
Les bonnes mœurs en droit civil (annales 2004)

Ph. Jacques

"*Honeste vivere*" ! Telle était l'une des formules lapidaires dans laquelle se reconnurent les auteurs de l'École dite du droit naturel moderne (dont Grotius et Pufendorf). Pas moins lapidaire est celle de l'article 6 C.civ., lorsqu'il renvoie aux lois qui intéressent "les bonnes mœurs". Ces expressions parviennent néanmoins à décrire le pont que les bonnes mœurs établissent entre le fait, d'une part, et le Droit, d'autre part. Mais, puisque, par définition même, les bonnes mœurs ne peuvent être autre chose qu'un standard, vivre honnêtement (avoir des mœurs bonnes) est un programme dont le contenu est nécessairement évolutif. Le "*honeste vivere*" des jusnaturalistes du XVIII^e siècle ne peut recouvrir à l'identique les habitudes d'une vie honnête, telles que, en droit civil, on peut se les représenter, au début du XIX^e siècle : *O tempora ! O mores !*, apostrophait, il y a beau temps, Cicéron... Ainsi, on peut remarquer, aujourd'hui, que le droit pénal s'est détaché des bonnes mœurs : la sanction de leur outrage n'a-t-elle pas été remplacée par d'autres incriminations, laissant plutôt place à une répression des atteintes à la liberté des mœurs (même s'il est encore parfois question de décence) ? Si tel est le cas en droit pénal, pourquoi en irait-il différemment en droit civil ?

La libération des mœurs qui s'est produite, à la fin des années 1960, n'a effectivement pas manqué d'influencer l'idée de bonnes mœurs en droit civil. Théoriquement, cette libération pouvait avoir deux traductions. La plus radicale ? Un abandon brutal de l'idée que des mœurs puissent être bonnes ou mauvaises. La reconnaissance – interne et européenne – du droit au respect de la vie, tant privée (on pense évidemment à son intimité) que familiale, pouvait militer en ce sens. La moins radicale ? Un changement progressif du contenu et de la fonction des "bonnes mœurs". Or, on constate, en 2004, que toutes les pratiques de vie ne sont pas civilement admises; il n'est que de songer, pour s'en convaincre, à la réprobation civile de l'adultère... C'est donc que la libération sociale des mœurs n'a pas totalement emporté, avec elle, l'idée de "bonnes mœurs" en droit civil; elle l'a seulement affectée. Pour en rendre compte, il faut rappeler le point de départ : classiquement, les bonnes mœurs concernaient essentiellement les pratiques sexuelles, le jeu et, de façon plus indirecte, certains modes de vie familiaux. Partant, la libéralisation de la société française, jointe à l'influence décroissante du christianisme sur celle-ci, ont retenti sur les bonnes mœurs. À l'aide d'une formule, on pourrait dire que, aujourd'hui, les bonnes mœurs sont aujourd'hui passées de la chambre à coucher au salon. Elles intéressent moins les consciences et plus les conséquences de certains comportements.

Ainsi, si les bonnes mœurs ont longtemps servi à contrôler des intentions, si, classiquement, elles ont pu emporter une forme d'inquisition des consciences (en ce sens, on pourrait quasiment évoquer un devoir d'avoir de bonnes mœurs), il n'en va plus ainsi¹. Certes, les mœurs demeurent (vérité d'évidence !) et les textes civils qui y renvoient n'ont pas été abrogés (ce qui allait moins de soi). Mais, la coloration et, surtout, le rôle des "bonnes mœurs" ont changé. Avec moins d'ambition (mais peut-être plus de réalisme), le droit civil, après avoir longtemps fait de l'adoption de bonnes mœurs un devoir individuel (**I**) semble

¹ Rapp. D. FENOUILLET, "Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique !", *Le droit privé à la fin du XX^e siècle. Études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 487; compl., pour l'intérêt, D. LOSCHAK, "Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique", in *Les bonnes mœurs*, J. Chevallier [dir.], PUF, 1994.

désormais, en effet, non pas tant sanctionner des mauvaises mœurs en elles-mêmes, mais seulement assurer une protection contre les conséquences néfastes pour autrui de mauvaises mœurs (II).

