

L'INTRODUCTION DES BONNES MŒURS DANS LE CODE CIVIL

PAR

Edith GÉRAUD-LLORCA

Professeur à l'Université des Antilles-Guyanes

Le Code civil imprime au droit des contrats une coloration morale en lui appliquant certaines notions ; telles, par exemple, celles de bonne foi, de bon père de famille, de bonnes mœurs qui tracent aux contractants une ligne de conduite, un comportement obligatoire.

Les bonnes mœurs, notamment, occupent une place d'honneur : non seulement plusieurs articles en font une application particulière¹, mais encore l'article 6 figurant dans le Titre préliminaire, frontispice du monument législatif, pose en principe général qu'elles font obstacle à une liberté contractuelle absolue, illimitée². L'ensemble de ces prescriptions établissant une déontologie contractuelle par là même une discipline est imposée dans le jeu des rapports sociaux.

Les travaux de codification, incessants à partir de 1793³, permettent de déceler les origines des ces dispositions en faisant état non point d'une création des codificateurs mais d'une généalogie bien antérieure à la Révolution.

1. Article 900 relatif aux dispositions entre vifs et aux dispositions testamentaires (actes à titre gratuit). Articles 1131 et 1133 relatifs à la cause illicite et immorale. Article 1172 visant les obligations conditionnelles (actes à titre onéreux). Article 1387 concernant les conventions matrimoniales.

2. Article 6 : On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

3. Halpérin (J.-L.), *L'impossible Code civil*, P.U.F., 1992, p. 13-17, souligne l'importance des projets révolutionnaires de codification dans la genèse du Code civil.

Cet examen rétrospectif fait encore ressortir d'autres traits caractéristiques. Ainsi, il apparaît d'abord que le système contractuel de l'Ancien régime passé dans le droit moderne est une construction doctrinale, une œuvre d'experts et les bonnes mœurs, qui en composent un élément, une notion juridique savante. Ensuite, il s'avère que les bonnes mœurs et le droit contractuel ont traversé la période révolutionnaire sans encombre, qu'ils ont été transmis intacts d'un projet de Code civil à l'autre jusqu'à l'aboutissement de celui du Consulat.

La stabilité remarquable d'un domaine du droit met en relief un classicisme juridique propre à retenir l'attention, la permanence de l'ancien droit signifiant bien, en l'espèce, l'absence de toute discontinuité et de toute transformation ; soit la préservation d'un dispositif juridique considéré comme pratiquement parfait par l'ensemble des juristes impliqués dans le mouvement de codification de la législation civile. En somme, leur spécialisation qui est censée fonder et garantir les solutions qu'ils pourraient retenir n'a pas déterminé d'autre choix⁴ que celui de l'obédience à une tradition juridique multiséculaire (I).

Ce système contractuel traditionnel appelé à se perpétuer comporte des notions d'ordre abstrait, subjectif, reflétant des conceptions sociales, morales, religieuses, face auxquelles l'expertise juridique proprement dite tend à s'effacer. Parmi ces notions, celle de bonnes mœurs apparaît extrêmement complexe, très fluctuante dans la mesure où elle est douée d'une capacité englobante autorisant l'interférence des prescriptions de toute origine : normes morales, principes chrétiens, valeurs sociales ; autant de règles qui ont pu pénétrer indistinctement dans le champ du droit grâce à la souplesse du système juridique de l'Ancien régime⁵. Le consensus des codificateurs sur le maintien des bonnes mœurs contractuelles en droit moderne traduit, d'évidence, un réflexe conservateur dans la crainte d'un relâchement des pratiques sociales consécutif au démantèlement d'un procédé juridique permettant un contrôle social efficace. La ténacité dont ils font preuve pour acheminer les bonnes mœurs vers une version objective dénote leur préoccupation de les adapter à la situation juridique nouvelle afin que le juge, juriste savant, soit confirmé en tant qu'autorité habilitée à produire le droit puisque les bonnes mœurs sont rétives à une définition. Par suite, leur volonté a été un facteur déterminant dans la fixation d'un moyen technique de régulation sociale (II).

4. Sur le statisme affectant le droit des contrats, voir les observations de Gazzaniga (J.-L.), "Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien régime", *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1990, n° 12, Le contrat, p. 37.

5. Un exemple topique est donné par le droit des biens ; en ce sens : Patault (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, p. 133-135 ; 230. Et par ailleurs, le système juridique moderne se caractérise par la neutralité du droit. Sur l'incidence de ce principe, voir Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, p. 7-9.

I - LA RÉCEPTION DE LA TRADITION JURIDIQUE

Le régime contractuel qui abrite les bonnes mœurs peut survivre sans la moindre altération⁶ car ce n'est pas un secteur du droit privé éminemment politique à l'inverse de la propriété et du droit familial mais encore parce qu'il est exempt d'influence féodale ; n'étant pas réceptif aux coutumes, le droit des contrats a ainsi représenté le seul droit commun avant la Révolution⁷.

La position favorable dont bénéficient le contrat et les bonnes mœurs évoque la fameuse transaction opérée par les rédacteurs du Code civil. Les commentaires de Portalis à son sujet comportent des justifications mais reflètent également la philosophie des juristes que signale bien la réflexion suivante particulièrement appropriée au droit des contrats : *"Il est utile de conserver ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes quand ces habitudes ne sont pas des vices"*⁸. La formule, en l'occurrence, peut être regardée comme un hommage indirect rendu à la doctrine par la lignée des codificateurs. Car, à l'heure où elle est émise, il est constant que la tradition doctrinale de l'Ancien régime a été défendue dans tous les projets de Code civil. Même si son rayonnement est inséparable d'une solidarité de milieu, la plupart des juristes chargés de la codification ayant été formés sous l'ancien droit, à côté de cette donnée spécifique une autre plus générale se distingue tenant à l'existence d'une doctrine puissante, cohérente, solidement établie, offrant un modèle achevé et incontesté (A).

Dans cet ordre d'idées on peut mieux s'expliquer l'attachement indéfectible à la pensée doctrinale et sa valorisation croissante qui atteint la plus grande ampleur au moment où la codification parvient à la réalisation, sous le régime napoléonien où l'évolution politique permet de donner du relief aux convergences idéologiques (B).

A) L'apport fondateur

Bien que Domat et Pothier, surtout celui-ci, soient les inspirateurs directs de la législation contractuelle, ils apparaissent néanmoins comme les cory-

6. L'unique réforme révolutionnaire, mais d'importance, est l'admission du prêt à intérêt par le décret du 3-12 octobre 1789 qui marque un point de rupture avec le droit canonique et l'ancien droit.

7. En ce sens, Ourliac (P.) et Malafosse (J. de), *Histoire du droit privé*, P.U.F., 2^e éd. 1969, 2 vol., I, p. 112.

8. Portalis, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de Code civil de la Commission du gouvernement*, 1^{er} Pluviôse an IX-21 janvier 1800, Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq Libraire, 1836, 15 vol., t. I, p. 481. Ce texte célèbre est cosigné par les autres membres de la Commission gouvernementale : Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville ; néanmoins, Portalis a dominé la Commission grâce à des qualités personnelles exceptionnelles. En ce sens Imbert (J.), Article "Code civil" du *Dictionnaire Napoléon*, nouv. éd. sous la dir. de J. Tulard, Fayard, 1989, p. 429. Carbonnier (J.), *Traité de droit civil*, 11^e éd., P.U.F., 1977, 3 vol., t. I, p. 64.

phées d'un vaste mouvement doctrinal promouvant au XVIII^e siècle la liberté contractuelle mais réfrénant toutefois la force de la liberté individuelle par l'interposition des bonnes mœurs. Une littérature juridique abondante et unique témoigne de la vitalité et de la fermeté de la doctrine.

