

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.

particuliers peuvent bien déroger aux lois d'intérêt privé, mais qu'ils ne peuvent pas déroger aux lois d'intérêt public. Ce principe a été proclamé par les jurisconsultes romains (1), et il résulte de la nature même des lois. Nous avons déjà dit que lorsque le législateur établit des règles sur des matières qui sont purement d'intérêt privé, il n'entend pas les imposer aux parties intéressés; qu'il prévoit seulement ce qu'elles voudront, et que par cela même il leur permet d'avoir une volonté contraire. Il n'en est plus de même quand le législateur parle au nom de l'intérêt général. Ici il commande ou il défend, et toujours dans l'intérêt de la société; or, la société ne serait plus possible si, à raison de leur intérêt particulier, les citoyens pouvaient se mettre au-dessus de l'intérêt social, en dérogeant aux lois qui le concernent. C'est donc un principe d'une éternelle vérité que l'on ne peut pas permettre aux citoyens de déroger aux lois d'intérêt public. Reste à voir si c'est ainsi que les auteurs du code ont entendu le principe formulé dans l'art. 6.

49. Le projet portait : « lois qui intéressent le public. » Boulay proposa la rédaction actuelle, *ordre public*; elle fut adoptée sans discussion (2). Les jurisconsultes romains, auxquels le principe est emprunté, disent que les particuliers ne peuvent pas déroger au *droit public*. C'est aussi en ce sens que Portalis explique l'art. 6. Le Tribunal avait objecté que les mots *jus publicum* ne signifiaient pas ce que nous appelons *droit public*, mais bien les lois écrites et solennellement publiées, par opposition aux simples usages et aux coutumes qui ne s'établissent pas avec la même solennité. Portalis avoue que les lois romaines présentent quelquefois ce sens. Mais quand il s'agit de savoir si les particuliers peuvent déroger aux lois, les jurisconsultes distinguent. On lit dans le Digeste « qu'il est permis de traiter contre la teneur d'une loi qui ne touche qu'à l'utilité privée des hommes (3). » Par opposition à ces lois

(1) « Privatorum pactio juri publico non derogat. » L. 45, D., de reg. juris (L., 17). Comparez Voet, ad Pandect., lib. I, tit. IV, pars 2, n° 18.

(2) Loqué, Législation civile, t. 1^{er}, p. 219, 224.

(3) L. 31, D., de pactis (II, 14).

d'intérêt privé, ils enseignent que les particuliers ne peuvent déroger par leurs conventions à ce qui est de *droit public*; ils entendent par là ce qui intéresse plus directement la société que les citoyens. C'est la maxime de tous les temps, ajoute Portalis. Le code civil entend donc par *ordre public* ce que les jurisconsultes romains qualifiaient de *droit public*, et ils comprenaient par là l'*intérêt public*, dans sa plus large acception. Dans son dernier exposé des motifs, Portalis s'exprime en ces termes : « Ce n'est que pour maintenir l'ordre public qu'il y a des gouvernements et des lois. » C'est dire que les conventions des particuliers sont subordonnées à l'intérêt social.

50. Le code ne dit pas quel sera le sort des conventions particulières qui dérogent à l'ordre public. Mais il ne peut y avoir de doute sur la volonté du législateur de les frapper de nullité. Portalis le dit dans son discours au Corps législatif comme une chose qui va de soi : « On annule, dit-il, les conventions contraires au droit public; on n'annule pas celles qui sont contraires à des lois qui ne touchent qu'au droit privé ou à des intérêts particuliers (1). » Comment le législateur donnerait-il sa sanction à des conventions par lesquelles des particuliers voudraient subordonner l'intérêt général à l'intérêt privé, c'est-à-dire la société à l'individu? Il n'y a qu'un moyen de sauvegarder l'intérêt social, c'est de frapper de nullité des actes qui, s'ils étaient maintenus, compromettraient l'existence même de la société, puisque les individus se croiraient autorisés à sacrifier l'intérêt de tous à leurs convenances particulières.

