir le juge (deuxième effet relatif), il n'y a pas, selon nous, annulabilité pure. Le juge, en effet, peut relever lui-même le vice qui entache cette clause: il peut la „tenir pour nulle“. Il peut prononcer d'office la nullité, ce qui est incompatible avec l'annulabilité classique.

8^o. Il faut rapprocher ce cas de l'article suivant, l'art. 101, sur la responsabilité du fait des auxiliaires. Il autorise le débiteur à s'exonérer de sa responsabilité pour tout dol et toute faute de son auxiliaire. Mais l'al. 3, prévoyant à nouveau le cas de dépendance du créancier, ne tolère dans ce cas que l'exonération pour faute légère. Il semble donc que l'exonération pour dol et faute lourde soit radicalement nulle; c'est du moins l'opinion de la doctrine (cf. von Tuhr p. 527 et les commentaires).

A notre avis ce n'est pas une véritable nullité, parce qu'une telle clause d'exonération, illicite en elle-même, est en réalité susceptible de validation. C'est ainsi qu'il y aura validation automatique, comparable à celle de 31 CO, dès que cesse le rapport de dépendance. En effet, il serait choquant de permettre au créancier, lorsqu'il n'est plus au service du débiteur, d'invoquer l'invalidité de cette clause, qui dès lors est parfaitement conforme à la loi (art. 101 al. 2). Il y a eu, comme en cas d'annula-

bilité, confirmation, ratification tacite par le créancier. Ce n'est pas une nouvelle clause d'exonération: il n'y eut jamais qu'un seul accord de volontés, l'accord primitif, le seul qui soit susceptible d'être prouvé.

Une telle validation, par disparition du rapport de dépendance, est d'ailleurs logique. Elle se produit à l'article précédent (100 al. 2 CO) qui est considéré par les auteurs comme une annulabilité pure et guérissable. Or nous ne voyons aucune raison valable de faire à cet égard une différence entre ces deux dispositions légales.

L'art. 101 al. 3 CO a d'ailleurs un autre caractère commun avec l'annulabilité. En pratique, ce n'est pas tout intéressé, mais une seule personne qui peut attaquer cette clause que le juge peut du reste relever d'office. La loi n'a voulu protéger que le créancier en état de dépendance, et personne d'autre que lui n'a un intérêt direct suffisant pour intenter l'action en justice (ch. 40 n° 3).

L'art. 101 al. 3 CO est donc un cas intermédiaire, avec le premier et le dernier des quatre effets absous, et deux caractères de l'annulabilité.

9^o. Becker, à l'art. 11, déclare guérissables tous les actes nuls pour vice de forme, dès que ceux-ci ont été exécutés par des parties conscientes de son vice. Il y aurait donc confirmation d'un acte nul; cette question est d'ailleurs controversée (ch. 29).

10^o. Nous ne ferons ici que citer von Tuhr p. 732: „La cession d'une créance inaccessible... peut devenir valable par ratification du débiteur, si l'inaccessibilité existait en sa faveur seulement; c'est en général le cas“. Ainsi par exemple aux art. 289, 306 al. 2, 542 CO, mais pas à 93 al. 2 CCS.

11^o. Si l'on veut admettre, à l'art. 240 al. 3 CO, qu'il y a bien vice original — ce qui n'est pas évident —, il n'y a en tout cas pas prescription du droit de l'autorité tutélaire; ce n'est donc pas une annulabilité pure. Becker (art. 240 ch. 3) reconnaît aussi à cette annulation une

nature particulière. Il admet que le juge est parfaitement libre d'annuler ou pas la donation, voire même de la réduire ce qui est incompatible avec la notion d'invalidité (ch. 30).

Il n'y a pas prescription non plus dans le cas de l'art. 163 al. 3 CO, où von Tuhr (p. 205) voit une véritable annulabilité. De même à l'art. 417 CO.

³⁶ 12^o. Il est intéressant de comparer entre eux les art. 356 et 357 CO sur la clause d'interdiction de concurrence. L'art. 356 al. 3 prévoit expressément la nullité de la prohibition de concurrence imposée à un employé mineur. Il ne s'agit là que d'une simple restriction à la capacité du mineur de disposer de sa liberté au commerce, puisque la survenance de cette capacité de disposer rend l'acte valable (ch. 34). Il y a guérison d'une nullité radicale, et l'on peut faire ici le même raisonnement qu'à cet art. 101 al. 3 que nous venons d'étudier. Ici aussi, la disparition de la clause de nullité (minorité), sans qu'un intéressé s'en soit prévalu, empêche dès lors d'invoquer l'invalidité; le permettre serait contraire à la bonne foi.

13^o. Les premiers alinéas de l'art. 356, et l'art. 357, fixent les conditions que la clause d'interdiction de concurrence doit remplir pour être valable.

L'art. 357 pose notamment les trois limitations, dans l'espace, le temps et le genre d'affaires, qui sont indispensables à la validité de cette clause. En cas d'absence d'une de ces limitations obligatoires, toute la clause est nulle, disent Becker (à propos de l'art. 20 al. 2) et Rossel (p. 402).

Oser, lui (p. 683 ch. 3), croit qu'il y a ici, comme dans le cas de l'art. 31, inefficacité originaire et contrat boiteux. On n'aperçoit guère le pourquoi de cette analogie avec l'erreur, le dol etc.; mais il n'y a pas non plus nullité radicale, vu la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Celle-ci prévoit en effet que le juge peut poser ces limitations qui font défaut, lorsque la clause d'interdiction de

concurrence n'est pas directement contraire aux bonnes moeurs.¹³⁾ Von Tuhr (p. 671 note 59) appelle cela „une modification du contrat par réduction de l'obligation à des limites équitables“; il rapproche ce cas de ceux de 163 al. 3 et 417 CO (cf. ch. 35 11^o).

Cette jurisprudence est justifiée: il est de nombreux cas où, de bonne foi, les parties ont omis de mentionner une limitation qu'elles avaient toutes deux en vue, ou qui résultait des circonstances. Déclarer nulle une telle clause serait contraire à la volonté et à l'intérêt des parties; il est beaucoup plus équitable de la compléter.

Mais, en complétant une clause insuffisamment limitée, en réduisant l'étendue de l'obligation, le juge ne fait rien d'autre que de valider un acte originairement nul, acte dont il aurait même dû relever l'invalidité d'office. Il peut donc valider une inefficacité originaire et perpétuelle, et c'est là encore un cas intermédiaire. Ce triomphe de la pratique juridique sur la logique formelle de la doctrine prouve encore une fois que la systématisation n'est pas l'idéal en matière d'invalidités.

14^o. L'art. 325 al. 2 CO prévoit les clauses que doit contenir un contrat d'apprentissage; c'est une disposition de droit impératif. Pourtant, lorsqu'une de ces clauses fait défaut, la doctrine admet (cf. von Tuhr p. 211 note 43; Oser p. 645; Fick p. 546 ch. 12) que le contrat n'est pas nul, contrairement au principe général en cas de droit impératif. Ce contrat doit être complété, sous le contrôle de l'autorité compétente cantonale.

Il faut, selon nous, rapprocher ce cas du précédent. Il y a donc, ici aussi, nullité du contrat, mais nullité sous condition résolutoire, nullité guérissable par le juge. C'est lui qui ordonnera à l'autorité compétente de compléter l'acte, pour le rendre valable, au lieu de le faire lui-même comme à l'art. 357 CO. Cet art. 325 al. 2 est

¹³⁾ Voir A.T.F. 43 II, 660 ss.; 44 II, 89 ss.; Journ. des Trib. 1918 p. 180; 1925 p. 618; Sem. judic. 1917 p. 525; 1918 p. 135; de même Fick p. 606 note 7.

donc un cas intermédiaire ayant les effets de la nullité, mais le caractère guérissable des annulabilités pures.