Aussi bien n'est-ce pas une véritable surprise de voir l'Encyclopédie, bible de l'opinion éclairée, répandre dans le public les principes en vigueur au tournant du siècle ; elle expose, en effet, qu' "il est permis d'insérer dans les conventions toutes sortes de clauses et de conditions pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux lois et aux bonnes mœurs"⁹. Les ouvrages usuels de droit, orientés vers la pratique, comme les dictionnaires juridiques, ne sont pas moins catégoriques. L'un des plus utilisés, celui de Denisart porte que "tous les contrats qui contiennent des conventions contraires aux bonnes mœurs sont absolument nuls et doivent être inefficaces"¹⁰ tandis que l'ouvrage analogue et tout aussi connu de Cl. J. de Ferrière invoque les bonnes mœurs dans la définition du contrat et dans l'analyse de la cause¹¹. Les autres genres de production scientifique font écho en présentant toujours les bonnes mœurs comme un élément essentiel du système contractuel¹².

Au surplus, l'effacement du clivage institutionnel entre les pays de droit écrit et les pays de coutume en matière contractuelle corrobore la réalité d'un esprit général. Des auteurs très représentatifs du droit écrit, tels le provençal Julien et le toulousain Boutaric enseignent, le premier que selon les "préceptes généraux du droit", on doit "ne rien faire que d'honnête, rien qui blesse les lois et les mœurs"¹³, le second que l'"on regarde toutes les conventions comme irrévocables pourvu qu'elles paraissent avoir été faites sérieusement et avec réflexion, qu'elles ne soient ni contre les lois ni les bonnes mœurs et qu'il n'y ait ni dol ni surprise"¹⁴. Dans ces enseignements on ne voit rien d'autre qu'une conformité absolue avec les écrits des auteurs de droit coutumier, entre autres avec le *Traité des obligations* de Pothier qui, on le sait est l'anticipation de la législation de 1804¹⁵. Ce concert doctrinal, cette doctrine monolithique satisfaisant néanmoins toutes les sensibilités juridiques, sont susceptibles d'éclairer le véritable phénomène de mimétisme caractérisant le processus d'élaboration du droit des contrats puisqu'il est donné de constater

9. *Encyclopédie*, tome IV, 1754, v^o conventions, p. 163 (article non signé).

10. Denisart (J.-B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 7^e éd., Paris, Desaint, 1771, 4 vol., T. I, p. 705.

11. Ferrière (Cl.-J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, nouv. éd., Paris, Vve Brunet, 1769, 2 vol., T. I, p. 367 et s.

12. Gin, *Analyse raisonnée du droit français, par comparaison des dispositions des lois romaines et de celles de la Coutume de Paris, suivant l'ordre des lois civiles de Domat ; avec un texte de la coutume de Paris dans lequel les articles sont rétablis dans l'ordre que les réformateurs leur ont donné*, Paris, Servière, 1772, p. 270.

13. Julien (J.-J.), *Elémens de jurisprudence selon les lois romaines et celles du royaume*, Aix, chez Antoine David, 1785, 1 vol., p. 295.

14. Boutaric (Fr. de), *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, Gaspard Hénault et Jean-François Forest, 1757, 1 vol., p. 436.

15. Pothier (R.-J.), *Œuvres complètes*, nouv. éd. par Saint-Albin Berville Thomine et Fortie, 1821-1824, 26 vol., *Traité des obligations* (T. I et II), T. I, p. 43-45, 119.

que l'influence doctrinale se fait sentir à deux reprises, dans des contextes pourtant très contrastés, en période de changement et en période de normalisation.

L'enracinement de la doctrine des bonnes mœurs se profile en 1793 lorsqu'elle est incorporée de façon inopinée, comme subrepticement, dans la *lex scripta*. Dans un temps où fleurit une législation en rupture frontale avec l'ancien droit, les bonnes mœurs se trouvent transformées en règle législative devant être intégrée dans le Code civil que la Convention s'attache à réaliser. Le cadre est alors le premier projet de code de Cambacérès. A l'occasion de sa présentation l'éminent jurisconsulte de droit écrit se borne à dire qu'il a placé le contrat au niveau des "principaux points", c'est-à-dire à côté des personnes et de la propriété ; dans la foulée il déclare assez évasivement qu'il s'agit d'une partie du droit n'offrant pas d'"aussi grands changements que les autres", que c'est un domaine "assez approché de la justice" en sorte que les modifications apportées au droit des contrats sont somme toutes superficielles, mineures¹⁶.

Le dessein de Cambacérès de sauver l'héritage doctrinal qui se cache derrière ces propos lénifiants réussit par le biais de la loi du 26 octobre 1793. Ce texte présente le paradoxe d'édicter respectivement une série de mesures révolutionnaires et de confirmer les anciens principes contractuels en son article 1er. Disposition mixte, hybride, à la fois politique et juridique, l'article 1er oppose de manière rétroactive "les loix et les mœurs" aux actes passés avant même le décret du 5 septembre 1791 et qui lui seraient contraires¹⁷. Ainsi consolidée de manière fortuite, accidentelle, la doctrine des bonnes mœurs fait apparaître le droit des contrats comme un îlot de stabilité au sein d'un droit privé en mutation.

En fonction de cet acquis insigne c'est sans étonnement que l'on voit Cambacérès présentant son troisième projet de Code civil, mais cette fois aux directoriaux, soutenir avec vigueur maintenant la doctrine ancienne. La référence explicite à Pothier¹⁸ et des développements détaillés tranchent avec la sobriété du ton en 1793. La technicité s'étale aussi dans son exposé où interviennent les notions de cause, de licéité, opposées à la volonté des contractants ; à l'instar de la doctrine ancienne il salue la volonté des parties comme étant "*la première loi des contrats*" qui, au demeurant, sont susceptibles "*de toutes dispositions*", mais c'est pour ajouter immédiatement que toutefois "*cette liberté s'arrête aussitôt que l'ordre public et l'ordre moral peuvent avoir à en*

16. Rapport fait à la Convention nationale par Cambacérès au nom du Comité de législation, sur le premier projet de Code civil, séance du 9 août 1793, Fenet..., T. I, p. 9. L'influence manifeste de Pothier dans le premier projet de Code civil de Cambacérès est discernée par J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil...*, *op.cit.*, p. 121, qui relève la copie, parfois mot pour mot, de textes de Pothier, entre autres de ceux relatifs à la théorie générale des obligations.

17. Loi du 26 octobre 1793 - 5 brumaire an II, *Arch. Parl.*, 1ère série, T. 77, p. 568.

18. Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq Cents lors de la présentation du troisième projet de Code civil, faite au nom de la Commission de la classification des lois, messidor An IV, Fenet..., T. I, p. 170.

*souffrir*¹⁹. On remarque dans tout cela que le reflux de la révolution s'accompagne chez les codificateurs de la paraphrase de la doctrine traditionnelle.