I – Le devoir individuel d'avoir de bonnes mœurs

Pendant longtemps en droit civil, les bonnes mœurs ont semblé diriger les consciences (A). Comme en retour, cette perception des bonnes mœurs suscite aujourd'hui une réaction de défiance (B).

A. Les bonnes mœurs dirigeant les consciences

Les bonnes mœurs jettent un pont qui semble relier l'individu et la société. C'est parce que les bonnes mœurs seraient le ferment d'une bonne société (1) que semblait justifiée une police des consciences individuelles par leur biais. On comprend ainsi que, classiquement, les bonnes mœurs aient été perçues comme une projection de la morale dans le Droit (2).

1 / Les bonnes mœurs, ferment d'une bonne société

Les bonnes mœurs, présentes en droit romain, persistantes dans l'Ancien droit, retenues en 1804, n'ont pourtant jamais reçu de définition précise. C'est ainsi que, à l'article 6 C.civ., les codificateurs ont repris une formule de Domat ("les promesses qui violent les lois ou les bonnes mœurs n'obligent à rien qu'aux peines que peuvent mériter ceux qui les ont faites"), sans y préciser ce que recouvraient ces "bonnes mœurs". Pour autant, leur idée était assez simple. Il s'agissait, au travers de l'exigence d'avoir de bonnes mœurs, de régir la vie privée des individus. Il n'est que de convoquer Portalis pour s'en rendre compte, lui qui déclarait : "notre objet a été de lier les mœurs aux lois, et de propager l'esprit de famille qui est si favorable, quoiqu'on en dise, à l'esprit de cité [...] Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques; et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils, qui font les bons citoyens". Cette idée de direction des mœurs générale se retrouve clairement à l'art. 900 C.civ., mais aussi, par indécision de raison, à l'art. 1172. Elle n'est pas, non plus, absente des art. 1133 et 1387 C.civ.

L'idée de diriger les consciences n'a pas disparu par la suite. À l'art. 3 de la loi du 1^{er} juill. 1901, relative au contrat d'association, il est en effet prévu que "Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs [...] est nulle...". Cette idée apparaît également à l'évidence dans quelques textes plus récents. C'est ainsi que, à partir de 1973, selon l'article 21-233 C.civ., "Nul ne peut être naturalisé s'il n'est pas de bonne vie et mœurs...". Hors le Code civil, les bonnes mœurs semblent partager ce rôle de modélisation de la société. C'est en ce sens que l'art. L. 511-7 du Code de la propriété intellectuelle décline toute protection aux "les dessins ou modèles contraires [...] aux bonnes mœurs" (aj. art. L. 512-2 CPI) et que l'art. L. 611-17 de ce Code fait de la conformité d'une invention aux bonnes mœurs une condition de sa brevetabilité (précisant, au passage, qu'une invention n'est pas contraire aux bonnes mœurs "du seul fait qu'elle est interdite par une disposition législative ou réglementaire"). Derrière les bonnes mœurs classiques réside donc un contrôle des intentions, au travers d'une forte exigence morale.