37 15^o. Nous nous contentons de grouper ici les cas intermédiaires où se rencontre le deuxième des effets absolus (les ayants-droit). Il y a six cas dans le CCS où le législateur a expressément attaché à des annulabilités le deuxième des caractères de la nullité. Ce sont les art. 30 al. 3, 75, 108, 306, 351 et 388 al. 2, que „tout intéressé“ peut invoquer. Ce deuxième caractère absolu entraînant généralement après lui le troisième (ch. 7), il s'agit ici d'invalidités ayant deux effets absolus et deux effets relatifs.

16^o. En revanche, l'art. 531 CCS est un cas de nullité radicale avec le deuxième des effets relatifs de l'annulabilité; seul l'héritier peut invoquer cette disposition légale. — Vient ensuite, une série de cas analogues où ce ne sont pas „tous les intéressés“, mais quelques-uns seulement, qui peuvent invoquer la nullité classique. Selon le texte légal, ils forment deux groupes: d'une part les actes qui ne déploient que des effets internes, et sont nuls pour les tiers; d'autre part ceux qui sont efficaces à l'égard des tiers de mauvaise foi comme entre les parties. Les premiers sont caractérisés par les art. 179 et 248 CCS (ch. 34); les art. 564 al. 2, 565 al. 2, 606 al. 2 et 690 al. 2 CO. Comme cas de protection de la bonne foi, citons les art. 18 al. 2 (ch. 28), 561 al. 2, 654 al. 2 et 700 al. 2 CO; enfin l'art. 855 al. 2 CCS. Ces articles forment autant de cas intermédiaires, bien que la loi y parle en général de nullité. Celle-ci en effet ne peut être relevée que par certaines personnes et non par tout le monde.

Notons que cette restriction paralyse souvent le droit du juge de prononcer d'office la nullité. Il est loisible en effet d'arrêter cette annulation judiciaire en rapportant la preuve que l'intéressé protégé d'office par le juge a eu connaissance de l'acte, et n'est ainsi pas de bonne foi.

17^o. La LP renferme trois cas intermédiaires: les art. 21, 74 ss., 279 al. 2 s'appliquent aussi bien à l'attaque

d'un acte nul qu'à celle d'un acte annulable. Les deux invalidités ont ici absolument les mêmes effets; il n'y a ni nullité ni annulabilité.

18º. Rappelons enfin l'art. 519 CCS, que nous avons étudié plus haut (ch. 27 et 33 4º.), et l'art. 482 al. 2 qui, selon 519 ch. 3, prévoit une invalidité identique.

Nous arrêterons ici notre étude de ces „cas intermédiaires“ que l'on ne saurait classer ni dans la nullité ni dans l'annulabilité parce qu'ils ont à la fois les caractères de l'une et de l'autre. Notre énumération est loin d'être complète; elle suffit largement à prouver que le législateur suisse, malgré l'opinion des auteurs, n'a pas fait sien le principe de la solidarité conduisant à deux catégories étroitement fermées d'invalidités.

³⁸ Ici se termine également notre „Etude des Textes“. Elle avait pour but, on s'en souvient, de rechercher dans la loi une confirmation de ces règles spéciales d'interprétation posées par la Théorie classique et adoptées par la doctrine suisse. Cette étude nous amène à la conclusion que cette confirmation ne s'y trouve pas.

Nous n'avons pas découvert un seul cas où le législateur, en opposant nettement les deux invalidités traditionnelles, énonce clairement des principes pouvant s'étendre à tout le domaine des inefficacités. Il n'y a de système qu'en matière de mariage, et ce système légal est incompatible avec la Théorie classique. Si le législateur connaît des invalidités aux quatre effets absous (ch. 26), il ne les qualifie pas toujours par le mot nul. Il ne réserve du reste pas exclusivement ce terme aux cas d'invalidité radicale (ch. 27, 37).

De plus, s'il avait adopté la Théorie classique, il aurait attribué à toutes les autres inefficacités les quatre caractères relatifs. Or — pour faire un peu de statistique — nous avons rencontré comme cas intermédiaires: 59 articles de loi et plusieurs actes juridiques (ch. 34) où se mêlent les effets absous et les caractères relatifs. Tandis que nous n'avons pu trouver que 11 annulabilités

pures, sur lesquelles trois sont des cas douteux (ch. 30), quatre portent d'autres noms, et trois se trouvent dans la LP. Il ne reste qu'un exemple typique, celui de l'art. 578 CCS. Voilà à quoi se résume, dans nos lois, la seconde invalidité classique. Comment conclure, dans ces conditions, que notre législateur a fait bien le dilemne traditionnel: tout ce qui n'est pas nul est annulable? A côté de cela se dresse la masse des cas intermédiaires qui échappent à la Théorie classique!

Il est donc évident que le législateur n'applique pas les principes classiques, ce qui est d'ailleurs confirmé par les règles du mariage.

C'est bien ce que laisse entendre le Tribunal fédéral, dans un arrêt récent (Journ. des Trib. 1927 p. 91 ss.). Il déclare radicalement nulle une marque de fabrique, mais écarte, faute d'intérêt, une demande de radiation, et ne l'ordonne pas d'office! Il y a donc ici nullité radicale dépourvue du deuxième des effets absolus; et ceux-ci sont désolidarisés.

Maintenant que nous sommes certains que le législateur n'offre pas d'appui au système de la doctrine suisse, nous pouvons aborder la critique de celle-ci.

CHAPITRE TROISIÈME.

CRITIQUE DE LA DOCTRINE SUISSE.

³⁹ Nous avons vu (ch. 33) que la doctrine suisse est divisée en deux groupes à propos des art. 23 ss. CO. Alors que von Tuhr, Fick et Rossel en font une annulabilité, Oser, Becker, Huber et Kuoni y voient un cas de nullité.

Mais, quel que soit le nom qu'on lui donne, l'invalidité prévue à ces articles réunit le premier des caractères de la nullité (inefficacité originale) aux trois derniers effets des annulabilités (art. 31 CO). Donc, celui qui fait de ce cas une nullité ou une annulabilité est contraint de choisir entre les caractères (au lieu de les as-

sembler) pour déterminer la notion de nullité ou celle d'annulabilité.

Autrement dit, si l'on admet avec von Tuhr qu'il y a ici annulabilité, comme il y a aussi inefficacité originale, il faut renoncer d'emblée à ce premier des effets absous comme critère de la nullité. Si au contraire on y voit, comme Oser, un cas de nullité, il faut abandonner les trois caractères relatifs qu'on retrouve ici, comme principe de différenciation entre les deux invalidités classiques.

Cela revient à dire que les dispositions des art. 23 ss. CO viennent saper par la base la Théorie classique puisqu'elles détruisent son principe fondamental de la solidarité des caractères. Les quatre effets absous, ou les quatre caractères relatifs ne sont plus solidaires; ils sont dissous, séparés; on doit choisir entre le premier ou les trois derniers, pour distinguer entre elles ces deux invalidités classiques. Et, comme nous l'allons voir, même ce choix n'est pas satisfaisant.

40. § 1. Critique du système de von Tuhr. — Pour von Tuhr, Fick et Rossel, l'annulabilité est donc relative quant aux ayants-droit, et guérissable par confirmation ou prescription. Elle peut être en même temps, tout comme la nullité, une inefficacité originale (art. 23 CO).

1^o. Renoncer à l'inefficacité originale de la nullité comme critère de différenciation avec l'annulabilité, c'est abandonner le seul des quatre caractères qui touche à l'essence même de l'acte (ch. 7a). Il n'y a plus dès lors de différence intrinsèque entre l'acte nul et l'acte annulable; il n'y a plus à proprement parler deux sanctions légales, de nature différente, mais une seule sanction d'invalidité, comportant deux degrés d'intensité. Il est donc inutile d'opposer l'un à l'autre les termes nul et annulable, surtout quand il appert que le législateur les confond (ch. 27, et ce qui va suivre).