51. L'application de l'article 6, en ce qui concerne l'ordre public, ne souffre aucune difficulté. Toutes les lois qui se rattachent au droit public étant d'ordre public, les particuliers n'y peuvent déroger, sous peine de nullité. Telles sont les lois qui établissent les impôts. La loi frappe la propriété foncière d'une contribution, et elle l'exige du propriétaire. Si, dans un bail, les parties mettent l'impôt

(1) Portalis, Discours prononcé au Corps législatif le 23 frimaire an x (Loqué, t. 1^{er}, p. 263.)

foncier à charge du preneur, cette convention peut-elle déroger à la loi? En ce qui concerne les droits de l'Etat, elle est nulle; le fisc pourra exiger du propriétaire le paiement de la contribution que la loi lui impose, sauf aux parties contractantes à régler leurs intérêts comme elles l'entendent.

Telles sont encore les lois qui règlent l'ordre des juridictions. Les parties intéressées ne peuvent pas porter leurs procès directement en appel; elles ne peuvent pas donner aux tribunaux de commerce compétence en matière civile, ni étendre la juridiction exceptionnelle des juges de paix (1). Il y a cependant un cas où elles peuvent déroger à la compétence. L'article 111 du code civil permet aux parties contractantes de modifier la compétence en matière d'actions personnelles. Régulièrement ces actions doivent être portées devant le tribunal du domicile du défendeur; mais les parties peuvent stipuler que si un procès s'élève sur leurs conventions, il sera soumis à un autre tribunal. Est-ce une exception au principe de l'article 6? Non, c'est plutôt une application de ce principe. En effet, il implique que l'on peut déroger aux lois d'intérêt privé; or, la loi qui oblige le demandeur de suivre la juridiction du défendeur a uniquement en vue l'intérêt de celui-ci, il est maître de renoncer à un droit qui n'a été établi qu'en sa faveur (2).

52. Les lois qui règlent l'état des personnes et déterminent leur capacité ou leur incapacité, étant d'ordre public, toute convention qui y déroge est frappée de nullité. Nous trouvons une application de ce principe dans l'article 1388 : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ni aux droits conférés au survivant des époux par les titres de la Puissance paternelle et de la Minorité. » Les conventions qui y dérogeraient seraient nulles. bien que la loi ne prononce pas la nul-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 14 février 1866 (Daloz, *Recueil périodique*, 1866, 1, p. 447).

(2) Merlin, au mot *Loi*, § 8.

lité. Cela résulte de la nature même des lois qui règlent l'état des personnes et leur capacité. Sans doute, c'est dans l'intérêt des individus que le législateur fixe leur état, et qu'il les déclare capables ou incapables. Mais pour faire ce classement des personnes, il prend en considération l'intérêt de tous, l'intérêt de la société. Quand il s'agit de fixer l'étendue de la puissance paternelle, est-ce l'intérêt de tel père ou de tel enfant que le législateur considère? Non, certes; c'est d'après les mœurs, d'après l'état social, d'après les sentiments généraux de la nation qu'il confère la puissance paternelle et qu'il en fixe les caractères et les limites. Dès lors, l'individu ne peut pas opposer ses convenances au vœu de la loi; et s'il essayait de le faire, ses actes seraient nuls.

La jurisprudence offre des applications de ce principe. Nous en rapporterons quelques-unes, pour la singularité des faits plutôt que pour la difficulté de la matière. Deux époux trouvèrent bon de faire annuler leur mariage par un compromis, et, chose plus singulière encore, il se trouva des magistrats qui rendirent une ordonnance d'*exequatur* sur ce prétendu jugement arbitral. La cour de cassation la cassa *pour excès de pouvoir le plus caractérisé* : ce sont les termes de l'arrêt (1).

Une convention entre le père et le fils peut-elle émanciper celui-ci? La puissance paternelle est d'ordre public; l'acte qui y met fin est donc aussi d'ordre public. La loi soumet l'émancipation à des solennités; il ne dépend pas des citoyens de s'en affranchir. Ainsi jugé par la cour de cassation (2).

Un mari majeur céda à sa femme l'administration de ses biens et déclara que cette cession était équivalente à une interdiction judiciaire. La cour de cassation annula cette étrange convention, comme dérogeant à une loi qui intéresse l'ordre public (3). En effet, la majorité donne à celui qui a atteint l'âge légal l'exercice de tous ses droits.

(1) Arrêt du 6 pluviôse an xi (Daloz, *Répertoire*, au mot *Arbitre*, n° 304).