2 / Les bonnes mœurs, projection de la morale dans le droit civil

Au XX^e siècle, une doctrine très catholique (Ripert, Josserand, Capitant) s'attache à caractériser les bonnes mœurs, spécialement au travers de la notion de cause subjective en matière contractuelle (le mobile impulsif et déterminant). Il est piquant de relever que ces auteurs, par ailleurs partisans de l'autonomie de la volonté, déclinaient en même temps toute compétence à la loi pour encadrer les volontés individuelles ! Leur dessein était donc plus moral que légal. Capitant, dans *De la cause des obligations*, tente d'articuler les art. 6 et 1133 C.civ. Selon lui, l'article 6 ne frappe pas de nullité "les conventions qui, *sans violer aucune prescription déterminée*, sont cependant immorales ou contraires à l'ordre public". La référence faite aux bonnes mœurs s'entendrait ainsi d'un complément possible de l'ordre public textuel. Néanmoins, cette analyse ne résiste pas à la reconnaissance d'un ordre public virtuel qui n'emprunte aucunement aux bonnes mœurs sa justification (Civ. 4 déc. 1929, S. 1931.1.49). Aussi bien fallait-il chercher ailleurs ce que sont les bonnes mœurs du droit civil. À en croire Ripert, elles seraient la projection dans le Droit de considérations morales, constituant un moyen à la disposition du juge pour "assurer l'observation de la règle morale". Cette idée de frein à l'expansion des volontés individuelles, lorsque celles-ci heurtent une règle morale qui n'est pas directement traduite par un texte de droit positif, a longtemps été reçue. Cependant, Bonnetant objectait que cette morale idéale, auxquelles les bonnes mœurs semblaient renvoyer, n'était pas uniquement enregistrement des pratiques usuelles dans une société. En effet, devant ces pratiques, le juge devait-il se plier, sans jamais tenter de les diriger ? On voit ainsi poindre une opposition entre plusieurs conceptions des bonnes mœurs : une conception sociale – sinon sociologique – (les bonnes mœurs sont déterminées par le fait social et s'expriment au travers de l'opinion publique); une conception purement objective (les bonnes mœurs sont ce que le législateur estime moralement impérieux; à quoi on objecte que, alors, l'ordre public englobe les bonnes mœurs...); une conception essentiellement psychologique (celle de Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, sp. n° 23). Cette dernière – moralisante pour ne pas dire moralisatrice – qui est recherche d'intention profonde, s'est spécialement inscrite en matière de cause subjective, de cause du contrat. C'est grâce à elle que peuvent être frappés d'une nullité absolue les actes juridiques dont l'une des parties poursuit une fin immorale (indépendamment du point de savoir, désormais, si son cocontractant la connaissait ou la partageait (Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, *Defrénois* 1999.602). C'est, cette fois, pour dissuader d'avoir de tels desseins ou de les mettre à exécution que les restitutions consécutives au prononcé d'une nullité sont parfois paralysées, en application des adages *nemo auditur propriam turpitudinis allegans* ou *in pari causa cessat repetitio*.

Mais, cette direction de conscience que permettaient les bonnes mœurs s'est heurté à la libéralisation de la société et, corrélativement, de son Droit (civil en l'occurrence).

B. Les bonnes mœurs suscitant la défiance

C'est tout d'abord un constat : à maints égards, le rôle dévolu ouvertement aux bonnes mœurs en matière civile diminue (1). Au-delà apparaît la justification de ce recul des bonnes mœurs, qui tient essentiellement dans le développement des libertés individuelles (2), lesquelles s'opposent à une direction généralisée et uniformisée des modes de vie.

1/ Le reflux du recours bonnes mœurs

(les idées et les exemples, seuls, figurent dans les développements qui suivent, lesquels sont cependant structurés)

Reflux en jurisprudence :

- Admission de l'existence d'une obligation naturelle à la charge du concubin à l'égard de sa compagne, après la rupture de leur relation : Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1959
- Reconnaissance de l'existence d'un préjudice moral par ricochet de la concubine du fait du décès accidentel de son concubin, en cas de concubinage simple : Ch. mixte, 27 fév. 1970, arrêt Dangereux
- Reconnaissance de l'existence d'un préjudice moral par ricochet de la concubine du fait du décès accidentel de son concubin, en cas de concubinage adultère : Crim., 14 juin 1973
- Validité d'une libéralité adressée à une concubine adultère et qui exhérède pourtant l'épouse bafouée : Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999 (*Bull.* 1999, I, n° 43, p. 29; *JCP* 1999.I.143 et 152; *JCP* II.10083; *D.* 1999.267; *Dr. famille* 1999.comm.54; *Defrénois* 1999.680 et 738). Dans cette décision, rendue au double visa des art. 1131 et 1133 Cciv., jugé que "n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire." Où l'on voit que l'adultère, pourtant contraire au droit et que la rétribution de relations sexuelles, pourtant contraire à la morale sociale, n'entachent pas d'immoralité la cause d'une libéralité entre personnes liées par un commerce sexuel, quoique l'une d'elles fut déjà engagée dans les liens du mariage. Après cela, on est en droit de se demander ce qui subsiste de l'idée de bonnes mœurs. D'autant que le mouvement de reflux n'est pas seulement jurisprudentiel.