2^o. Dresser, comme von Tuhr, tout son système des invalidités sur les deux colonnes nullité de l'art. 20,

et annulabilité des art. 23 ss. CO, n'est pas conforme à l'intention du législateur. Celui-ci en effet, dans les applications qu'il fait de ces deux articles, confond souvent les deux invalidités qu'ils sont censés caractériser. Au ch. 27, nous avons étudié les dérivés de l'art. 20 qui ne sont pas des nullités mais des annulabilités; au ch. 33, les dérivés des principes sur l'erreur, qui ne sont pas des annulabilités.

Il nous reste à examiner deux cas de nullité radicale où il y a application des principes des art. 23 ss. CO. Ce sont les art. 192 al. 3 et 199 CO. Ici, le dol du vendeur, qui lui permet d'obtenir une exonération de ses garanties, au lieu de procurer à l'acheteur un droit d'annulation pendant un an (conformément à 28 et 31 CO), entraîne la nullité absolue. Il s'agit bien de dol et non d'acte contraire aux moeurs: le législateur exige, contrairement à l'art. 20, une intention frauduleuse („Arglist“, dit Becker à l'art. 192 p. 44). C'est aussi l'opinion de von Tuhr (p. 272 note 3), de Martin (p. 22 et 27), de Rossel (p. 233); enfin d'Oser (p. 490) qui, à l'art. 199 CO, renvoie à 28 et à 198 CO, dont le texte allemand parle de dol (Oser p. 489 ch. 2b.)

3^o. Admettre comme critères de différenciation entre nullités et annulabilités les trois derniers caractères des invalidités, c'est en fait s'en rapporter au deuxième, celui des ayants-droit, le plus important en pratique (ch. 7b), et le seul qui soit en général prévu par la loi.

La confirmation va de soi en effet s'il y a un seul ayant-droit: c'est la simple renonciation à son droit; mais elle paraît difficile dès qu'il y en a plusieurs (ch. 7c).

Le critère de la prescription joue un rôle très effacé en la matière. Le législateur mentionne quelques cas seulement: il fixe alors une prescription très courte pour forcer l'ayant-droit à agir vite. Du reste, ce délai ne sera même pas toujours impératif: ainsi celui de l'art. 31 CO, aux dires de Becker et von Tuhr (p. 275).

De plus, la loi ne dit nulle part que la nullité est imprescriptible. Cette imprescriptibilité sera au surplus

toujours théorique (von Tuhr p. 275 note 22): le but de l'action en nullité est en effet d'obtenir restitution de l'enrichissement résultant de l'acte nul. L'action en enrichissement illégitime se prescrivant en un an ou dix ans, le lésé n'obtiendra comme satisfaction après cet espace de temps que le prononcé d'une nullité toute spéculative. On sait que von Tuhr (p. 564) refuse d'admettre la résolution quand la restitution des prestations est impossible. Cette thèse appliquée à la nullité satisferait mieux l'équité que l'état de choses actuel.

La distinction de von Tuhr repose donc en fait sur le critère des ayants-droit, „tout intéressé“ pouvant invoquer la nullité, contrairement à l'annulabilité. Or ceci est parfait en théorie, mais peu exact en pratique. Nous laissons de côté les nombreuses nullités au deuxième caractère relatif, et les multiples annulabilités au second effet absolu (ch. 37; 27 in fine et 33 n° 3). Nous n'envisageons ici que les cas où, selon nous, il y a nullité radicale; celle-ci se distingue donc pour von Tuhr, en ce que „tout le monde“ peut la relever.

Ce critère des ayants-droit n'est guère satisfaisant; tout le monde ne peut pas invoquer la nullité, vu les restrictions apportées et par le Principe de la bonne foi (sanctionné par l'abus de droit), et par deux règles de procédure: „Pas d'intérêt pas d'action“, et „Nul ne plaide par procureur“. En raison de ces deux règles de droit commun formel, seul le lésé direct, celui que l'acte nul atteint directement, peut intenter l'action. Et il faut encore que ce lésé direct ait un intérêt sérieux et digne de protection, un intérêt qui soit pécuniaire ou de famille.

C'est ainsi que le cercle des intéressés à la nullité est très restreint, et qu'il y aura souvent en fait autant d'ayants-droit à l'annulabilité qu'à la nullité. Comparez par exemple les annulabilités des art. 305 CCS, 627 CO et 136bis LP, avec les nullités des art. 232 al. 2, 314 al. 3 et 317 al. 2 CO. C'est dire que la classification de von Tuhr,

édifiée principalement sur ce critère des ayants-droit, n'est pas irréprochable.

41 **§ 2. Critique du système d'Oser et de Becker.** — Ces auteurs, consciemment ou non, ne différencient la nullité de l'annulabilité qu'à l'aide du premier des quatre caractères (ch. 39). Il y a donc inefficacité originale en cas de nullité, et validité première pour toutes les annulabilités. Ce système appelle les critiques suivantes:

1^o. Cette classification a pour inconvénient d'unir sous un même terme l'invalidité de l'art. 20 et celle des art. 23 ss. CO, ce qui tend évidemment à les faire confondre. Oser lui-même nous donne un exemple d'une telle confusion; sous la rubrique de la page 128 ch. 3: „Rechtliche Natur der einseitigen Unverbindlichkeit“, il déclare, (p. 129): „Le contrat est non obligatoire pour les deux parties, ce qui n'existe pas ne pouvant avoir aucun effet“. D'après Oser, il n'y aurait ici qu'une offre, et l'art. 23 (tout comme l'art. 20) prévoit une inefficacité totale pour les deux parties. Par là, cet auteur se met en contradiction avec le texte de l'art. 23, avec l'art. 25 al. 2, la doctrine unanime, et la rubrique qu'il a choisie.

2^o. Cette distinction entre nullité et annulabilité a l'inconvénient de creuser un fossé profond entre les cas d'erreur, où il y a nullité, et les cas d'annulabilité pure, où l'acte est valable jusqu'au jugement. Or il est indéniable que ces cas sont très voisins, le critère retenu ici n'ayant qu'une valeur théorique. En pratique ces cas ont les mêmes effets juridiques, à savoir des effets relatifs. On n'a qu'à comparer 31 CO avec 578 ou 521 CCS pour s'en rendre compte.

3^o. Cette classification est sans doute logique; elle retient le caractère essentiel des invalidités (ch. 7a), certaines d'entre elles, les nullités, frappant l'acte d'inefficacité originale. Mais elle crée des difficultés pratiques énormes, parce que la loi est silencieuse sur ce point. Comme le législateur se désintéresse de cette question théorique, l'interprétation légale est généralement im-

possible, et les auteurs doivent se prononcer sans pouvoir motiver leur décision. Ainsi fait, par exemple, von Tuhr (p. 204) qui reprend le critère de l'inefficacité originale pour distinguer deux sortes d'annulabilités.

4⁰. Enfin, et c'est là la critique la plus sérieuse de ce système: le critère adopté est purement spéculatif puisqu'il n'y a jamais, en pratique, d'inefficacité originale, pas plus pour les actes nuls que pour les autres. En effet, la loi n'a pas le pouvoir, à elle seule, de priver un acte de ses effets de droit; son pouvoir est conditionné par l'intervention du juge. Vu le grand principe de l'Autonomie de la volonté, tous les actes juridiques sont valables et complètement efficaces, bien que dépourvus parfois de la protection judiciaire, tant que le tribunal les ignore. Il n'y a donc pas de nullités de plein droit, et le juge doit „prononcer“ toutes les invalidités, en appliquant la loi.