C'est en position de force, par conséquent, que la doctrine des bonnes mœurs aborde l'ultime phase de la codification, l'étape décisive, face à la Commission gouvernementale chargée en l'An VIII de mener à bien l'entreprise. L'épreuve se révèle gagnée d'emblée en ce qui concerne l'instance technique : les rédacteurs du Code civil. Le *Discours préliminaire* de Portalis écarte toute équivoque en manifestant leur volonté de préserver le patrimoine juridique savant ; dans le droit fil de la tradition doctrinale il rappelle le principe de la liberté contractuelle qui "*ne peut être limité que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique*"²⁰. L'antériorité des bonnes mœurs sur l'utilité publique qui ne manque pas de frapper suggère tout au moins la réceptivité des maîtres d'œuvre du Code civil à la densité morale du droit des contrats.

L'apothéose de la tradition doctrinale est signifiée par l'inscription des bonnes mœurs au sein du Titre préliminaire du Code civil c'est-à-dire parmi des institutions juridiques fondamentales. L'article 6 du Titre préliminaire où elles siègent est assurément le résultat de remaniements du Titre lui-même et de trois rédactions successives de l'article²¹ ; mais ces hésitations consécutives à des difficultés de mise en forme, d'ordonnancement, d'une part, et de formulation, d'autre part, ne doivent pas laisser croire à un obscurcissement de la doctrine des bonnes mœurs, à son affaiblissement même momentané. Les assurances sur son devenir prodiguées dans le *Discours préliminaire* ayant été honorées par son élévation au rang des normes juridiques élémentaires, cette évolution était pour ainsi dire inéluctable si l'on se fie au témoignage autorisé de Maleville, secrétaire-rédacteur de la Commission chargée de confectionner le Code civil, d'après lequel les problèmes formels de mise en ordre et de formulation n'ont jamais dégénéré en discussion sur le fond²². L'article 6 du Code civil sanctionnant le couronnement d'un travail de clerc, sa légitimation dans l'ordre scientifique revêt le plus grand intérêt en révélant l'idéologie juridique à la base du concept de bonnes mœurs.

19. *Ibid.*, p. 171. Dans cet ultime projet Cambacérès on trouve, en correspondance avec le *Discours préliminaire*, au Livre III *Des Obligations*, l'article 714 ainsi rédigé : "*Les conventions sont susceptibles de toutes les dispositions non prohibées par la loi. Celles qui blessent l'honnêteté publique et l'ordre social sont nulles*".

20. *Discours préliminaire...*, Fenet..., T. I, p. 509 et s.

21. A ce sujet voir Loaré (J.-G.), *Table analytique et raisonnée des procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du Code Napoléon*, Paris, Aux Archives du droit français chez Clément frères Libraires-éditeurs, 1808, 5 vol., T. I, p. 14 ; 41.

22. Maleville (J. de), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, Paris, Vve Nyon, Lenormant, Vve Dufresne, Mme Robert, An XIII-1805, 4 vol., T. I, p. 15.

B) L'idéologie juridique

La notion de bonnes mœurs permettant d'opposer à la liberté contractuelle un espace de contrainte, ce qui prédomine en elle est l'énonciation d'une règle d'équilibre. Les travaux de codification répercutent cette vision modératrice en reflétant la prégnance sur les codificateurs du vieux courant rationaliste, nourri par le droit romain et le droit naturel, qui a présidé à la construction doctrinale du droit des contrats. Le droit romain et le droit naturel qui furent les archétypes de la doctrine ancienne, ses références, constituent donc des cadres intellectuels permanents dans lesquels les codificateurs, juristes de formation traditionnelle, continuent à se mouvoir et, de manière générale, le milieu juridique²³.

Cet horizon intellectuel est pleinement restitué par Portalis qui après avoir couvert d'éloges le droit romain le présente comme l'expression de la "*raison écrite*" et affirme que le droit naturel est "*la raison en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes*", si bien que dans sa pensée "*le droit est la raison universelle*" et les lois "*pas de purs actes de puissance*" mais "*des actes de sagesse, de justice et de raison*"²⁴. L'esprit de raison imprégnant la doctrine des bonnes mœurs, celle-ci participe donc nécessairement de l'un et de l'autre droit.

L'attache romaine se distingue en ce que les bonnes mœurs sont créditées d'un support formel censé assurer leur légitimité. Leur ancrage romain est en corrélation, en effet, avec la formulation définitive du futur article 6, dont la paternité revient au conseiller d'Etat Boulay, et au sujet de laquelle Maleville indique qu'il s'agit de la traduction de lois romaines et qu'il fut ainsi mis un terme aux tâtonnements dans la recherche d'une formule générale²⁵. Or, lorsque le Tribunal met à mal le Titre préliminaire au point de refuser de le voter, les critiques n'épargnent pas les bonnes mœurs ; des tribuns les récusent en incriminant une traduction laxiste, approximative, de textes romains définissant strictement l'illicite, au contraire, et de ce fait exclusifs des bonnes mœurs qui ne seraient qu'un simple axiome du droit romain trop imprécis pour être incorporé dans le Code civil²⁶.

23. Dans le cadre de cet article, axé sur la théorie juridique, nous avons écarté l'adjonction d'une notice biographique sur les codificateurs, leurs antécédents civils et politiques, qui figure habituellement dans les ouvrages relatifs au Code civil. Nous bornant aux deux personnalités principales : Cambacérès et Portalis, nous mentionnons à ce titre : Papillard (Fr.), *Cambacérès*, Hachette, 1961 ; et Leduc (E.), *Une grande figure de l'histoire napoléonienne, Portalis, 1746-1807*, Les Presses bretonnes, 1991.

24. *Discours préliminaire...*, *op.cit.*, Fenet..., T. I, p. 466 ; 476 et s., 480. Dans cet ordre d'idées, il a expliqué auparavant que les lois révolutionnaires "*par la seule force des choses... sont nécessairement hostiles, partiales, éversives*" parce qu'"on est emporté par le besoin de rompre toutes les habitudes, d'affaiblir tous les liens..." *Ibid.*, p. 464.

25. Maleville (J. de), *Analyse raisonnée du Code civil...*, *op.cit.*, p. 15, où les sources romaines sont désignées comme étant la Loi 45, ff. de reg. jur. et 6, cod. *de pactis*.

26. Andrieux, séance du 14 Frimaire an X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 46 (Andrieux est un ancien procureur au Châtelet). Dans le même sens : Chazal, séance du 18 Frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 72. Pour une relation des critiques, d'ordre divers, du Titre

La réfutation de cette tendance restrictive, adverse aux bonnes mœurs, révèle un certain embarras devant l'accusation de confondre règle législative et règle doctrinale. Les répliques sont effectivement assez dépourvues de fermeté ; les arguments avancés se bornent à insinuer qu'on essaie de jouer sur des nuances car les bonnes mœurs ont une acception positive²⁷ ; que le reproche de faire trop de place au droit romain est contredit par l'histoire, cette "*physique expérimentale de la législation*", apprenant "*qu'on a respecté partout les maximes anciennes comme étant le résultat d'une longue observation*"²⁸. Le tribun Demeunier se livre même à l'exégèse de "la loi romaine" du Livre 6 du *Code de pactis* pour affirmer qu'il est constant que le texte du Code civil "*a fait la matière d'une loi romaine*" nommément désignée par l'opposition elle-même²⁹.

Ces divergences autour d'un fondement romain textuel des bonnes mœurs sont instructives : on assiste apparemment à une querelle académique mettant en relief l'enfermement des protagonistes dans la religion du texte et, surtout, la polarisation des esprits sur un droit modèle, un droit supérieur, qui a occulté complètement la tradition romaniste porteuse pourtant d'une conception extensive des bonnes mœurs et dont les ressources argumentaires auraient pu être exploitées par les défenseurs de la notion³⁰. Ainsi, la position de la discussion, son déroulement, permettent de discerner la valeur emblématique conférée par les rédacteurs du Code civil au droit romain qui a pris l'allure d'une idéologie de combat. Toutefois, si le conflit des sources romaines des bonnes mœurs ne prend pas d'ampleur c'est grâce à la présence de tendances régulatrices pluralistes qui parviennent à mieux s'imposer sur le terrain du droit naturel.