Reflux dans la législation :

- Validité du contrat d'assurance sur la vie, malgré l'idée d'une spéculation sur la vie et sur la mort, sans parler du risque de *votum mortis* : art. L. 131-1 C.assurances
- Validité du contrat de courtage matrimonial : loi n° 89-421, du 23 juin 1989 (*ALD* 1989 1989.245; *JCP* 1990.I.3422)
- Dans les grandes réformes du droit de la famille (incapacités, filiation, régimes matrimoniaux, divorce) qui ont eu lieu entre 1964 et 1975 et alors que ces domaines formaient, originellement, le cœur même des bonnes mœurs, aucune référence explicite n'est faite aux bonnes mœurs. La volonté du législateur (ici, spécialement, de J. Carbonnier) était de ne pas donner une coloration morale aux règles qu'il édictait. Achèvement de ce reflux :

- PACS et concubinage ont fait leur entrée dans le Code civil (L n° 99-994, du 15 nov. 1999), même lorsque cette union, de droit ou de fait est scellée entre deux personnes du même sexe (art. 515-1 et 515-8 C.civ.).

Si le recours aux bonnes mœurs ne semble plus de mise en droit civil, c'est pour la raison que, dans leur conception traditionnelle au moins, elles sont devenues incompatibles avec l'affirmation progressive d'un droit de l'individu à l'autodétermination de ses mœurs.

2/ La mise à l'écart des bonnes mœurs par l'affirmation des libertés individuelles

Comment expliquer que les bonnes mœurs, si importantes dans le Code civil (la place de l'art. 6 n'est pas fortuite) ont-elles pu si rapidement cesser d'influencer ouvertement le droit civil ? L'explication en est proposée par un auteur. Selon Mme FENOUILLET (art. préc., p. 494) "la liberté de la vie privée renvoie la détermination des mœurs au non-droit". On mesure en effet aisément l'antagonisme qui oppose la vie privée, dont le respect ne cesse d'être affirmé à partir de 1970 aux bonnes mœurs, entendues d'une exigence visant à diriger les consciences.

Concrètement, cela se traduit notamment par la fin du modèle unique de la famille légitime unie, laquelle pouvait donner un modèle de ce qu'étaient les bonnes mœurs familiales. Désormais, la liberté de la vie familiale a remplacé sa modélisation morale. Plus largement (donc même en dehors de la sphère familiale), le principe est désormais à la liberté de la vie privée (affirmé par l'art. 9 C.civ., mais aussi dans le cadre des droits du travail, pénal, constitutionnel ou européen : l'art. 8 Conv. EDH est le siège du droit de toute personne à la liberté de sa vie privée et familiale, tout en admettant certaines limites, lorsqu'elles sont nécessaires à la protection des droits et libertés d'autrui). Les mœurs relevant incontestablement de la vie privée, la liberté de celle-ci ne pouvait pas entraîner un affaiblissement de celles-là. Précisément, les corollaires de la vie privée que sont les droits au secret et de se déterminer librement et individuellement ont consommé la rupture avec les bonnes mœurs dans la version la plus inquisitoriale. Ainsi, il est admis par les plus hautes juridictions que la sexualité relève d'une sphère dans laquelle l'individu est libre de ses choix (C.const., 9 déc. 1999, *JCP* 1999.II.20173, à propos du pacte civil de solidarité).

Mieux : ce sont, depuis 1985, les discriminations en raison des mœurs qui sont pénalement sanctionnées (art. 225-1s. C.pén., dans l'idée, au-delà de sa lettre, de préserver la liberté des mœurs sexuelles, spécialement homosexuelles), ce qui ne peut pas ne pas retentir sur les "bonnes mœurs" en droit civil, sur leur influence et leur rôle. On peut alors se demander, par exemple, si le refus du mariage entre deux personnes du même sexe, que rien n'exclut expressément dans le Code civil, ne constitue pas encore une discrimination en raison des mœurs en droit civil, discriminations que, par ailleurs, le droit pénal réprime... Et personne n'aurait beau jeu à alléguer une coutume contraire au mariage homosexuel, si les bonnes mœurs (entendues alors d'une norme d'origine coutumière) ne peuvent rien face à la liberté de la vie privée !