Nous allons nous expliquer à ce sujet; mais disons en résumé qu'on ne peut opposer l'une à l'autre, comme étant les deux seules sanctions légales, la nullité et l'annulabilité puisqu'il n'y a pas entre elles de critère véritable et général de différenciation.

4² § 3. Critique commune aux deux systèmes suisses. —

I. La nullité légale n'emporte pas inefficacité originale et totale.

Nous croyons trouver trois preuves de cette allégation.

4³ A. La preuve selon la théorie. — Tous les auteurs classiques sont d'accord sur ce point, c'est le noeud de tout leur système: l'acte radicalement nul est frappé par la loi d'une inefficacité absolue dès sa formation: c'est le „néant“; il y a inefficacité totale et originale, indépendamment d'une action en justice (cf. par exemple von Tuhr p. 200 in fine et 274 note 18). De ce premier caractère absolu ils déduisent les autres (ch. 8) et aboutissent ainsi à leur principe de la solidarité. Cette inefficacité de par la loi étant le pivot du système classique, il suffit de montrer qu'elle n'existe pas en fait pour le ruiner.

La nullité est une sanction de droit impératif (ch. 2 et 16), destinée, aux yeux du législateur, à frapper les actes qui sont contraires à son idéal juridique, au droit génératrice. Or les règles impératives doivent être imposées aux êtres humains quand ils ne s'y soumettent pas de plein gré; par définition le droit impératif passe outre à la volonté humaine.

Pour faire brèche au grand principe de l'Autonomie de la volonté, pour supprimer ou transformer une volonté humaine, il faut une force qui vienne la contrecarrer, un pouvoir de contrainte. Or ce pouvoir, ce n'est pas la loi elle-même qui peut l'exercer: elle est générale et inerte. Il faut une intervention spéciale, il faut une énergie dirigée qui vienne faire obstacle au vouloir des parties; il faut un jugement. C'est donc le juge seul qui, appliquant la loi, rendra efficaces les normes impératives, et restreindra l'autonomie de volonté. Et dans notre domaine, seul le juge, par application de la sanction d'invalidité, peut s'opposer aux parties qui veulent leur acte efficace; seul il peut en proclamer l'inefficacité véritable.

Avant cette intervention du juge, la loi impérative a beau qualifier l'acte de nul, d'annulable, de non valable etc., elle ne peut le priver des effets que la volonté des parties lui avait attachés.

Le pouvoir de la loi impérative est donc conditionné par l'intervention du juge. Tant que ce dernier n'est pas appelé à appliquer à un acte donné la sanction d'invalidité prévue par la loi, cette sanction reste lettre morte, elle n'atteint pas l'acte; celui-ci demeure, au gré de la volonté des parties, parfaitement valable et efficace. En réalité il n'y a donc jamais inefficacité totale et originale des actes frappés de nullité légale. Drogoul, à la page 212, exprime fort bien la chose en disant: „Tout acte est valable tant qu'il n'est pas l'objet d'une contestation“ . . . et . . . „lorsqu'une contestation s'élève, on est obligé de recourir à un juge“.

44 Autrement dit encore, il n'y a pas de nullité de plein droit, de nullité légale venant dès l'origine enlever à l'acte ses effets. Sous cette forme, notre opinion se trouve partagée par beaucoup d'auteurs. Ainsi Devilleneuve et Gilbert (p. 637 ch. 31): „On ne reconnaît point en France de nullités de plein droit et les actes subsistent dans leur entier quels que puissent être les vices qu'ils renferment, jusqu'à ce que l'annulation en ait été prononcée par l'autorité compétente“.

De même Perrin (p. 132 ss.), qui consacre tout un chapitre à le prouver: „Il faut s'adresser au juge pour reconnaître et prononcer la nullité“. Cette circonstance ... „ne détruit pas la fiction légale d'après laquelle un acte nul est censé n'avoir jamais existé. Seulement elle subordonne la naissance de cette fiction à la vérification préalable des vices de l'acte attaqué“. Et il continue (p. 134/5): Cela seul „empêche les citoyens de se rendre justice dans leur propre cause“. En effet, s'il y avait des nullités de plein droit, chacun pourrait, son code à la main, imposer à autrui la nullité d'un acte illicite ou immoral par exemple, ce qui serait commettre un acte de justice propre.

C'est aussi l'avis de Drogoul (loc. cit.) et de Planiol (I, n° 330; cf. aussi notre note 3) qui dit: „Lorsque les parties sont en désaccord sur la question de validité, les tribunaux sont appelés à se prononcer“, ... leur „intervention est obligatoire“ ... parce que celle-ci est ... „fondée uniquement sur le principe que nul ne peut se faire justice à soi-même“. Colin et Capitant, enfin, (p. 707): „L'exercice d'une action en justice est toujours nécessaire pour qu'une personne puisse invoquer la nullité, même radicale“.

Enfin, malgré les classiques, le juge est appelé à „prononcer“ les nullités comme les annulabilités, l'acte nul aussi bien que l'acte annulable restant valable et efficace, tant que le tribunal n'intervient pas. Il n'y a pas de jugements constitutifs d'annulabilité et déclaratifs de nullité. Tous les jugements d'invalidité sont pareils; ils

consacrent l'inefficacité, ce qui ne signifie pas que le jugement crée le droit: le droit était bien préexistant au jugement, mais encore inappliqué aux parties, et inopérant sans lui.

45 Cette invalidité judiciaire est en effet toujours la même quant à sa formation (droit de procédure) et à ses effets. Comme on le sait, la procédure, la manière dont le juge prépare, construit et prononce un jugement est toujours la même, qu'il y ait nullité ou annulabilité légale. De même l'effet du jugement est invariable: il sera opposable à tous, la règle „res inter alios judicata“ ne s'appliquant pas ici. De plus l'acte est toujours dépouillé de ses effets juridiques, qu'il ait auparavant été nul ou annulable. Enfin, la nullité judiciaire a un effet rétroactif, sauf en matière de mariage (ch. 22a). C'est dire que l'acte annulé judiciairement est censé n'avoir jamais produit d'effets, qu'il est frappé après coup d'une inefficacité originale.

Cet effet rétroactif de la nullité judiciaire explique, dans une certaine mesure, la conception classique que nous combattons ici: l'inefficacité originale en cas de nullité légale. Il y a confusion entre ces deux nullités. L'une, la légale, qui entre dans un système des invalidités, et ne peut empêcher les parties d'attacher des effets à leur acte. L'autre, la judiciaire, qui intervient que l'acte ait été nul ou annulable, en le frappant *a posteriori* d'une inefficacité originale. On ne saurait assez insister sur leur différences de nature, de cause et d'effet (cf. aussi ch. 56).

46 Il ne serait pas exact de rétorquer que l'acte nul ne produit pas en réalité d'effets juridiques, qu'il est neutre, n'ayant qu'une efficacité de fait. D'abord cette notion d'acte neutre s'applique aux actes qui n'ont rien de commun avec le droit, qui sont laissés de côté par lui. Elle désigne des actes de convenance sociale, les invitations, les avis et promesses de la conversation courante. Mais comment prétendre par exemple qu'un contrat — la source même de ces obligations qui sont l'es-

sence du droit — puisse être un acte neutre ? Un contrat nul n'est pas un fait social mis de côté par le droit, c'est par essence un acte de droit. Il est reconnu en droit, mais réprouvé par la loi; et celle-ci doit lui être appliquée pour le dépouiller de toute valeur juridique.