L'influence jusnaturaliste, parée de la modernité, submerge le droit romain en effet ; elle se manifeste tout au long de la codification pour atteindre sa culmination dans la phase finale du mouvement. Cambacérès est le premier à faire profession de foi jusnaturaliste, mais sans ostentation, lorsqu'il présen-

(suite note 26) préliminaire, voir Villeneuve de Janti (P.), *Bonaparte et le Code civil*, Thèse Droit, Paris, 1934, p. 136-138, précisant que Portalis avait prévu "*les critiques de tiédeur républicaine*".

27. Tribun Huguet, séance du 19 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 98.

28. Portalis, *Présentation du projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois*, Corps législatif, séance du 3 frimaire An x, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. II, p. 733.

29. Tribun Demeunier, séance du 18 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 77. En ce qui concerne le droit romain, le rôle du prêteur, celui de la doctrine et de la jurisprudence sont considérés comme les facteurs essentiels d'évolution et de promotion des bonnes mœurs par J. de Koschembahr-Lyskowski, "Conventiones contra bonos mores dans le droit romain", *Mélanges de Droit romain dédiés à G. Cornil*, Sirey, 1926, 2 vol., T. I, p. 16-22. Par ailleurs, l'apparition relativement tardive des "*boni mores*" leur nature de "principes coutumiers", de "règles coutumières" et la protection de plus en plus solide que leur apporte le prêteur à partir du VII^e siècle, sont d'autres éléments fournis par F. Senn, "Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs", *Recueil sur les sources du droit en l'honneur de Fr. Geny*, Sirey, 1935, 3 vol., T. I, 54-59.

30. En ce sens, Brissaud (J.), *Manuel d'histoire du droit privé*, nouv. éd. sous la dir. de Jacques Brissaud, de Bocard, 1935, p. 450 et s. citant surtout l'exemple de Bartole.

te son troisième et dernier projet de Code civil. “*La loi de la nature*”, “*l’ordre naturel*”, “*la loi naturelle*” émaillent son discours dans lequel il souligne que les “*lois civiles*” du projet reproduisent les “*préceptes de la nature*” ; et il est également question du “*respect des mœurs*”, du “*sentiment des mœurs*”³¹ ; avec, en contrepoint, l’évocation d’un pathologie sociale qui serait liée à la dépravation des mœurs³². Enfin, la caution de Pothier sous laquelle il se place ouvertement pour présenter le droit des contrats confirme l’empreinte jusnaturaliste³³.

Le règne du droit naturel est annoncé quelques années après, à l’époque de la codification napoléonienne, par Portalis³⁴. Dans le *Discours préliminaire*, afin de caractériser l’orientation donnée au droit contractuel, il déclare uniment : “*En traitant des contrats nous avons d’abord développé les principes du droit naturel qui sont applicables à tous*”³⁵. Et si l’on se reporte à la discussion des textes afférents à ce sujet on observe un accord complet sur le postulat de Portalis³⁶. L’invocation de Domat, notamment, venant faire pendant à Pothier, précise l’incidence du droit naturel ; en ce sens l’intervention du tribun Mouricault dispense de tout commentaire sur le prestige de la doctrine ancienne et l’ascendant exercé par les idées jusnaturalistes : “*Ce titre, expose-t-il (i.e. le Titre troisième : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général)... tient de plus près que tout autre aux principes du droit naturel, et les règles qui y sont tracées sont la pure expression de ces principes*”. Approfondissant son propos il explique que le véritable législateur “*c’est la raison, dont le droit romain, en cette matière surtout, est regardé comme le fidèle organe*”. De là enchaîne-t-il, l’existence d’un droit uniforme partout et de tout temps que Domat a recueilli “*dans ses lois civiles ouvrage profond qui sera toujours utilement médité. Pothier après lui, a rassemblé et commenté les mêmes décisions dans des traités qui resteront classiques*”³⁷. A quoi l’on peut ajouter qu’en lisant “*Les lois civiles dans leur ordre naturel*” on y découvre une théorie jusnaturaliste de l’illicite dans les propositions suivantes : “*Les conventions illicites sont celles qui blessent les lois ; et comme il y a deux sortes de lois, celles qui sont de droit naturel et celles qui sont de droit*

31. *Discours préliminaire* prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq Cents..., Fenet..., T. I, p. 146-157.

32. *Ibid.*, p. 155-159, relativement aux oppositions de mariage et surtout au divorce auquel il est question d’appliquer des modalités plus compliquées désormais.

33. Pour une vue d’ensemble de l’évolution de la pensée de Cambacérès voir l’analyse du discours de messidor An IV sur son troisième projet de Code civil présentée par J.-L. Halpérin, *L’impossible Code civil...*, op.cit., p. 233-235, concluant à une volonté de “*réaction modérée*”.

34. La conception portalaisienne du droit naturel a fait l’objet d’une étude de Beigner (B.), “*Portalis et le droit naturel dans le Code civil*”, *Revue d’histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1988, n° 6, p. 77-101.

35. *Discours préliminaire...*, Fenet..., T. I, p. 509.

36. Un regroupement des documents principaux sur les débats relatifs à l’élaboration du droit des contrats se trouve dans *Naissance du Code civil. An VIII - An XII - 1800-1804*, Flammarion, 1989, chap. 8 : La pratique du droit naturel, p. 337-363.

37. Discussion devant le Corps législatif, discours prononcé par le tribun Mouricault, 17 pluviôse An XII, 7 février 1804, Fenet..., T. XIII, p. 414.

positif, il y a aussi deux sortes de conventions illicites ; celles qui blessent le droit naturel et les bonnes mœurs et celles qui sont contraires au droit positif³⁸. Les bonnes mœurs s'affirment une authentique notion jusnaturaliste, l'expression d'une règle de raison cardinale, il convenait aux yeux des codificateurs de les inclure dans le corpus des règles civiles devant concrétiser le projet social.

II - LA FIXATION D'UN PRINCIPE DE RÉGULATION SOCIALE

Les bonnes mœurs de la tradition juridique font référence à un ensemble de valeurs socialement partagées dont le respect s'impose à tous les membres de la société. La traduction de ces valeurs en termes juridiques a donné de multiples règles de conduite formulées par la tradition romaine et la tradition doctrinale : loyauté, probité, conscience, décence, honnêteté, etc... tendant à moraliser les rapports sociaux d'ordre contractuel. A Rome ces règles de comportement ont pu refléter essentiellement une morale civique³⁹. Dans l'ancienne France, elles réfléchissent une éthique sociale mais encore explicitement la morale chrétienne⁴⁰, la morale officielle⁴¹.