Dira-t-on cependant que, la loi de 1970, introduisant l'art. 9 du C.civ. ainsi que la ratification de la Conv. EDH par la France, ont emporté l'abrogation tacite de l'art. 6 du même Code, au moins lorsqu'il renvoie aux bonnes mœurs ? Ce serait aller trop loin : la protection de la vie privée (individuelle ou familiale) n'est en effet pas sans borne et on cherche quel juge sanctionnera un bailleur refusant de louer à une personne qui entend faire commerce de son corps ou organiser des tables de jeu dans les lieux dont elle souhaite jouir. Toute référence aux bonnes mœurs n'a peut-être pas disparue, même si cette notion et son rôle ont évolué.

II – La protection contre les conséquences néfastes pour autrui de mauvaises mœurs

La montée des libertés individuelles a mis à mal la direction classique des consciences individuelles par le moyen des bonnes mœurs. Et c'est à peine si l'on ose encore parler des "bonnes" mœurs sans risquer de passer pour rétrograde ! Pour autant, l'idée que certaines mœurs sont mauvaises n'a pas totalement désertée le droit civil. Simplement, il y est moins question de les sanctionner pour elles-mêmes que de protéger ceux qui pourraient en souffrir. Autant dire que le regard sur les mœurs a changé : ne sont plus tant considérées les bonnes mœurs que celles qui apparaissent mauvaises (**A**) et elles ne sont plus jugées mauvaises pour l'individu (ce serait heurter la liberté de sa vie privée), mais pour ceux qui l'entourent (**B**).

A - Des bonnes aux mauvaises mœurs

Que les mœurs soient susceptibles de jugement, nul n'en doute (et rares sont ceux qui se privent de porter des jugements de cet ordre...). Mais qu'elles puissent, en droit civil, être qualifiées de "bonnes", voilà qui semblerait, aujourd'hui, contraire aux libertés individuelles. Cependant, rayer un adjectif du vocabulaire du droit ne suffit pas à faire disparaître la réalité ! Ainsi s'explique que, si l'idée de bonnes mœurs n'est plus guère en vogue ou de mise, le droit civil n'ignore cependant pas l'existence de ce qu'il considère comme de "mauvaises mœurs". Ceci se vérifie très clairement en matière matrimoniale (**1**) ou en présence d'un enfant (**2**)

1 / La prise en compte des mauvaises mœurs en matière matrimoniale

(les idées et les exemples, seuls, figurent dans les développements qui suivent, lesquels sont cependant structurés)

- Le devoir de sincérité pré-nuptiale des futurs époux, vue au travers de la nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles d'un époux (art. 180 C.civ.), spécialement lorsque ces qualités sont d'ordre moral; on pense alors immédiatement à l'existence d'une liaison passée avec un tiers, liaison dont rien ne démontre qu'elle a cessé (Rennes, 11 déc. 2000, *Dr. famille* 2001, comm. n° 67), à la qualité de divorcé de l'un des futurs époux (Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, *RTD civ.* 1998.659) de prostituée (TGI Paris, 13 fév. 2001, *Dr. famille* 2002, comm. n° 1) ou à l'homosexualité non révélée par l'un des futurs époux à l'autre. Si la nullité peut alors être prononcée, ce n'est plus à raison de mauvaises mœurs de l'époux qui n'a pas renseigné, mais du fait de l'ignorance de ces mœurs et de leurs conséquences sur son conjoint.

- Le devoir conjugal (sur la sexualité entre époux, cf. BRUGIERE, *D.* 200.chr.10) : la non consommation du mariage ou, à l'inverse, l'excès d'appétit d'un des époux continue à pouvoir être pris en compte dans le cadre du divorce (pas d'abstinence en mariage, mais sanction du viol entre époux à l'opposé : CEDH, 22 nov. 1995). S'agissant des violations tenant aux mœurs des devoirs et obligations nés du mariage, on est logiquement amené à évoquer l'adultère.

- Le devoir de fidélité des époux : certes, l'adultère a cessé, depuis 1975, d'être une cause péremptoire de divorce; certes, la place de la faute dans le nouveau divorce (la loi nouvelle entrera en vigueur le 1^{er} janvier prochain) est en régression. Mais il n'en reste pas moins que la faute en général n'a pas été supprimée et que l'adultère en

particulier, apprécié par le seul époux bafoué, peut, à ses yeux, rendre intolérable le maintien de la vie commune.