Ensuite l'acte nul déploie, avant le jugement, les mêmes effets que s'il était valable. „Tant que l'acte n'a pas été annulé par le juge, disent Colin et Capitant à la page 80, il produit provisoirement les mêmes effets“. „Les actes viciés conservent leurs effets tant qu'ils n'ont point été annulés“ (p. 78). Les „mêmes effets“, ce sont des effets de droit. Et c'est normal: le droit s'applique directement aux relations des hommes, que ceux-ci aient conscience ou non d'être liés par des rapports juridiques. Les humains font du droit sans le savoir, comme M. Jourdain faisait de la prose. Leurs actes auront une signification juridique, une importance en droit: ils déploient des effets juridiques, même s'ils sont nuls selon la loi. A l'instar de la peine prévue par une loi pénale, la nullité légale, avant son application par le juge, n'a qu'un effet de mise en garde et de prévention; elle ne peut empêcher ni l'acte réprouvé ni ses conséquences.

En résumé, il n'y a jamais inefficacité totale et originale des actes déclarés nuls par la loi, celle-ci n'ayant pas à elle seule, et sans l'intervention du juge, le pouvoir de priver les actes de leurs effets juridiques. Le point de départ de la déduction classique étant inexact en théorie déjà, celle-ci l'est avec lui.

47 B. La preuve selon la loi. — Dans aucun des articles de loi qui, expressément ou non, prévoient une invalidité, on ne trouve même une allusion venant confirmer l'aphorisme de l'inefficacité originale des actes nuls. Mais, s'il n'y a rien dans la loi en faveur de cette inefficacité, on peut y découvrir des arguments contre elle.

Le seul article où le législateur s'intéresse à cette question théorique (ch. 41 n° 3) est l'art. 132 CCS,

placé dans le système légal, celui des nullités de mariage. Selon l'al. 2 de cet article, le mariage nul n'est pas frappé par la loi d'une inefficacité originale, il est pleinement valable jusqu'à l'annulation judiciaire (ch. 22a). Or, comme cet article pose un des principes essentiels du seul système que le législateur ait jamais édifié en notre matière, on peut bien dire que ce dernier a rejeté lui-même la thèse que nous combattons.

48 C. La preuve selon la pratique. — Si les deux preuves énoncées plus haut ne suffisaient pas, il y en aurait une troisième s'appliquant aussi bien à la nullité légale qu'à la nullité judiciaire. Nous prendrons en général cette dernière pour exemple, car c'est celle qui dépouille l'acte le plus complètement de ses effets de droit.

Nous avons reconnu (ch. 16) que la nullité ne porte pas sur l'acte lui-même mais sur ses effets. L'acte conserve une valeur juridique, et est encore capable de produire des effets. C'est l'opinion de Ihering (Oeuvres choisies. Tome II, p. 27 ss.), dans la forme citée par Drogoul p. 200: „L'expression de nullité . . . désigne non l'absence de tous les effets, mais seulement celle de certains effets“. Les théoriciens „ont identifié . . . l'existence du contrat et l'existence de son effet principal“, à savoir l'obligation d'exécuter; cette identification est erronée puisque l'effet principal annulé, d'autres effets peuvent cependant demeurer.

Un acte nul, même après jugement, ne rentre point entièrement dans le néant. Ses effets demeurent en vertu des trois sources suivantes, relevées par Drogoul (p. 181 ss.). Le fait matériel d'abord, le fait que l'acte a été conclu, qu'il a une existence matérielle à laquelle les pouvoirs réunis du juge et de la loi ne peuvent porter atteinte. La déclaration de volonté ensuite, déclaration qui s'est toujours produite au moment de la formation de l'acte, que celui-ci soit valable ou non. Dans le domaine des contrats enfin, le contrat nul lui-même, qui, selon la théorie de Ihering sur la *culpa in contrahendo*,

donne naissance à un droit d'action, à l'action en réparation de l'intérêt négatif au contrat. Il y a là responsabilité contractuelle, fondée sur un contrat annulé judiciairement. Ce dernier est donc loin d'être le „néant“ classique.

Nous ne parlerons pas — cela nous entraînerait hors du sujet — de cette dernière source d'effets, nous contentant de reprendre les deux premières qui nécessitent quelques exemples.¹⁴⁾

49 a) Le fait matériel à la base de l'acte nul peut produire deux sortes d'effets juridiques: des effets principaux et voulus par les parties, et des effets accessoires.

1º. L'acte nul, comme fait matériel, déploie des effets juridiques principaux toutes les fois que le jugement rétroactif d'annulation ne peut faire restituer aux parties les prestations déjà effectuées. Dès que l'exécution d'un acte est intervenue, elle ne peut pas être anéantie dans le passé, l'acte a produit un effet juridique (cf. le Titre II du CO).

C'est ce qui se passe dans les contrats, dès qu'une des prestations n'est pas susceptible de répétition: par exemple une obligation de faire, de ne pas faire, ou un droit de jouissance. C'est ainsi que le prêt annulé par le juge aura toujours eu un effet de droit qui subsistera après l'annulation judiciaire (von Tuhr p. 199 note 9). S'il était onéreux, le prêteur gardera les intérêts, tout comme le bailleur, le loyer. S'il était gratuit, le transfert

¹⁴⁾ Sur la Théorie de Ihering cf. Saleilles, Obligations p. 164 ss., 175; Déclaration p. 44, 343, 346. De même le § 7 de la Thèse de Ringier qui reconnaît que le législateur suisse a admis, à trois reprises, la théorie de la culpa in contrahendo (art. 5 al. 3, 26 et 36 CO). Il adopte pourtant la théorie française de la responsabilité délictuelle, parce que selon lui l'art. 20 ne dit pas le contraire, et qu'il repose sur les mêmes bases que 1601 CCF. Depuis cette thèse de Ringier (1904), on a évolué, et la doctrine suisse admet unanimément de nos jours la théorie de Ihering sur la responsabilité contractuelle.

temporaire du droit de jouissance ne disparaîtra pas avec la restitution de l'objet du prêt.

De même en cas de donation manuelle nulle. La donation a produit un accroissement du patrimoine du donataire; et, comme celui-ci ne doit restituer que son enrichissement actuel (sauf s'il s'est „dessaisi de mauvaise foi“, 64 CO), le contrat aura toujours eu un effet sur son patrimoine.

Enfin, la répétition des prestations est expressément exclue dès que par elles on a voulu atteindre un but illicite ou immoral (66 CO). C'est une conséquence fréquente de l'application des art. 20, 416 et 514 CO. Cf. aussi 494 al. 3 CO, où l'accessoire d'une obligation, nulle selon 17 CCS (ou frappée de l'invalidité de 23 ss. CO), est pleinement valable et efficace en droit. La répétition est aussi exclue en cas de promesse de donner, par l'art. 243 al. 3 CO.

Il ne reste donc, comme cas où les prestations sont susceptibles de répétition, et où l'acte est privé par le jugement de tous ses effets juridiques principaux, que la vente et l'échange quand ces contrats ne tombent pas sous le coup de 66 CO. Nous laissons au lecteur le soin de trouver pour ce cas des exemples vraisemblables. Mais même alors, le contrat annulé judiciairement pourra déployer des effets juridiques accessoires.

2º. L'acte nul, comme fait matériel, peut produire des effets juridiques accessoires. Le premier et le plus important des cas nous est fourni par le législateur dans son chapitre des nullités de mariage. Ici, non seulement, le jugement de nullité n'éteint aucun des effets antérieurs du mariage (132 al. 2 CCS, ch. 47), mais il laisse même à celui-ci des effets accessoires pour l'avenir (133 et 134 CCS). Le législateur les appelle: „Effets de la nullité“, ce qui est exact et prouve qu'il n'a pas peur d'allier des termes qui s'excluent aux yeux des classiques.