En régime moderne on observe un puissant regain de la morale à dater de la réaction thermidorienne : dès lors, le discours politique et le discours juridique s'épaulent mutuellement pour développer une philosophie du devoir de plus en plus stricte⁴². Les juristes pour leur part font montre d'un esprit moral performatif en se posant en défenseurs d'un héritage moral dont le contenu est de plus en plus généreusement évalué à mesure que la Révolution reflue. C'est que les codificateurs en arrivent à considérer la morale comme un objet générique, à l'instar de la loi, propre comme cette dernière à fonder une règle

38. Domat (J.), *Oeuvres complètes*, nouv. éd. par J. Rémy, Firmin-Didot, 1828-1830, 4 vol., T. I, Titre XVIII, sec. IV, Des conventions illicites et malhonnêtes, § 1, p. 397. Sur la question de la qualification de l'illicite et de l'immoral voir Dorat des Monts (R.), *La cause immorale. Etude jurisprudentielle*, Rousseau, 1956, p. 3.

39. Interprétation retenue par Senn (F.), *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs...*, *op.cit.*, p. 56-58.

40. Voir la définition de "mœurs" de Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiaire conféré avec les maximes de la jurisprudence de France*, 3^e éd., Lyon, Joseph Duplain, 1776, 5 vol., T. IV, p. 62.

41. Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles...*, *op.cit.*, p. 7, précisant que les juges étaient chargés de la faire respecter. Aussi bien les Parlement sont-ils les "gardiens des bonnes mœurs" : Gazzaniga (J.-L.), *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1992, p. 102.

42. Sur la période 1794-1804, voir Martin (X.), "Nature humaine et Code Napoléon", *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1985, n° 2, p. 117-128, et ses articles ultérieurs : "Aux sources thermidoriennes du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé", *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1987, n° 6, p. 107-116 ; "L'individualisme libéral en France autour de 1800, essai de spectroscopie", *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, 1987, n° 4, p. 87-144 ; "Approche du droit révolutionnaire et du code Napoléon : précautions de méthode" in *La famille, la Loi, l'Etat de la Révolution au Code civil*, Impr. Nationale, Editions Centre G. Pompidou, 1989, p. 237-246.

générale, ce qui en système légaliste débouche sur un dépassement de la logique d'ordre instituée (A). Au surplus, ils font de la règle morale l'apanage des juges : son édicition, sa portée, sont censées relever par hypothèse de la connaissance, de la science. C'est dire que la morale est consacrée domaine de clerc. Cette vision des choses aboutit à conférer au juge un pouvoir exorbitant car son interprétation libre de la morale revient à admettre son autonomie normative (B).

A) *L'apologie des bonnes mœurs*

Vagues, floues, ambiguës, les bonnes mœurs⁴³ se présentent avant tout comme un concept polysémique. Ainsi, tout au long des travaux préparatoires du Code civil, elles peuvent apparaître à la fois comme la résurgence de la morale sociale et religieuse de l'Ancien régime et comme l'expression du conservatisme social libéré par la réaction thermidorienne. La reconstitution d'un environnement moral allant de pair avec la réorganisation de la société, le courant moralisateur des juristes véhicule une sociabilité conçue essentiellement soit en termes de normalisation, soit en fonction de critères subjectifs, d'ordre personnel.

Dans la première perspective la doctrine des bonnes mœurs recèle surtout une morale utilitariste en ce qu'elle rend service à la réaction sociale. En effet, comme les liens sociaux déchirés pendant la période révolutionnaire sont en voie d'être renoués sur un mode relationnel hiérarchisé⁴⁴, les bonnes mœurs peuvent faciliter leur rétablissement en le justifiant. Le caractère instrumental, opératoire, qui peut être attribué à la doctrine des bonnes mœurs, se manifeste de façon flagrante dans l'application qui en est faite au cours des discussions relatives à l'élaboration du droit des personnes⁴⁵. Toutefois, ce sont les liens contractuels concernant un niveau de l'organisation sociale tenu pour névralgique de longue date qui fournissent l'exemple achevé. A la remarque constante, banale, que le droit des contrats exprime la diversité des rapports sociaux et, par suite, que rien ne doit être négligé pour l'ajuster aux

43. Souligné par tous les analystes, entre autres : Ray (J.), *Essai sur la structure logique du Code civil*, Alcan, 1926, p. 258. Tchavadoroff (L.), *De la notion de bonnes mœurs. Essai théorique sur la recherche d'un critérium*, thèse droit, Toulouse, 1927, p. 8-12. Bonnacase (J.), *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français*, thèse droit, Bordeaux, 1941, p. IX-X. Dorat des Monts (R.), *La cause immorale...*, *op.cit.*, p. 3. Arnaud (A.-J.), *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, L.G.D.J., 1973, p. 48-49.

44. Garaud (M.), *La Révolution française et la famille*. Manuscrit mis à jour et complété par R. Szramkiewicz, P.U.F., 1978, p. 167 et s. Lafon (J.), *Le Code civil et la restructuration de la société française*, Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands, 1985, 42ème fasc., p. 101-107.

45. Par exemple : à la puissance paternelle par Maleville, Fenet..., T. X, p. 486. Au mariage par Portalis, Fenet..., T. IX, p. 281-282. Aux enfants naturels par Portalis, Fenet..., T. I, p. 522. A l'aménagement du régime matrimonial légal par Maleville, Fenet..., T. XIII, p. 549-550. A la fixation de la quotité disponible (liberté testamentaire) par Maleville, Fenet..., T. XII, p. 297.

besoins de la société, l'unique objection émise est qu'il faut néanmoins veiller à réprimer les actes "*vicieux en eux-mêmes*" et n'offrant "*aucun objet réel d'utilité qui puisse compenser les vices et les abus dont ils sont susceptibles*"⁴⁶.

L'orientation vers une certaine logique calculatrice conduisant à envisager les transactions sociales dans une optique franchement matérialiste, comme le moyen d'"acquérir", c'est-à-dire de s'enrichir, à préférer que "*l'argent est le signe de toutes les valeurs*" en procurant tout ce qui donne des fruits et des profits⁴⁷, laisse penser que les bonnes mœurs sont implicitement considérées au moins autant comme un moyen de défense sociale que l'expression de valeurs sociales. Cette conception est transparente dans la réflexion suivante : "*Les lois, essentiellement conservatrices des mœurs, ne peuvent consacrer l'immoralité*"⁴⁸. Dans le même sens il est dit à plusieurs reprises que les bonnes mœurs se rencontrent chez "*toutes les nations policées*" car "*elles permettent de suppléer les bonnes lois : elles sont le véritable ciment de l'édifice social*"⁴⁹. Très significative encore est cette affirmation selon laquelle sans les bonnes mœurs "*la société veillerait en vain par les lois les plus sages à son repos et à sa prospérité*"⁵⁰. L'appréhension conformiste, utilitaire, de la civilité contractuelle ne paraît guère trouver de contradiction sinon de la part du tribun Thiessee se déclarant convaincu, de même que tout un chacun dans son for intérieur, que "*le prétexte du bien des mœurs... n'est jamais que le masque de l'amour des richesses*"⁵¹.

L'autre appui décisif apporté à la doctrine des bonnes mœurs procède de la morale jansénisante opérant une étroite liaison entre le droit et l'éthique⁵², une morale empreinte de rigorisme et d'austérité donc, secrétée au sein du milieu fermé du droit sous l'Ancien régime⁵³. Le "*jansénisme juridique*"⁵⁴,

46. Portalis, *Exposé des motifs du Livre Troisième, Titre Douzième, Des contrats aléatoires*, devant le Corps Législatif, séance du 19 ventôse An XII-10 mars 1804, Fenet..., T. XIV, p. 542-544 (à propos des assurances sur la vie et de la vente de la succession d'une personne vivante).

47. Portalis, *Discours préliminaire...*, Fenet..., T. I, p. 509 et s.

48. Tribun Ludot, séance du 18 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 70.

49. Portalis devant le Corps législatif, séance du 4 ventôse An XI - 23 février 1803, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. IV, p. 11.

