

grand agent du progrès. Or, le progrès deviendrait impossible, si le législateur devait s'arrêter devant l'intérêt des individus. Mais si le législateur peut et doit innover, il ne lui est pas permis de porter atteinte aux droits des citoyens : ici il doit s'arrêter. Vainement invoquerait-il l'intérêt général ; le plus grand intérêt que les hommes réunis en société puissent avoir, c'est que leurs droits soient respectés. De là découle la doctrine de la non-rétroactivité de la loi, que nous exposerons plus loin.

SECTION III. — Des actes contraires à la loi.

§ 1^{er}. Principes généraux.

36. Les actes contraires à la loi sont-ils nuls? Au premier abord, on pourrait croire que le législateur doit frapper de nullité tout acte qui viole ses prescriptions. L'autorité de la loi n'est-elle pas la base de l'ordre social? et que deviendra cette autorité, si les citoyens peuvent la méconnaître impunément? Quand donc un particulier se permet de désobéir au législateur, en faisant le contraire de ce qu'il a prescrit, ne faut-il pas que cet acte soit annulé, afin de sauvegarder le respect qui est dû à la loi? Maintenir un acte qui brave en quelque sorte le législateur, n'est-ce pas mettre les individus au-dessus de la loi, c'est-à-dire au-dessus de la souveraineté nationale? Dans cet ordre d'idées, la nullité des actes contraires à la loi paraît être la sanction naturelle, nécessaire de la volonté générale.

Toutefois ce principe n'a jamais été admis d'une manière absolue. Il est vrai que l'autorité de la loi ne serait qu'un vain mot, si les citoyens pouvaient la violer impunément. Mais cela suppose que le législateur a commandé ou défendu une chose, dans l'intérêt général. Or, il arrive souvent que la loi statue dans un intérêt purement privé, sans vouloir rien prescrire ni prohiber. Il arrive encore que, tout en disposant dans un intérêt social, le législateur ne veuille pas attacher la peine de nullité à l'inob-

servation de ses dispositions. C'est dire qu'il n'y a pas de principe absolu en cette matière; il faut, avant tout, voir quelle est la volonté du législateur.

37. Quand le législateur fait des lois sur les contrats, il n'entend pas imposer aux parties contractantes les règles qu'il trace sur les conditions et les effets des conventions. Le principe est, au contraire, qu'il leur laisse pleine et entière liberté. Cette liberté est de l'essence des contrats. Ils se font dans un intérêt individuel; et qui est le meilleur juge de cet intérêt? Le législateur ne peut avoir la prétention de connaître mieux que les parties intéressées ce que leur intérêt exige. De plus, il lui serait impossible de prévoir les mille circonstances où les individus sont placés, et l'immense variété des relations civiles qui dans chaque cas particulier demandent une clause différente. La liberté est donc de l'essence des conventions. Dès lors quel est l'objet des lois que le législateur porte sur cette matière? Il n'entend ni commander, ni défendre; il se borne à tracer des règles générales pour l'utilité des parties contractantes; il prévoit, il présume ce qu'elles voudront, d'après la nature des divers contrats. Si les parties veulent ce que le législateur a présumé qu'elles voulaient, elles n'ont pas besoin d'écrire dans leurs actes toutes les obligations, tous les droits qui en découlent naturellement, elles n'ont qu'à s'en référer à la loi où tout cela se trouve écrit. Que si leurs intentions ne concordent pas avec celles que le législateur a supposées, elles peuvent déroger à la loi; le législateur le leur permet, et ces dérogations seront parfaitement valables.

Le code établit ce principe pour le contrat le plus important; aux termes de l'art. 1387, « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos. » Ce que la loi dit du contrat de mariage s'applique à tous les contrats. Il résulte de là qu'il ne peut pas être question d'annuler les conventions qui violent la loi. Il n'y a pas de violation de la loi, puisque le législateur lui-même permet de déroger aux règles qu'il établit. Déroger aux lois sur les contrats, c'est

répondre à la volonté du législateur, bien loin de la contrarier. Dès lors, ces dérogations sont parfaitement valables.