Von Tuhr a d'ailleurs reconnu avant nous cette efficacité de l'acte nul. Il dit — nous le citons dans l'original (p. 199 note 9): „Ein Tatbestand, der als Rechtsgeschäft nichtig ist, kann unter anderem Gesichtspunkt Rechtswirkungen haben. So entsteht aus einem nichtigen Darlehen eine Bereicherungsforderung (ch. 49 1^o), oder nach Z.GB Art. 411 II eine Deliktsforderung.“

On peut relever encore la convention par laquelle la mère d'un enfant naturel renonce à intenter l'action en paternité, et qui est immorale, donc nulle. Une telle convention sera généralement onéreuse pour le père qui, s'il a presté, ne pourra pas répéter vu l'art. 66 CO. Mais lorsqu'il n'a pas encore presté, ou quand il n'a pas à prêter (ce qui nous intéresse), il semblerait que le jugement doit anéantir complètement l'acte. Il n'en est rien, en fait. Quand il s'agira pour la mère, lors de la recherche en paternité, de fournir une preuve de celle-ci, elle n'en trouvera souvent point d'autres que cette convention de renonciation que le tribunal a cru démunir de toute valeur juridique. Cette convention, nulle judiciairement, constituera ainsi, accompagnée d'indices minimes, une preuve suffisante pour faire aboutir la recherche en paternité; elle aura presque la valeur d'une reconnaissance.

Un dernier cas d'„effet accessoire“ est indiqué par Saleilles à propos de la conversion des actes nuls. Il dit à page 321: „La conversion d'un acte nul en un acte valable n'est pas autre chose qu'une application nouvelle de cette idée que la nullité n'empêche pas un acte d'avoir existé comme fait matériel, et n'empêche pas que ce fait matériel ait pu entraîner certaine responsabilité juridique qui doive se traduire par des effets de droit“. Un de ces effets de droit est pour Saleilles le pouvoir donné au juge, selon le principe de la conversion, de tirer d'un acte nul un acte valable qui lie les parties (cf. aussi p. 340). C'est ainsi que d'un pacte successoral nul selon 468 CCS, on peut tirer un testament valable (von Tuhr p. 202).

50 b) La déclaration de volonté contenue dans un acte déclaré nul par le juge, peut aussi produire des effets de droit.

Saleilles, à la page 321 et ss., dit à ce sujet: „Si la nullité enlève à la volonté ses effets de droit, elle ne peut supprimer cette volonté elle-même et faire qu'elle n'ait pas existé. Cette suppression des effets juridiques n'est donc indispensable . . . que dans la mesure où cette volonté allait contre les intentions de la loi. Il suffisait pour cela de tenir pour non avenu l'acte que la loi condamne; mais quant à la déclaration de volonté, elle subsiste . . . sinon comme acte juridique, . . . comme fait juridique . . . destiné à produire des effets de droit“.

Et Saleilles continue: „Si le juge peut . . . tirer (de ce fait juridique qu'est la déclaration de volonté) des effets qui soient compatibles, tant avec la nullité de l'acte qu'avec la volonté des parties, il aura ainsi donné satisfaction au but que celles-ci poursuivaient, dans la mesure conciliable avec le but supérieur visé par la loi“ (Notion de But: ch. 17).

Il cite (p. 335) le cas de la confirmation des actes nuls, à ne pas confondre avec la conversion que nous venons de voir, et celui de la confirmation des actes annulables (ch. 7c). La confirmation des actes nuls ne peut se faire que par la conclusion d'un nouveau contrat, par un nouvel accord de volonté, selon toutes les formes requises par la loi. Mais, en cas de doute sur le contenu à donner à ce nouveau contrat, „il suffit de s'en référer à la déclaration antérieure“, comme dit cet auteur. Le contrat nul aura ainsi, pour l'interprétation de l'autre, une importance et des conséquences juridiques.¹⁵⁾

¹⁵⁾ Notons que cette importance juridique se trouve spécialement mise en relief par le § 141 al. 2 du CCA, qui prévoit un effet rétroactif de l'acte nouveau, venant confirmer l'acte nul; on présume donc que ce dernier a déployé tous ses effets dès l'origine, et qu'il continue à le faire (Saleilles p. 338).

On peut citer encore comme exemple l'art. 1038 CCF. Il prévoit que l'aliénation nulle par le testateur de l'objet de son legs, emporte révocation du legs: elle contient une déclaration de volonté du testateur, d'aliéner à un tiers et non plus au légataire.

L'art. 511 al. 2 CCS, qui y correspond, est beaucoup moins catégorique. Ce sera donc une question d'espèces de savoir si, dans un acte de disposition nul, la volonté de révoquer le legs est exprimée assez clairement pour qu'elle le fasse tomber. Mais, en général, cet acte de disposition nul ne sera pas „inconciliable“ avec le legs, et le légataire conservera son droit au legs.

Le Tribunal fédéral a jugé (ATF 36 II, 41 ss.) que la cession d'une patente d'hôtel (qui est illicite) est valable comme déclaration de volonté; elle entraîne pour le cédant l'obligation d'y renoncer.

Enfin, le législateur a refusé d'appliquer la nullité à certains contrats illicites, immoraux ou impossibles parce que, dans ces cas, il a préféré déroger aux principes généraux plutôt que de laisser disparaître une déclaration de volonté (ch. 28).

51 Résumons maintenant notre triple démonstration que l'inefficacité totale et originaire n'existe pas. D'abord, la loi, tant qu'elle n'est pas appliquée par le juge n'a pas le pouvoir de rendre inefficace un acte auquel les parties entendent attacher des effets. Ensuite, le législateur, qui ne se prononce qu'une seule fois, prévoit expressément la validité originaire d'un acte nul. Enfin, tout acte nul peut encore produire des effets juridiques, en tant que fait matériel, par la déclaration de volonté qu'il contient, ou en vertu de la théorie de la culpa in contrahendo. En sorte que le système classique s'écroule, en même temps que cette inefficacité originaire qui lui sert de fondement.

Nous en arrivons à notre dernier argument.

52 II. Inutilité de la Théorie classique.

Le système traditionnel n'est pas seulement inexact, il est encore inutile.

Il l'est même doublement: à cause de la rareté des cas où il s'applique, et à cause du caractère éphémère de son application.

53 A. Rareté des cas d'application. — La Théorie classique ne s'applique pas aux actes juridiques tant que le juge les ignore. Nous savons en effet que les sanctions légales ne deviennent efficaces que lors de leur application par le juge (ch. 43). L'acte est donc valable jusqu'à ce que le juge en ait connaissance, peu importe que la doctrine l'appelle nul ou annulable. La loi, quand elle fixe les effets (absolus ou relatifs) d'une invalidité donnée, ne fait en somme que fixer des directives pour le juge. Tant que le juge ignore l'acte, celui-ci est valable; dès qu'il en a connaissance, l'acte apparaît comme frappé d'une inefficacité plus ou moins rigoureuse, et le juge devra apprécier si l'invalidité est couverte ou non par confirmation, si l'action est prescrite ou pas etc. Mais nous n'envisageons ici que les cas où le juge ignorant l'acte, celui-ci est valable en fait. Nous croyons ces cas plus nombreux que ceux où le juge a connaissance de l'acte.

En effet, le juge civil étant absolument inerte, il doit attendre d'être saisi de l'acte ou de son complexe, pour pouvoir l'apprécier et éventuellement l'invalider. Peu importe que le juge ait connaissance de l'acte comme homme, il faut qu'il en soit saisi comme magistrat. Il faut donc qu'il y ait un litige roulant soit sur l'acte en question, soit sur son complexe juridique. Autrement dit, il faut ou bien que la question d'invalidité soit directement soulevée devant le juge, ou bien que ce dernier, étant en face d'un complexe dans lequel se trouve une invalidité, puisse la relever d'office.

54 Dans ces conditions, il est bien évident que la plupart des cas d'invalidité échappent au pouvoir du juge. Quand les parties s'entendent pour accomplir un contrat illicite ou immoral, elles y trouvent un certain profit; elles s'arrangent donc à éviter l'intervention du juge. Il

y aura une sorte de collusion, de conspiration du silence pour tenir le juge à l'écart; et l'acte restera valable.