50. Tribun Grenier, séance du 9 ventôse An XI - 28 février 1803, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. IV, p. 46.

51. Tribun Thiessee, rapport sur le Titre préliminaire au Corps législatif, séance du 24 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 145.

52. En ce sens Carbonnier (J.), *Traité de droit civil...*, op.cit., T. I, p. 74. Dorat des Monts (R.), *La cause immorale...*, op.cit., p. 12 établit un lien étroit entre le moralisme chrétien de Domat en matière contractuelle et celui des rédacteurs du Code civil. L'imprégnation janséniste de Domat est relevée par J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des biens...*, op.cit., p. 85.

53. Arnaud (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil...*, op.cit., p. 30, 39, 211-212. Royer (J.-P.), *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*, P.U.F., 1979, p. 57-59.

54. Une autre dimension du mouvement janséniste à la fin de l'Ancien régime, le "jansénisme politique", relié encore au milieu du droit, en particulier celui des avocats, est abordé par C. Maire, "L'Eglise et la Nation : du dépôt de la vérité au dépôt des lois. La trajectoire janséniste au XVIII^e siècle", *Annales E.S.C.*, 1991, n° 5, p. 1177-1205. Sur le "jansénisme ecclé

prégnant chez Domat et Pothier qui sont les guides, les références des codificateurs, entretient par conséquent chez ces derniers un moralisme atavique. Une de ses premières manifestations, sans doute, se discerne lorsque Cambacérés assure la Convention thermidorienne que *“le Code civil établissait l'ordre moral”* en précisant aussitôt que *“les lois sont la semence des mœurs”*⁵⁵. La rémanence des tendances jansénisantes est encore plus nette sous le régime napoléonien ; elle est particulièrement prononcée dans le langage tenu par Portalis, maître d'œuvre du Code civil, à l'adresse du Corps législatif, une première fois pour l'avertir que *“les bonnes mœurs sont la sauvegarde de la morale”*⁵⁶, un seconde fois pour lui préciser que si l'on pouvait blesser les bonnes mœurs par les conventions, *“bientôt l'honnêteté publique ne serait qu'un vain nom et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice, seraient remplacées par les lâches combinaisons de l'intérêt et par les calculs du vice”*⁵⁷ ce qui traduit une sombre vision de la nature humaine.

Il n'échappe pas non plus à l'attention que l'examen du projet de Code civil par les tribunaux d'appel ne comporte pas la moindre réserve à l'encontre des bonnes mœurs. L'esprit jansénisant affleure, d'ailleurs, dans certaines attitudes. Ainsi il dicte des appréciations générales ; par exemple, telle cour se félicite de voir le projet marquer *“un respect religieux pour les mœurs sans lesquelles les meilleures lois deviennent un bienfait insuffisant”*⁵⁸ tandis que telle autre opine : *“hors l'habitude des bonnes mœurs, on ne saurait avoir celle d'un sens droit”*⁵⁹. Outre ces remarques topiques exprimant l'idée que la morale est indissociable du droit, qu'elle est son auxiliaire, certaines observations d'ordre technique, relatives à la cause du contrat, allant vers davantage de sévérité que le projet⁶⁰ ne font que souligner la

(suite note 54) siastique” voir Armengaud (A.), *La famille et l'enfant en France et en Angleterre du XVI^e au XVIII^e siècle*, Société d'Édition d'Enseignement supérieur, 1975, p. 44 notamment.

55. Rapport à la Convention nationale sur le deuxième projet de Code civil, séance du 9 septembre 1794, Fenet..., T. I, p. 108.

56. Portalis devant le Corps législatif, séance du 3 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. II, p. 738.

57. Portalis devant le Corps législatif, séance du 4 ventôse An X - 23 février 1803, *Arch. Parl.* 2^e série, T. IV, p. 16. Pour des précisions sur ses conceptions religieuses et jansénistes voir son essai : *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, 3^e ed. pub. par le Comte Portalis, Moutardier, Libraire-éditeur, 1834, notamment chap. X, De l'athéisme ; chap. XI, De l'immortalité de l'âme et d'une vie à venir ; chap. XII, Que faut-il penser de l'opinion des auteurs qui nient la possibilité d'administrer des preuves philosophiques de l'existence de Dieu et de l'immortalité de l'âme ? Également, Bello (P.), *Portalis et les travaux préparatoires du Code civil*, thèse droit, Paris, 1949, p. 5-52, p. 61-73, relativement à la réalisation du Concordat. Villaneuse de Janti (P.), *Bonaparte et le Code civil...*, op.cit., p. 109. Leduc (E.), *Une grande figure de l'histoire napoléonienne. Portalis...*, op.cit., p. 57 et s., 77 et s., 85-87.

58. Tribunal d'appel de Besançon, Fenet..., T. III, p. 155.

59. Tribunal d'appel de Riom, Fenet..., T. III, p. 411.

60. Tribunal d'appel de Colmar, Fenet..., T. III, p. 476. Tribunal d'appel de Grenoble, Fenet..., T. III, p. 588. Tribunal d'appel de Lyon, Fenet..., T. IV, p. 130.

saillance morale des bonnes mœurs favorablement accueillies à ce titre par le corps judiciaire⁶¹.

L'exaltation universelle du moralisme dans la communauté juridique ne donne que plus de relief à l'hostilité aux bonnes mœurs surgie comme une fausse note du côté du Tribunal où Andrieux se posant en véritable trublion a immédiatement prétendu ne voir en elles qu'un précepte de morale, une notion subjective par conséquent, dépourvue du moindre fondement juridique, cela afin de les éliminer du Code civil⁶². En distinguant prescription morale et prescription légale, en voulant disjoindre le droit et la morale, l'opposition libérale s'est située dans la ligne du nominalisme, ce vieux courant d'idées orienté vers l'indépendance du droit, une position d'autant plus défendable que le mélange des genres fut l'une des causes de l'insécurité juridique de l'ancien droit combattue par le droit moderne⁶³. Elle a ainsi tenté d'empêcher l'habillage formel des bonnes mœurs désiré par les codificateurs et la classe politique parce que sa finalité était de ressusciter le pouvoir de l'autorité savante dans la production du droit, un dessein en correspondance avec les inclinations du jansénisme juridique.

B) L'autonomie normative du juge

La doctrine des bonnes mœurs qui va se consolidant au long du mouvement de codification s'accommode mal, effectivement, du système légaliste promu par la Révolution. Comme l'a bien senti l'opposition tribunicienne, une fois objectivées, les bonnes mœurs seront métamorphosées en règle jurisprudentielle faute de définition claire, précise ; elles procureront de ce fait un fondement juridique à un pouvoir d'appréciation du juge entier, souverain, difficilement compatible avec le caractère définitif et général de la loi en régime de démocratie représentative. Pour exprimer autrement l'anomalie de la situation, ce qui est reproché aux rédacteurs du Code civil, juristes de renom, est de s'apprêter à faire des bonnes mœurs à la fois une notion légale et une notion judiciaire, solution choquante au plan des principes politiques modernes.

L'empirisme des juristes en la circonstance, dicté par leur opinion personnelle, par leur subjectivité, ne pouvait que susciter la confrontation de leur

61. Roux (A.), *Les observations du tribunal d'appel de Montpellier sur le projet de Code civil*, thèse Droit, Montpellier, 1919, p. 24, citant ce passage de Laferrière : "Le culte pour le passé domine les observations des tribunaux sur l'ensemble du projet". Sur la réorganisation judiciaire du régime consulaire voir Halpérin (J.-L.), *L'impossible Code civil...*, op.cit., p. 268-269.