2 / La prise en compte des mauvaises mœurs en présence d'un enfant

(les idées et les exemples, seuls, figurent dans les développements qui suivent, lesquels sont cependant structurés)

- Dans le cadre de l'action à fins de subsides (art. 342s. C.civ.), l'idée affleure encore qu'avoir de mauvaises mœurs (en l'occurrence, entretenir des relations sexuelles hors mariage) peut exposer un homme à être débiteur. L'idée est confortée par la possibilité reconnue au juge d'octroyer, outre ces subsides, des dommages-intérêts à l'enfant ainsi conçu. Certes, aujourd'hui, les tests génétiques semblent rendre inutile cette action et, partant, faire disparaître *de facto* la présomption de mauvaises mœurs qui justifie la condamnation de l'homme qui pourrait être le père d'un enfant naturel. Ce n'est pourtant pas le seul exemple des conséquences civiles attachées à de "mauvaises" mœurs.

- Lorsque la moralité d'un mineur non émancipé est en danger, le juge des enfants a les moyens d'ordonner des mesures d'assistance éducative (art. 375 C.civ.). Ce n'est pas que les propres mœurs du titulaire de l'autorité parentale sur l'enfant doivent être bonnes. C'est, plus simplement, qu'elles ne doivent pas être mauvaises. Et encore : il n'importe pas aux juges des enfants que ces mœurs soient mauvaises pour le parent à la vie dissolue (par définition, il ne connaît que de l'intérêt de l'enfant); seul compte les conséquences d'une telle vie sur l'éducation de l'enfant. La même idée se retrouve à l'article 373-2-1 C.civ., al. 2 : supprimer le droit de visite et d'hébergement du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale sur l'enfant à raison de ses mœurs personnelles (les "motifs graves" que visent cet article) ne revient pas à juger le comportement du parent "indigne" pour lui-même, mais seulement en ce qu'il est mauvais et susceptible de nuire à l'éducation de l'enfant.

On le voit donc : le passage des bonnes mœurs aux seules mauvaises mœurs, qu'imposait le droit au respect de la vie privée et de son intimité s'est aussi accompagné d'une finalité quelque peu différente des mœurs : elles ne servent plus à modifier la conscience d'une personne, mais à restreindre les conséquences possibles de ses mauvaises mœurs.

B - Des mœurs mauvaises non pas pour l'intéressé mais pour son entourage

Si, à titre principal, la prise en considération des mauvaises mœurs ne s'effectue plus pour redresser des torts (vision individuelle), mais pour éviter des dommages (vision collective) (1), il n'en demeure pas moins que, par certains aspects résiduels et à titre exceptionnel, la conception classique des bonnes mœurs conserve encore quelques applications (2).

1/ La prise en compte des mauvaises mœurs pour leurs répercussions au-delà de l'individu dissolu

On l'a vu : le parent dont les mauvaises mœurs, à les supposer discrètes, ne mettent pas en danger la santé physique ou mentale de son enfant échappe à toute réprobation

civile. De même, l'époux volage, mais que son conjoint accepte comme tel, est parfaitement libre de maintenir son libertinage (l'adultère ayant cessé d'être un délit pénal depuis 1975; il n'intéresse, en somme, que la représentation individuelle que chacun se fait de la fidélité dans le couple). Mais, ces propositions sont réversibles : à l'instant qu'une personne a de mauvaises mœurs, le droit civil peut réagir mais dans le seul but de protéger autrui des conséquences de ces mœurs-là, rien d'autre (en cas de danger pour un enfant; devant la déception d'un conjoint, etc.).