38. On trouve cependant dans les lois sur les contrats des dispositions auxquelles les parties ne peuvent pas déroger. Tel est l'art. 1674, qui porte que le vendeur ne peut pas renoncer d'avance à la faculté de demander la rescision pour cause de lésion; il a le droit d'agir en rescision, quand même il y aurait expressément renoncé. La renonciation est donc frappée de nullité. Est-ce une exception au principe que nous venons d'exposer? On pourrait le croire, et on l'a dit (1). La rescision pour cause de lésion n'est-elle pas établie dans l'intérêt du vendeur? Il devrait donc avoir le droit d'y renoncer; cependant la loi déclare sa renonciation nulle. La raison en est que la renonciation est viciée par la même cause qui vicie la vente; dès lors le législateur ne pouvait pas l'admettre. Il y a d'ailleurs un intérêt général en cause; c'est par un motif d'équité, d'humanité, que la loi vient au secours du vendeur, et lui permet de rescinder un contrat que l'acheteur lui a imposé, en abusant de sa malheureuse position. Or, dès que l'intérêt n'est pas purement individuel, le principe qui permet aux parties de déroger à la loi ne peut plus recevoir son application.

39. Les parties contractantes peuvent-elles déroger aux lois qui sont d'intérêt général? La négative découle de l'essence même de ces lois. Libre aux individus de déroger à des lois qui ne concernent que leur intérêt privé, et qui ne font que prévoir ce que les contractants veulent. Mais quand il y a un intérêt général en cause, le législateur ne s'en rapporte plus à la volonté des individus. Sans doute, il a toujours leur intérêt en vue, puisque c'est la somme des intérêts particuliers qui forme l'intérêt général; mais il se peut, et cela arrive souvent, que l'intérêt social est en opposition avec l'intérêt de telle ou telle personne. Lequel doit céder dans ce conflit? Evidemment l'intérêt privé. Lors donc que le législateur dispose dans

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. 1^{er}, p. 8, note.

l'intérêt de la société, il impose la volonté générale aux volontés particulières, ce qui implique que les individus ne peuvent pas déroger à la loi, car en y dérogeant ils mettraient leurs convenances au-dessus des convenances de la généralité. Que s'ils se permettent de violer une loi d'intérêt général, alors la considération de l'autorité de la loi reprend toute sa force. Si les volontés particulières doivent plier devant la volonté générale, les actes par lesquels un individu s'est mis en opposition contre la volonté de tous ne peuvent être maintenus sans compromettre l'existence même de la société. Il faut, pour sauver l'autorité de la loi, que ces actes soient frappés de nullité.

40. Reste à savoir quelles lois sont d'intérêt général. La question n'est pas aussi facile qu'on le croit au premier abord. En effet, l'intérêt général est inséparable de l'intérêt privé. Ce serait une singulière façon de pourvoir à l'intérêt de la société que de heurter et de blesser l'intérêt des individus. L'intérêt social et l'intérêt individuel s'enlaçant, s'enchevêtrant, il est souvent difficile de les distinguer. Ce n'est pas tout. Il y a des matières qui sont évidemment d'intérêt général. Est-ce à dire que le législateur entend prescrire, sous peine de nullité, les moindres formalités qui s'y rapportent? Le législateur lui-même a manifesté une intention contraire. Certes le mariage est d'intérêt général; mais de là ne suit pas que toutes les formalités que la loi prescrit en cette matière aient une importance assez grande pour que le législateur frappe de nullité la moindre inobservation de la loi. Aussi s'est-il gardé d'annuler le mariage dans tous les cas où une formalité quelconque n'aurait pas été observée: il n'a prononcé la nullité que pour des causes graves. Il ne suffit donc pas qu'une matière soit d'intérêt général pour que, par cela seul, toutes les dispositions qui la concernent soient prescrites sous peine de nullité. Cela complique la difficulté: quand l'acte restera-t-il valable, malgré l'inobservation de la loi? quand doit-il être annulé?