62. Tribun Andrieux, séance du 14 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 43.

63. L'harmonisation du libéralisme et de la sécurité juridique dans l'ancien droit romain où la notion de bonnes mœurs était inconnue est notée par J. Macqueron, *L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations du droit romain*, Sirey, 1924, p. 16-18. Le rejet de l'"empirisme législatif" par les libéraux du début du XIX^e siècle est mis en relief par J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 228.

conception propre de la régulation sociale, celle de l'équité judiciaire, avec la thèse légaliste prônant à l'inverse une régulation strictement juridique.

La régulation par la loi, exclusivement, de la liberté contractuelle est un principe actuel opposé aux moralistes. Au Tribunal les adversaires des bonnes mœurs qui les rejettent de la législation en tant que maxime de morale justifient leur refus en mettant en avant la notion d'ordre public. Ils soutiennent, en effet, que l'ordre public, authentique notion de droit, est suffisant pour contenir le jeu des rapports sociaux dans le cadre préétabli, celui tracé par le dispositif formel⁶⁴. Ainsi, au regard d'une infime minorité, l'arsenal législatif est capable à lui seul de contraindre les activités privées à se plier aux exigences sociales. Sous cet angle de vue, conforme au droit en vigueur, il apparaît évident que la fonction du juge est renfermée dans les règles du droit civilement dit, qu'il n'a pas à rechercher ailleurs, à se référer à des principes abstraits, philosophiques, conduisant inévitablement à admettre des exceptions et qui, de surcroît, sont sujets à de fausses applications⁶⁵. En invoquant ces dérives possibles du droit, les détracteurs des bonnes mœurs reprennent implicitement les critiques formulées lors de la Révolution contre l'incertitude de l'ancien droit, l'arbitraire des juges.

La fin de non recevoir opposée pour ces raisons à la légalisation des bonnes mœurs est accréditée par d'autres séquences du débat. Ce qui est considéré par quelques uns comme une régression du droit est paradoxalement reconnu dans le camp adverse effectivement. La preuve en est administrée par l'aveu du tribun Huguet qui précise bien le caractère extra-juridique que revêt en réalité aux yeux de tous les protagonistes la notion de bonnes mœurs. Ce tenant de leur légalisation convient en effet qu'il s'agit bien là de préceptes moraux et il dévoile le fond de sa pensée en disant qu'il veut toutefois, "*les voir convertir en loi, en dispositions législatives, pour que désormais ils ne puissent plus être méconnus*"⁶⁶. A part cette déclaration brutale et quelque peu naïve, la légalisation des bonnes mœurs est un problème traité avec circonspection, en le situant de préférence sur le terrain technique⁶⁷.

Sous ce dernier aspect, propice à un ton neutre, mesuré, les bonnes mœurs sont légitimées à obtenir la sanction légale en ce qu'elles pareraient une éven-

64. L'argumentation la plus nette en ce sens est soutenue par Andrieux, séance du Tribunal du 14 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 46.

65. Andrieux, Corps législatif, séance du 23 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 128. Thiessec, Corps législatif, séance du 24 frimaire An III, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 146.

66. Tribun Huguet, séance du Tribunal, 19 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 98. Dans une formulation plus discrète : Tribun Lahary, séance du Tribunal, 21 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 123-124.

67. Stratégie adoptée par Portalis quand il dit : "*Un principe, tant qu'il n'appartient qu'à la science, n'est qu'une thèse philosophique qui peut être controversée ; mais quand un principe tient à la législation, il devient une règle qui doit être obéie*", Corps législatif, séance du 23 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 130.

tuelle lacune juridique, une déficience de la loi⁶⁸. L'imperfection pouvant affecter la règle positive, très révélatrice en soi de l'affaiblissement de la nomophilie révolutionnaire, est un thème récurrent dans l'œuvre de codification. Il est excellemment illustré par les "bonnes lois", une expression qui revient comme un leitmotiv dans le discours des codificateurs. Censées d'abord assez vaguement assurer la "*prospérité dans l'intérieur*"⁶⁹ ; les bonnes lois deviennent ensuite de manière générale "*la sources des mœurs*"⁷⁰.

Aussi bien, est-il compréhensible que les bonnes mœurs soient essentiellement comprises comme la complétude de la loi, son achèvement. Les arguments articulés en ce sens font valoir que les bonnes mœurs relevant du domaine courant, dont les lois doivent se rapprocher pour être comprises et acceptées par le groupe, il convient en bonne logique de leur accorder la consécration législative⁷¹. Ou bien que les bonnes mœurs étant interdépendantes de l'ordre public, elles donnent toute la clarté souhaitable à cette disposition législative⁷². Ou encore, qu'un principe transformé en loi "*termine tous les raisonnements et toutes les incertitudes*"⁷³. Enfin, que "*ce qui n'est pas contraire aux lois est licite. Mais ce qui leur est conforme n'est pas toujours honnête*"⁷⁴ ; et, par la suite, "*les bonnes mœurs peuvent suppléer les bonnes lois*"⁷⁵. La démonstration de la nécessité de légiférer sur les bonnes mœurs est en somme présentée comme une méprise des légalistes qui seraient enclins à surestimer la portée de la loi ce qui justifierait le renfort des bonnes mœurs escortées de l'équité.

La régulation par l'équité, avec sa connotation biblique⁷⁶ entraîne la réapparition de l'archétype du juge, le ministre d'équité, dont la souveraineté est réanimée en lui permettant de déduire le droit de la morale ; les bonnes mœurs impliquant des règles de conduite abstraites c'est au juge, en effet, qu'il appartient de les dégager et ainsi de préciser leur sphère d'action. On est donc ramené à la régulation savante du droit contractuel, à la tradition doctrinale, un passé revendiqué en rappelant que les conventions ont leur véritable base dans l'équité⁷⁷.

68. L'importance de l'apport de la science à la loi est exagérément grossie par Portalis qui n'hésite pas à affirmer : "*C'est la jurisprudence, c'est-à-dire la science du droit, qui fournit tous les matériaux à la législation*", séance du Corps législatif, 23 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 130.

69. Cambacérès, *Présentation du premier projet de Code civil à la Convention*, Fenet..., T. I, p. ciiij

70. Portalis, *Discours préliminaire...*, Fenet..., T. I, p. 465.

71. Tribun Huguet, séance du 19 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 98.

72. Tribun Faure, Corps législatif, séance du 14 ventôse An XI - 5 mars 1803, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. IV, p. 81.

73. Portalis, séance du Corps législatif, 23 frimaire An X, *Arch. Parl.*, T. III, p. 403.

74. Portalis, *Discours préliminaire...*, Fenet..., T. I, p. 479.

75. Portalis, séance du Corps législatif, 4 ventôse An XI, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. IV, p. 16.

76. Carbonnier (J.), *Traité de droit civil...*, *op.cit.*, T. I, p. 73.

77. Cambacérès, *Premier projet de Code civil...*, Fenet..., T. I, p. cxij, concluant que la loi civile doit être autant que possible "le ministre des consciences".