Si maintenant cette collusion n'existe pas, si une des parties a cru de bonne foi à la validité de l'acte, elle aura souvent, au maintien du statu quo, un intérêt assez puissant pour ne pas attaquer l'acte en justice en courant le risque de frais et de longueurs. Dans les cas où cela n'est pas, s'il y a par exemple erreur ou dol, la partie lésée fera une déclaration d'annulation¹⁶⁾ par laquelle elle signifiera à l'autre partie qu'elle tient l'acte pour non avenu.

Mais alors, si l'autre partie est d'accord (pour éviter un procès, ou pour toute autre raison), si elle ne s'entête pas à tenir l'acte pour valable, celui-ci sera supprimé, de par la volonté des parties et sans que les règles sur les invalidités légales interviennent. Il y a nouvel accord de volonté qui vient détruire l'acte primitif; ce dernier devient un acte „inutile“, au sens que Planiol donne à ce terme (I, n° 327): „L'acte nul ressemble à l'acte inutile par l'absence d'effets, mais il y a cette différence que la stérilité de l'acte nul tient à la volonté du législateur et celle de l'acte inutile à la volonté des parties ou à la nature des choses“. On voit donc combien sont rares les cas où l'acte, tombant sous le regard du juge,

¹⁶⁾ Von Tuhr, p. 204, baptise ce que nous appelons faute de mieux „la déclaration d'annulation“: „déclaration de ne pas tenir le contrat“. C'est simplement la déclaration d'un individu qu'il est décidé à ne pas tenir compte de l'acte. Cette manifestation de volonté n'aura de valeur en droit, que si elle est confirmée par un jugement, ou si tous les autres intéressés y acquiescent. Autrement, l'acte déploie tous ses effets juridiques, nous l'avons vu aux ch. 42 ss. et 54. Il n'y a pas selon nous d'annulation véritable par simple déclaration d'un individu.

Le CCA, au § 243, dit le contraire. Mais cette affirmation ne représente qu'un détour de plus, puisque, dès que cette déclaration est contestée, il faut recourir au juge; c'est du moins l'avis de Saleilles, Déclaration p. 359 ss., 358; Baudry-Lacantinerie XIII, p. 267 ss.; von Tuhr p. 272; Roguin I, p. 164 et Japiot p. 483, 489 ss.

cesse d'être parfaitement valable, et peut fournir la matière d'un système des inefficacités.

55 B. Caractère éphémère de l'application de la Théorie classique.

Dans les cas rares où le système traditionnel peut intervenir parce que le juge a connaissance de l'acte, son application même est limitée. Nous venons de voir que les principes sur l'invalidité n'entrent en jeu qu'avec l'intervention du juge. Ils visent donc le juge plus que les parties, auxquelles ils ne s'appliquent qu'indirectement. Ils sont des „règles de conduite pour le juge“ (ch. 53); ils dictent à celui-ci l'attitude qu'il doit avoir en présence de l'acte frappé d'invalidité. Le juge devra examiner l'inefficacité, apprécier si elle est couverte ou prescrite, si c'est bien l'ayant-droit qui l'invoque; ensuite de quoi il prononcera ou pas sa nullité judiciaire. Comme la loi est en général insuffisamment explicite sur les effets des invalidités (ch. 6, 8 et 18), le rôle du juge consistera à interpréter la loi, voire à y suppléer (art. 1 al. 2 CCS).

Les principes de la doctrine sont donc simplement des règles d'interprétation, à la disposition du juge qui cherche une solution en cas d'obscurité ou de silence de la loi (ch. 6); ils n'interviennent, nous venons de le voir, qu'au moment où le juge a pris connaissance de l'acte frappé d'une invalidité légale.

Voyons les deux hypothèses qui se présentent.

1^o. Admettons d'abord que le juge, pour interpréter la loi, adopte la Théorie classique et son principe de la solidarité des caractères. Sa besogne sera aisée et vite faite: il n'a pas alors à faire une vraie interprétation, mais une simple déduction mathématique. La loi fixant souvent l'un des effets de l'inefficacité (un relatif ou un absolu selon les cas), cet effet sera le signe indubitable qu'il s'agit là d'une nullité ou d'une annulabilité pourvue des trois autres caractères, selon le principe de la solidarité. L'une des deux invalidités, avec ses quatre effets solidaires, entre mathématiquement en jeu, dès qu'un

des caractères est présent, puisqu'on refuse au législateur le droit d'avoir voulu autre chose que l'une de ces deux sanctions invariables.

Mais cette alternative, obligatoire pour le juge, est tellement contraire à la tendance sociale et à l'interprétation moderne, que le juge hésitera à l'adopter. Et la Théorie classique, inapplicable avant l'intervention du juge, se verra en général repoussée par lui; elle n'aura ainsi pas eu le temps de trouver application.

2^o. Si maintenant le juge s'inspire des principes de la Théorie moderne, il ne fait rien d'autre qu'appliquer les règles nouvelles de l'interprétation (ch. 18). Il prendra un à un chacun des caractères des invalidités pour voir si son application au cas donné produit une inefficacité conforme au but social actuel du législateur. Cette désolidarisation des caractères, commandée par la pratique et l'équité, fut d'ailleurs intronisée par le législateur lui-même, comme cela résulte du système légal et des nombreux cas intermédiaires. Dès lors, au lieu d'avoir seulement deux sanctions de rigueur immuable, on en a une quantité, selon les diverses combinaisons possibles des effets des inefficacités. Ou mieux: il y a une seule sanction d'invalidité, mais comportant divers degrés de rigueur différente (ch. 15).

56 Lorsque le juge, par l'une ou l'autre méthode d'interprétation, aura déterminé les caractères de cette invalidité qu'il a à apprécier, il prendra une décision. Ou bien il prononcera la nullité judiciaire, et il ne s'agit plus d'invalidité légale (ch. 45). Ou bien il s'y refusera, l'inefficacité étant couverte par prescription par exemple, et l'on ne peut plus alors parler ni d'actes nuls ou annulables, ni de système des invalidités.

57 Envisageant maintenant d'un coup d'oeil d'ensemble le champ d'application de la Théorie classique, nous nous résumerons ainsi. Le système traditionnel ne s'applique qu'à une minorité de cas, à ceux dont le juge obtient connaissance en tant que magistrat. Dans ces cas la Théorie

classique n'intervient jamais avant cette prise de connaissance, puisque l'acte reste en fait valable jusqu'à elle. Comme méthode d'interprétation, le juge peut, il est vrai, la préférer aux principes généraux en cette matière, et à la Théorie moderne; mais, dès qu'il a pris la décision d'annuler l'acte, il ne peut plus être question d'un système des nullités.

La division bipartite n'a donc qu'un instant de vie et d'utilité, c'est au moment de l'interprétation par le juge; mais à cet instant là, elle ne fonctionne que comme un moyen mathématique, et se révèle inapte à résoudre les conflits sociaux. C'est assez dire ce que le juge doit en faire, et c'est bien montrer le caractère inutile de cette distinction.

CONCLUSION.

58 Il est regrettable, selon nous, que la doctrine suisse ait adopté la Théorie classique, ce système qui ne connaît que deux invalidités, aux quatre effets opposés et invariables: la nullité et l'annulabilité.

Nous croyons avoir rapporté une quintuple preuve de cette allégation:

1^o. La véritable raison d'être de tout le système des nullités, édifié sur un texte légal, est de fournir au juge des règles d'interprétation pour les cas, nombreux en la matière, où la loi est incomplète ou obscure.