41. il y a un principe sur lequel tout le monde est

d'accord, c'est que les nullités ne peuvent être établies que par la loi, et que la loi seule a le droit de les prononcer (1). Le juge ne peut pas annuler, de sa propre autorité, un acte que le législateur n'a pas voulu annuler. En effet, les tribunaux ont seulement pour mission d'appliquer la loi, ils ne peuvent pas la faire; or, c'est faire la loi que de prononcer une nullité. Au législateur et à lui seul il appartient de voir quelle sanction il veut donner à ses dispositions : cette question ne peut être décidée que par le pouvoir législatif, lequel est appelé à concilier les divers intérêts, en donnant la préférence à l'intérêt le plus considérable. C'est en ce sens qu'il faut entendre le singulier adage de l'ancien droit, que *les nullités sont odieuses*. Si on le prenait à la lettre, il impliquerait un reproche contre le législateur; car il suppose qu'il y a des nullités inutiles, des nullités qui ne servent qu'à l'esprit de chicane (2). La nullité que la loi prononce est une sanction de la volonté du législateur, et si les lois n'étaient pas sanctionnées, elles manqueraient d'autorité. Rien donc de plus légitime que les nullités. Mais elles produisent aussi de graves inconvénients, elles jettent le trouble dans les relations civiles, en détruisant ce que les parties intéressées ont fait, ce qui réagit le plus souvent contre les tiers. C'est précisément pour cette raison que le législateur seul peut établir des nullités.

42. Quand il s'agit de prononcer la nullité d'un acte contraire à la loi, le législateur doit peser le mal qui résulte de l'inobservation de la loi, et le mal qui produit l'annulation. S'il maintient l'acte, bien que la loi ait été violée, il compromet son autorité; les lois impuissantes ne sont plus respectées, et sans le respect de la loi, il n'y a pas de société. Mais aussi, si le législateur annulait tout acte qui contiendrait la moindre irrégularité, il dépasserait le but; c'est dans l'intérêt de la société qu'il annule; or, l'intérêt de la société ne demande pas ce luxe de nullité, car à force d'assurer l'autorité de la loi, on la ren-

(1) Merlia, *Questions de droit*, au mot *Mariage*, § 3, n° 1.

(2) Solon, *Traité des nullités*, p. IV.

drait réellement odieuse, puisque les citoyens se verraient à chaque instant troublés dans leurs possessions; et ce trouble peut être un mal plus grand que l'inobservation de la loi. Toutes les dispositions des lois n'ont pas la même importance. Il y en a dont le législateur ne peut pas souffrir la violation, parce qu'il y a un intérêt capital en cause. Par contre, il y en a qui prescrivent des formalités, utiles sans doute, mais d'un intérêt secondaire. Le législateur annulera-t-il les actes de l'état civil, pour inobservation de la moindre formalité, un prénom qui manque, une profession qui est mal indiquée (code civil, art. 34)? Il s'est bien gardé de le faire, car en annulant les actes irréguliers, il aurait compromis l'état des citoyens, en leur enlevant la preuve ordinaire des faits qui le constituent. Dans d'autres matières, au contraire, le législateur exige avec rigueur l'observation exacte des formes qu'il prescrit. L'art. 1001 prononce la nullité des testaments, dès que l'une des formalités établies par la loi n'a pas été observée; la raison en est que ces formalités ont pour but de garantir la libre expression de la volonté du testateur, elles sont donc essentielles.

43. La nullité est un moyen extrême, auquel le législateur ne recourt qu'en cas de nécessité. Il y a une sanction qui ne présente pas les mêmes inconvénients, c'est l'amende ou l'emprisonnement. La loi s'est contentée de cette sanction, pour assurer la régularité des actes de l'état civil (code civil, art. 50). En faut-il conclure que « lorsque la loi prononce une amende, il n'y a pas lieu à annuler l'acte irrégulier (1)? » Il en est ainsi pour les irrégularités que les officiers de l'état civil commettent dans la rédaction des actes. Cependant ce n'est pas une règle absolue, pas même en matière d'état civil. L'art. 156 punit d'une amende et d'un emprisonnement l'officier de l'état civil qui procède à la célébration du mariage d'enfants mineurs, sans que le consentement des parents soit énoncé dans l'acte de mariage; ce qui n'empêche pas le mariage d'être nul, si le consentement n'a pas été donné.

(1) Perrin, *Traité des nullités*, p. 193 et suiv.

En matière d'inscriptions hypothécaires, la nullité concourt également avec l'amende. (Loi du 16 décembre 1851, art. 85 et 132.)