(2) Arrêt du 7 mars 1816 (Merlin, au mot *Loi*, § 5, n° 10).

(3) Arrêt du 7 septembre 1808 (Daloz, *Répertoire*, au mot *Interdiction*, n° 31).

Il n'a pas le pouvoir d'abdiquer sa capacité, il ne peut la perdre que par un jugement.

53. Les lois qui concernent les biens ne sont pas des lois d'ordre public, en ce sens qu'elles sont étrangères au classement des personnes. Elles peuvent cependant être portées dans un intérêt général; alors elles rentrent dans la signification large des termes employés par l'art. 6 du code, comme étant d'intérêt public. Nous en avons un exemple dans l'art. 815 du code: « Personne ne peut être tenu de rester dans l'indivision, et le partage peut toujours être provoqué nonobstant conventions contraires. » La convention qui interdirait le partage serait donc nulle. Pourquoi? Parce que c'est dans l'intérêt public que le législateur prohibe l'indivision forcée. Dès lors, il faut appliquer le principe tel que Portalis l'a formulé: « On annule les conventions contraires au droit public, et on entend par droit public celui qui intéresse plus directement la société que les particuliers. » Telles ne sont pas, en général, les lois concernant les biens. Les biens forment l'objet des conventions, et les parties jouissent, en principe, de la plus grande liberté dans leurs contrats; la règle est qu'elles peuvent déroger aux lois qui les concernent; la défense d'y déroger forme l'exception. Il faut donc un intérêt général bien évident pour que l'on puisse admettre qu'il limite la liberté des parties contractantes, et qu'il entraîne la nullité des conventions qui y dérogent.

N° 2. LOIS QUI INTÉRESSENT LES BONNES MŒURS.

54. Dans son discours au Corps législatif, le tribun Faure dit que les *bonnes mœurs* sont une dépendance de l'ordre public. Il eût donc suffi de parler des lois qui intéressent l'ordre public; si l'on y a ajouté les *bonnes mœurs*, c'est pour donner à la rédaction toute la clarté possible. Tout ce qui concerne les bonnes mœurs intéresse l'ordre public; mais tout ce qui intéresse l'ordre public ne concerne pas les bonnes mœurs (1).

(1) Loqué, *Législation civile*, t. 1^{er}, p. 319.

Ces explications répondent à celles que Portalis donne sur l'ordre public: ce sont toutes les lois qui concernent l'intérêt général. Mais cela n'est pas encore une définition. Ouvrons le *Dictionnaire de l'Académie*; nous y lisons que les mœurs sont « les habitudes naturelles ou acquises, pour le bien ou pour le mal, dans tout ce qui regarde la conduite de la vie. » Les lois qui intéressent les bonnes mœurs seraient donc celles qui ont pour objet de faire acquérir des habitudes pour le bien, et d'empêcher les hommes de contracter des habitudes pour le mal. Quelles sont ces lois? La législation n'est pas un cours de morale; elle ne s'occupe des mœurs que pour réprimer les actions qui troublent l'ordre social, c'est-à-dire les délits. Il est évident que les lois pénales intéressent les bonnes mœurs, dans le sens de l'article 6; et par suite toute convention ayant pour objet un délit est frappée de nullité. Nous disons que cela est évident; en effet, conçoit-on que le législateur donne sa sanction à des contrats par lesquels les parties s'obligeraient à commettre un délit?

55. Merlin donne comme exemple la convention par laquelle le père, la mère ou le tuteur d'un enfant mineur s'obligerait, moyennant la promesse d'une somme d'argent, de le prostituer: en effet, le code pénal punit ce fait de peines correctionnelles. La convention serait donc nulle. Merlin demande s'il en serait de même de la convention par laquelle une personne majeure se prostituerait moyennant une promesse d'argent. Il répond que non, parce que la loi pénale ne punit pas ce fait; l'article 6 du code est donc inapplicable. Est-ce à dire qu'une pareille convention serait valable? Elle ne pourrait pas être attaquée en vertu de l'article 6 du code civil, mais elle serait nulle d'après les articles 1131 et 1133. Le premier porte que l'obligation sur une *cause illicite* ne peut avoir aucun effet; le second dit que la cause est *illicite* quand elle est contraire aux *bonnes mœurs* ou à l'ordre public. Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait une *loi* concernant les bonnes mœurs, pour annuler une convention immorale; il suffit qu'elle soit contraire aux bonnes mœurs pour qu'elle n'ait aucun effet.