La Théorie classique, en formulant la solidarité des caractères, pose un principe spécial d'interprétation: quand la loi prévoit un des effets absous (ou relatifs), elle sous-entend tous les autres. Une telle dérogation aux règles de l'interprétation ne se justifie que si le législateur l'a clairement établie: or on ne la trouve nulle part en droit fédéral. Il faut en conclure que le législateur suisse s'en tient aux principes généraux de l'interprétation; or ces principes généraux sont précisément ceux de la Théorie moderne des invalidités.

2^o. Non seulement le législateur suisse n'admet pas les principes spéciaux des classiques, mais il les rejette ouvertement; en voici quatre indices évidents:

a) La variabilité de la terminologie légale, laquelle confond constamment les termes nul et annulable. (Exemples aux art. 519, 521 et 482 al. 2 CCS; 469 CCS; 230 et 525 CO; cf. ch. 27.)

b) Le système légal des nullités de mariage, le seul système édifié par le législateur, et dans lequel il pose deux principes (art. 132 et 122 CCS) en contradiction absolue avec ceux de la Théorie traditionnelle.

c) Les cas intermédiaires, ayant à la fois les caractères de la nullité et ceux de l'annulabilité. Ces cas, par leur importance et leur nombre — ils sont une soixantaine —, ruinent l'alternative obligatoire des classiques.

d) Enfin, si le législateur avait admis le système traditionnel, il n'aurait pas ainsi limité comme il l'a fait le nombre des annulabilités pures. (Nous avons vu [ch. 30 et 38] qu'il n'y a qu'un seul cas dans le CCS, trois dans la LP, et sept cas qui sont douteux.) Il n'avait d'ailleurs aucune raison péremptoire pour faire sienne cette division bipartite, née de la survenance du *Jus pretorium* aux côtés du *Jus civile*.

3^o. L'invalidité des art. 23 ss. CO déploie le premier des effets absolus de la nullité et les trois derniers effets relatifs de l'annulabilité. Si donc, avec Oser et Becker, on en fait une nullité, il faut abandonner les trois derniers caractères relatifs comme critères de différenciation entre les deux invalidités classiques. Si, au contraire, on en fait une annulabilité (von Tuhr, Rossel etc.) c'est le premier des effets absolus qui cesse d'être caractéristique de la nullité. Notre doctrine, divisée, est donc amenée à se renier elle-même, en sapant par la base son principe de la solidarité des caractères.

4^o. Le fondement logique de la Théorie classique, l'inefficacité totale et originale des actes nuls (premier effet absolu) n'existe pas en réalité.

a) En théorie d'abord, parce que toute invalidité est une sanction de droit impératif. Or, pour venir contre-carrer la volonté toute puissante des parties, le droit impératif a besoin de leur être appliqué par un pouvoir, qui est celui du juge. C'est donc lors de l'intervention du juge seulement que la sanction de nullité dépouillera l'acte de ses effets de droit; et il n'y a pas, en fait, inefficacité originaire de par la loi.

b) Selon la loi ensuite, puisque le législateur, qui ailleurs ne parle jamais de cette inefficacité, l'exclut expressément dans son système des nullités (132 al. 2 CCS).

c) En pratique enfin, car les actes nuls sont encore capables de déployer des effets juridiques, en tant que faits matériels, comme déclarations de volonté et selon la théorie de Ihering.

5º. En dernier lieu, la Théorie classique n'est pas seulement inexacte, elle est encore inutile, vu la double limitation de son champ d'application. Elle intervient rarement, puisqu'il faut que le juge connaisse l'acte pour que cesse sa validité entière. Et quand elle intervient, ce n'est que pour un instant: entre le moment où le juge a connaissance de l'acte et celui où il prononce son invalidité.

59 Ainsi donc, s'il est intéressant de connaître le système traditionnel qui réduit tous les cas d'invalidité à deux sanctions précises et invariables, on doit reconnaître que cette division bipartite est inexacte, exclue par le législateur et incompatible avec les tendances actuelles du droit. Il ne faut pas dire qu'il n'y a que deux invalidités; il faut dire qu'il y a une sanction d'invalidité comportant de multiples degrés.

Pour nous servir d'une image: l'escabeau classique aux deux marches, nullité et annulabilité, a été remplacé par une échelle, dont les échelons extrêmes représentent les deux invalidités traditionnelles; les autres échelons sont nos „cas intermédiaires“, et les solutions du sys-

tème légal des nullités de mariage. En commençant par les moins rigoureuses, on aura successivement:

- les annulabilités pures;
- les cas intermédiaires avec un des effets absous, que ce soit le premier (art. 23 ss. CO), ou l'un des trois autres;
- les invalidités ayant deux des caractères absous et deux des effets relatifs quels qu'ils soient;
- les inefficacités à trois caractères absous et un effet relatif;
- enfin les nullités radicales.

C'est le seul système des nullités que l'on puisse échafauder; encore n'est-il pas bien utile. Aussi notre étude n'aura-t-elle pas d'autre caractère constructif que celui que lui confère notre analyse des cas légaux.

Nous ne présentons pas une „Nouvelle théorie des nullités“. Classer les inefficacités d'après les rigueurs diverses que peut avoir la „sanction d'invalidité“ ne nous paraît pas plus utile, par exemple, qu'une systématisation des différentes durées légales de la peine de réclusion.

La Théorie classique des nullités ne peut plus prétendre à une application rigoureuse. Pas plus que d'autres théories, également simples et logiques, mais déjà délaissées, elle ne satisfait au but essentiellement social du droit, et ne s'adapte aux complexités croissantes de la vie.

OUVRAGES CITÉS.

- Aubry et Rau: Cours de droit civil français. 4ème éd.
 Baudry-Lancanterie: Traité de droit civil. Tome 13.
 Bufnoir: Propriété et Contrat. 1924.
 Colin et Capitant: Cours élémentaire de droit civil français.
 Tome I.
 Curti-Ferrer: Commentaire du CCS.
 Demolombe: Cours du Code Napoléon.
 Devilleneuve et Gilbert: Jurisprudence du XIXe siècle.

- Drogoul: Essai d'une Théorie générale des nullités. Thèse. Aix 1902.
- Egger: Kommentar zum schweizer. ZGB. Notamment Oser, Egger et Escher.
- Fick-Porret: Commentaire du Code fédéral des Obligations.
- Gmür: Kommentar zum schweizer. ZGB. Notamment Becker et Gmür.
- Guyard: Etude sur les caractères des nullités des actes juridiques pour vice de forme. Thèse. Paris 1920.
- Huc: Commentaire théorique et pratique du Code civil.
- Japiot: Des nullités en matière d'actes juridiques. Thèse. Dijon 1908/09.
- Laurent: Cours élémentaire de droit civil. 1881.
- Loyer: Les actes inexistants. Thèse. Rennes 1907—1908.
- Naccary: La nationalité de la femme mariée. Thèse. Genève 1925.
- Marcadé: Explication du Code Napoléon.
- Martin: Le Code des Obligations. Théorie des Obligations.
- Perrin: Traité des nullités de droit. Lons-le-Saunier 1816.
- Piedelièvre: Effets des actes nuls. Thèse. Paris 1910—1911.
- Pize: Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats. Thèse. Lyon 1897—1898.
- Planiol: Traité élémentaire de droit civil.
- Répertoire général et analytique du droit français, vol. 28, éd. Fuzier-Herman.
- Ringier: Die nichterfüllbare Obligation. Dissertation. Bern 1904/05.
- Roguin: Traité de droit comparé. Tome I.
- Rossel et Mentha: Manuel de droit civil suisse.
- Rossel: Code des Obligations.
- Saleilles: De la déclaration de volonté. 1901.
— Etude sur la Théorie générale de l'Obligation. 1921.
- Toullier: Le droit civil français.
- von Tuhr: Allgemeiner Teil des schweizer. Obligationenrechts.
- Weiss: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen.
-