L'hypothèse où le juge affranchi de toute prescription positive prononce alors selon sa conscience et l'équité est bien discernée comme la part de la science à côté de la législation⁷⁸ et les justifications de la solution abondent. Le Discours préliminaire de Portalis comporte un passage dans lequel l'équité est présentée comme inévitable, dans l'impossibilité qu'existe jamais un corps de lois ayant prévu d'avance l'infinité des cas pouvant advenir et comme un bienfait. Car, est-il exposé, "*l'habitude de science et de raison*" inhérente aux juges "*adoucit et règle le pouvoir*", et, tout bien pesé, "*l'arbitraire apparent de l'équité vaut encore mieux que le tumulte des passions*"⁷⁹. Plus tard, à l'occasion de la discussion du Titre préliminaire présidant au vote des Assemblées politiques, d'aucuns appréhendent l'équité comme "*un principe universel... puisé dans la nature des choses*" - sous-entendu une institution de droit naturel -, un principe constant, reçu à toutes les époques, objet de la vénération de tous les grands auteurs de Cicéron à Puffendorf, Grotius compris, c'est-à-dire les figures historiques du jusnaturalisme⁸⁰.

Au demeurant, l'objection de l'arbitraire du juge sous couvert d'équité serait maintenant un faux problème ; elle n'est plus recevable en régime moderne car, est-il observé, les tribunaux donneront toute précision et clarté sur ce qui intéresse les bonnes mœurs "*dans un jugement motivé ; et le tribunal de cassation, régulateur suprême en cette matière maintiendra ou annulera les jugements*"⁸¹. L'équité motive une autre réflexion de Portalis intéressante en ce qu'elle ouvre une perspective inédite. S'il reprend un argument du Discours préliminaire, martelé par les orateurs intervenus dans les débats, en affirmant que "*De tous temps on a dit que l'équité était le supplément des lois*", c'est pour se livrer à un raffinement d'analyse significatif de sa conception intime de l'équité. C'est que "*le mot d'équité*", avise-t-il, est susceptible de plusieurs acceptions. Il existe effectivement l'équité judiciaire "*qui peut être définie comme un retour à la loi naturelle*", mais encore "*l'équité morale*" identifiable par "*une certaine disposition d'esprit qui distingue le juge éclairé de celui qui ne l'est pas*"⁸². La supériorité éclatante de l'équité morale révélée dans "*le juge éclairé*" signale derechef l'influence jansénisante porteuse d'une image sacerdotale de la fonction judiciaire⁸³.

78. Tribun Portiez, séance du 21 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 115.

79. *Discours préliminaire...*, Fenet..., T. I, p. 472-473.

80. Tribun Ludot, séance du 18 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 69. La vigueur de l'idéologie du droit naturel, manifeste tout au long du travail de codification, qui ne laisse pas de surprendre, invite à faire le rapprochement avec son invasion, au début de la Révolution, ayant suscité l'interrogation sur le point de savoir si le droit naturel fut une doctrine scientifique ou une arme tactique de la part de M. Thomann, "Droit naturel et Déclaration des Droits de l'Homme de 1789", in *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale*, P.U.F.- C.N.R.S.- Université d'Orléans, 1988, 2 vol., T. I, p. 65-67.

81. Tribun Demeunier, séance du 18 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 77.

82. Portalis, séance du Corps législatif, 4 ventôse An XI, 23 février 1803, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. IV, p. 15.

83. Perspective tracée par les mercuriales, notamment, d'après certaines observations de J.-P. Royer, *La société judiciaire...*, *op.cit.*, p. 93-95.

L'esquisse portalaisienne du juge éclairé est cohérente au portrait de la magistrature brossé dans le Discours préliminaire qui dénote une conjoncture idéologique en adéquation avec le contexte politique. Il s'agit, vraisemblablement, pour Portalis et pour le milieu du droit, du redressement de la fonction judiciaire et de sa dignité dont le prestige social bien terni⁸⁴ sera restauré grâce à la réhabilitation du juge professionnel et la reconstitution de son pouvoir social. Caractéristique des ajustements idéologiques et politiques est le passage suivant du Discours préliminaire : *“Dans l'état actuel de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour-propre et réveiller l'émulation. Une classe entière d'hommes se livre dès lors à cette science, et cette classe, consacrée à l'étude des lois offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes, et deviennent comme le séminaire de la magistrature. Il est trop heureux qu'il y ait des recueils et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour que l'on soit en quelque sorte dans la nécessité de juger aujourd'hui comme on a jugé hier, et qu'il n'y ait d'autres variations dans les jugements publics, que celles amenées par le progrès des lumières et par la force des circonstances”*⁸⁵. Superfétatoirement, l'accumulation des mots impliquant le professionnalisme pour caractériser l'office du juge : l'art, les connaissances, les lumières, l'expérience, fait bien présager la reconstitution d'un corps judiciaire puissant et respecté.

Les libéraux du Tribunat ne s'y sont pas trompés qui ont critiqué le Titre préliminaire du Code civil en bloc, au motif qu'il accordait une trop grande place à la science par rapport à la législation⁸⁶. C'est dire en langage direct que les rédacteurs du Code civil ont été incriminés pour leur esprit corporatiste, voire réactionnaire. Le fait est que les bonnes mœurs prêtent le flanc à ce genre de grief en illustrant un cas topique de l'accroissement du domaine de la science en régime moderne. Car l'appréciation normative souveraine des juges en ce qui les concerne ressemble à un privilège jurisprudentiel dans la mesure où il ne s'agit pas d'une compétence strictement juridique, mais d'une compétence morale et sociale d'après laquelle le juge peut se prononcer dans tel ou tel sens.

* * *

*

84. Halpérin (J.-L.), *L'impossible Code civil...*, op.cit., p. 188-189, 222-223.

85. Portalis, *Discours préliminaire...*, Fenet..., T. I, p. 471-472.

86. Andrieux, rapport au Corps législatif, séance du 23 frimaire An X, *Arch. Parl.*, 2^e série, T. III, p. 128 ; Portalis, *Défense du projet de loi relatif au Titre préliminaire*, Corps législatif, séance du 23 frimaire An X, loc. cit., p. 130-131.

En 1805, Locré, secrétaire général du Conseil d'Etat proclamait dans l'introduction de l'«*Esprit du Code Napoléon*» que le code fixait «*l'époque du retour à l'ordre, aux idées saines véritablement grandes, véritablement libérales*»⁸⁷. Si le premier terme, l'ordre, est celui retenu volontiers par la postérité⁸⁸, la contribution des juristes en ce qui le regarde est particulièrement bien illustrée par le droit des obligations à propos duquel on a remarqué que cette partie la plus individualiste du droit a été élaborée hors de toute pression politique, en toute indépendance⁸⁹.

L'inscription des bonnes mœurs dans le droit des conventions recouvre, effectivement, des enjeux sociaux, autant que moraux, dont les codificateurs, ces praticiens-politiciens, ont eu une forte perception. Enjeu social primordial que leur aptitude éprouvée à réaliser un contrôle de la société civile en fournissant au pouvoir un mode de coercition souple et subtil. Autre enjeu social la portée déontique des bonnes mœurs ; la morale étant incontestablement une notion plus large que le droit, elle est apte à fonder un éventail varié de règles.

87. Locré (J.-G.), *Esprit du Code Napoléon*, Imprimerie Impériale, 1805, p. IX.

88. Cet aspect du Code civil a pris tournure de critique courante notait au début du XXème siècle A. Boitel, «*Le Code civil et la philosophie du droit*», *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Rousseau, 1904, 2 vol., T. I, p. 47, 53.

89. Savatier (R.), *L'art de faire les lois. Bonaparte et le Code civil*, Dalloz, 1927, p. 26.