44. Puisque les nullités ne peuvent être prononcées que par la loi, puisque c'est au législateur à voir quelle sanction il veut établir pour assurer l'observation de ses dispositions, s'il veut se contenter d'une peine pécuniaire ou s'il veut cumuler la nullité et l'amende, il en faut conclure que c'est au législateur à déclarer ce qu'il veut, et de manière qu'il n'y ait aucun doute sur sa volonté. Mais le législateur ne le fait pas toujours. Les auteurs du code ne l'ont fait que dans deux matières, le mariage et les testaments. Il y a un chapitre spécial sur les demandes en nullité de mariage, et il est de principe que le mariage ne peut être annulé que lorsque la loi prononce la nullité. Le code civil établit certaines causes qui portent obstacle à ce que le mariage soit célébré; mais, si malgré les empêchements légaux, l'officier de l'état civil a procédé à la célébration du mariage, le code ne permet pas de l'attaquer. A raison de l'importance du mariage, le législateur a pris soin de décider quelles sont les conditions dont l'inobservation entraîne la nullité, quelles sont celles qui forment seulement un empêchement prohibitif. Parmi les nombreuses formalités que le code prescrit, il n'y a que celles qui tiennent à la publicité qui peuvent donner lieu à l'annulation du mariage. La loi n'a pas voulu prononcer la nullité d'un acte aussi important pour l'inobservation de formalités non essentielles. On a omis, dans l'acte du mariage, d'indiquer le domicile de l'un des témoins, ou même du père et de la mère des futurs époux: est-ce une raison pour annuler le mariage? L'annulation produirait un mal infiniment plus considérable que le maintien du mariage, quoiqu'il soit entaché d'une légère irrégularité. Si la loi se montre plus rigoureuse en matière de testament, c'est parce que l'inobservation des formes fait naître un doute sur la véritable volonté du testateur, et dès qu'il y a doute, le testament ne peut pas valoir.

45. Les auteurs du code civil n'ont pas fait pour les

autres matières ce qu'ils ont cru devoir faire pour les mariages et les testaments. Dans le silence de la loi, que feront les juges? La doctrine et la jurisprudence admettent comme principe que la nullité peut être prononcée en vertu de la volonté tacite du législateur. En théorie, la volonté tacite doit avoir la même force que la volonté expresse. C'est toujours la volonté du législateur qui fait la loi: qu'importe comment elle s'exprime? Il n'y a pas, à vrai dire, silence de la loi, car si la volonté du législateur ne se manifestait d'aucune façon, ce serait le juge qui prononcerait la nullité; or, nous avons dit qu'il n'en a pas droit. Mais si la théorie des nullités tacites ou virtuelles doit être admise, il n'en est pas moins vrai qu'elle est vague et par conséquent dangereuse. Comment savoir que la volonté du législateur est d'annuler l'acte qui est contraire à la loi? Répondre, comme le fait un de nos meilleurs auteurs, que le juge doit prononcer la nullité quand elle est une conséquence des principes généraux de droit, c'est ne rien dire, car la difficulté subsiste (1). Qu'est-ce que ces principes généraux de droit invoqués par Zachariæ? Il ne le dit pas. Avouons-le; il y a lacune dans le code civil: c'est le législateur qui aurait dû examiner, dans chaque cas, si l'inobservation de la loi doit ou ne doit pas entraîner la nullité. Les auteurs du code ont négligé de le faire. Il en résulte que le juge doit se livrer au travail qui incombe au pouvoir qui fait la loi. Il doit voir ce qu'aurait décidé le législateur s'il avait prévu la difficulté? En réalité, il n'applique pas ce que le législateur a voulu, mais ce qu'il aurait voulu. N'est-ce pas faire l'office de législateur? Le juge sort de sa sphère parce qu'il y est forcé. A moins de laisser les lois sans sanction, il doit souvent prononcer la nullité; c'est le seul moyen de réparer l'oubli ou la négligence du législateur. La difficulté est grande: il s'agit de deviner en quelque sorte ce que le législateur a voulu. Il faut chercher la solution dans la nature des différentes lois. Cela est

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, traduit par Aubry et Rau, t. 1^{er}, § 37.

logique. C'est à raison de l'importance d'une disposition législative, qu'elle doit avoir pour sanction la nullité. Or, il y a des lois qui par leur objet même ont une telle importance, que le législateur ne peut pas permettre qu'elles soient impunément violées : on peut dire que la nullité est écrite dans ces lois sans que le législateur ait besoin de l'écrire. Quant aux lois qui n'ont pas cette importance, elles peuvent rester sans sanction ; il n'en résultera pas un mal considérable : entre deux maux, le juge choisira le moindre. Tel est le principe ; nous allons essayer de l'appliquer.