56. Les articles 1131 et 1133 étendent la portée du principe posé par l'article 6, mais ils augmentent aussi la difficulté de l'interprétation. Toute loi pénale rentre dans l'article 6. Mais le code pénal ne prévoit pas toutes les actions immorales. Naît donc la question de savoir comment le juge peut connaître si une convention est contraire aux bonnes mœurs. La cour de Turin a décidé qu'on doit réputer contraire aux bonnes mœurs ce que l'opinion publique répute illicite pour tous ou même pour certaines classes de personnes (1). La définition est très-vague et même fautive : il n'y a pas de distinction à faire entre les diverses classes de la société, quand il s'agit de mœurs; la morale doit être la même pour tous les hommes. Mais où chercher cette morale qui servira de règle au juge? Est-ce la morale religieuse? Tel sera certes le sentiment du juge, s'il est catholique. Si la société entière était catholique, la difficulté serait levée, il n'y aurait qu'une morale religieuse. Est-il nécessaire d'ajouter qu'il y a plusieurs religions et qu'elles ne s'accordent pas toujours sur la morale? Trouverons-nous plus de certitude dans la morale philosophique? Les philosophes sont divisés aussi bien que les religions. Est-ce à dire que le juge est sans règle en cette matière? Non; on exagère, quand on se plaint de l'incertitude de la morale (2); il faudrait dire que la morale est progressive; elle change donc, mais en s'épurant, en se perfectionnant. Et quel est l'organe de ce progrès incessant? La conscience humaine. Il y a, à chaque époque de la vie de l'humanité, une doctrine sur la morale que la conscience générale accepte, sauf des dissidences individuelles qui ne comptent pas. En ce sens, on peut dire qu'il y a toujours une morale publique; les conventions contraires à cette morale seront, par cela même, contraires aux bonnes mœurs, et, comme telles, frappées de nullité.

57. Quand des conventions sont contraires à une loi qui intéresse les bonnes mœurs, il va sans dire qu'elles sont

(1) Arrêt du 30 mai 1811 (Daloz, *Répertoire*, au mot *Culte*, n° 114).

(2) Manguin, dans *Sirey*. IX, 2, p. 348 et suiv.

nulles. L'article 6, comme nous l'avons dit pour l'ordre public, les frappe implicitement de nullité. Quant aux conventions contraires aux bonnes mœurs, dans le sens des articles 1131 et 1133, le code est on ne peut pas plus formel; il déclare qu'elles ne peuvent avoir aucun effet. C'est plus que la nullité; car ce qui est nul peut néanmoins produire un effet juridique, tandis que la loi ne reconnaît aucun effet aux conventions immorales; ces conventions n'existent pas à ses yeux. Le code déroge à ces principes, en matière de donations et de testaments; il répute non écrites les conditions contraires aux bonnes mœurs qui s'y trouvent, il les efface et maintient néanmoins les dispositions faites sous ces conditions. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans plus de détails sur ces points.

§ 3. Des lois prohibitives et impératives.

58. Nous arrivons à la question la plus difficile dans cette difficile matière. L'article 6 du code pose un principe d'une grande élasticité; tel que les orateurs du gouvernement et du Tribunat l'ont interprété, il comprend toutes les lois d'intérêt général. Mais la difficulté est de savoir quelles sont, dans le domaine du droit privé, les lois qui concernent l'intérêt de la société. Il y a des lois qui par leur nature indiquent qu'elles sont d'intérêt social: telles sont les lois qui règlent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui y est attachée: telles sont encore les lois qui intéressent les bonnes mœurs. Il y a d'autres lois qui sont de droit public, pour nous servir du langage de Portalis, parce que les motifs qui les ont fait porter sont puisés dans l'intérêt de la société: nous avons cité comme exemple l'article 815 qui interdit l'indivision forcée. Mais ces diverses catégories de lois n'épuisent pas la question des nullités. Il y en a qui sont étrangères à l'état des personnes et aux bonnes mœurs, et l'on ne sait si elles sont d'intérêt général; ou, si l'intérêt général est en cause, on ne peut pas préciser la limite où il s'arrête. Si l'on déroge