§ 2. Des lois d'ordre public et de bonnes mœurs.

NO I. DES LOIS QUI INTÉRESSENT L'ORDRE PUBLIC.

46. L'art. 6 du code dit que « l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Que faut-il entendre par lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs ? Le législateur ne donne pas de réponse à cette question. Nous lisons, non sans surprise, dans un bon auteur, que si la loi s'est abstenue de tracer des règles à ce sujet, c'est parce que ces choses se sentent plus qu'on ne les définit (1). Cette maxime ne devrait pas figurer dans un livre destiné aux élèves, ni dans aucun livre de droit. Il n'y a rien, il ne doit rien rester de vague dans la jurisprudence. La précision des idées et la netteté du langage, voilà tout le droit. Notre science est une suite de principes logiques fondés sur la raison ; elle ne doit pas renvoyer au sentiment. Sans doute, la difficulté est grande parfois de préciser les principes. Mais il ne faut jamais reculer devant la tâche. Quand le législateur ne définit pas, il laisse ce soin à la doctrine ; elle ne peut pas s'en dispenser ; elle ne le peut surtout pas quand elle s'adresse à la jeunesse : ce serait l'habituer à se contenter de mots, ou ce qui revient au même, de demi-idées.

(1) Mourlon, *Répétitions sur le code Napoléon*, t. 1^{er}, p. 62.

47. Que signifient les mots *ordre public*, pris dans le sens grammatical ? *Ordre*, d'après le *Dictionnaire de l'Académie*, veut dire « arrangement, disposition des choses mises en leur rang, à leur place. » Les lois ne s'occupent pas des choses, ni de leur classement, mais des personnes. Cette signification spéciale est indiquée par le mot *public*, qui, selon l'*Académie*, marque : « qui appartient à tout un peuple ; » en ce sens, *public* est synonyme de *social*. *Ordre public* veut donc dire l'arrangement des personnes dans la société. En effet, les personnes ont chacune leur rang dans la société ; ce rang concerne ou les relations politiques ou les relations privées. C'est la constitution qui détermine la place des personnes, au point de vue social, les droits qui en résultent ainsi que les obligations. Le code civil règle le rang des personnes d'après leur âge, leur sexe, leur capacité, leur nationalité, leur état. De là la classification des individus en étrangers et indigènes, en mineurs et majeurs, en hommes et femmes, en mariés et célibataires, en capables et incapables, en interdits ou placés sous conseil. L'on voit que le classement des personnes établit une certaine position sociale, que nous appelons *état*, et l'état a pour conséquence ou la capacité ou l'incapacité. Nous arrivons ainsi à cette définition que par *lois qui intéressent l'ordre public*, le code entend les lois qui fixent l'état des personnes, et la capacité ou l'incapacité qui y est attachée (1).

48. Tel est le sens grammatical de ces mots un peu vagues ; ils ont aussi un sens technique en droit français, sens qui leur donne une portée plus grande. « Les lois qui regardent l'*ordre public*, dit Domat (2), sont celles qu'on appelle les lois de l'Etat, qui règlent la manière dont les princes souverains sont appelés au gouvernement, celles qui règlent les distinctions et les fonctions des charges publiques, celles qui regardent la police des villes et les autres règlements publics. » En ce sens, *ordre public* serait synonyme d'*intérêt public*, et l'art. 6 signifierait que les

(1) Manguin, *Dissertation sur l'article 6 du code civil*, insérée dans Sirey, t. IX, 2^e partie, p. 345 et suiv.

(2) Domat, *Traité des lois*, chap. XI, n^o 40.