L'idée de ne prendre en considération que les mauvaises mœurs et, encore, seulement pour ce qu'elles pourraient causer de tort à autrui est, du reste, largement répandue. C'est à travers elle que l'on peut expliquer que soit encore scrutée la moralité d'une personne à laquelle une fonction particulière doit revenir. Cela revient, en effet, à se méfier des conséquences possibles de ses habitudes de vies, potentiellement incompatibles avec sa fonction, sans chercher à sanctionner ses mœurs pour et par elles-mêmes. Tel est le cas de l'expert agréé pour les ventes de meubles aux enchères publiques (art. L. 321-34 C.com.), de certains médiateurs (art. 131-5, 2° NCPC; art. R. 324-2, 2° CPI), de personnes qui voudraient réaliser des prestations de formation professionnelle continue (art. L. 920-4, 2° C.trav.).

De mauvaises mœurs qui ne porteraient pas à conséquence au-delà de celui qui les adopte semblent donc aujourd'hui devoir échapper au droit civil. Le principe de la liberté de mœurs est à ce prix. Mais tout principe comporte quelques exceptions...

2/ La place exceptionnelle réservée aux bonnes mœurs

Exceptionnelle, cette place l'est indubitablement. On ne peut, en effet, citer que quelques rares exemples d'application récente des bonnes mœurs au sens classique. Néanmoins, et ce serait alors une autre vision, très élargie, des bonnes mœurs, il n'est pas certain qu'elle ne soit pas encore recherchée au travers d'autres notions, c'est-à-dire de manière désormais indirecte.

Certains auteurs ont, il est vrai, évoqué un retour de l'ordre moral, à propos d'une décision de la Cour de cassation ayant refusé l'indemnisation des dommages matériels subis par une personne, incapable de travailler après un accident mais dont les revenus antérieurs n'étaient pas déclarés (Civ. 2^e, 24 janv. 2002). Plus largement, dans le sens d'un retour des bonnes mœurs, semble se développer en doctrine l'idée d'indignité de la victime : à chaque fois qu'une personne a subi une atteinte dans une situation qui n'est pas protégée par le Droit, elle ne pourrait obtenir de ce Droit réparation. Cependant, on observera que, sur ce chemin, la Cour de cassation a très nettement retenu que l'adage *nemo auditur* ne s'appliquait pas en matière de responsabilité délictuelle (Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1993, *RTD civ.* 1994.115). Par ailleurs, il n'est pas sûr que la morale ait grand chose à voir dans le refus de replacer, par équivalent, une personne dans une situation, lorsque cette situation était illicite ! Demeurent cependant aujourd'hui encore contraires aux bonnes mœurs les libéralités faites dans la perspective de nouer une relation sexuelle avec le gratifié; également, le refus de faire produire effet à la

polygamie par l'ordre juridique français (mais, s'agit-il encore de simples bonnes mœurs ou, plutôt d'une contravention à l'ordre public international français ?). Le domaine d'application des bonnes mœurs traditionnelles est donc exceptionnel. La cour européenne des droits de l'Homme ne le dément pas qui, malgré sa position, refuse de voir une atteinte à la vie privée dans le fait qu'un État sanctionne des comportements sado-masochistes, même librement consentis par leur victime (CEDH, 19 fév. 1997). Enfin, il n'est pas exclu que des contractants fassent des bonnes mœurs un élément déterminant de la formation ou de la résiliation d'e leur accord (Ass. plén., 19 mai 1978, *D.* 1978.541; Soc., 17 avr. 1991, *JCP* 1991.II.21724). Hormis ces exceptions, feues les bonnes mœurs ?

Dans une conception élargies de celles-ci, il n'est peut-être pas exclu de les retrouver, sous les réserves précédemment énoncées et qui tiennent à la liberté de vivre sa vie comme on l'entend, dans le modèle du bon père de famille, qu'il soit contractant ou non, voire au travers de l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions (la Cour de cassation n'y a-t-elle pas vu la justification d'une "obligation" (*sic*) de probité ?

Requiem ou simple interlude pour les bonnes mœurs ? Telle semble être l'interrogation finale au sujet des des bonnes mœurs, hier inquisitrices, aujourd'hui effacées (mais pour combien de temps ?). La question se pose alors de savoir ce qui pourrait les remplacer dans leur office, tant ce dernier n'était pas dénué d'intérêt. L'apparition du concept de dignité humaine, lequel ressortit évidemment à l'ordre public, pourrait-il être à même de relayer les bonnes mœurs déclinantes ? Certains le prétendent. Ce serait ainsi, tout à la fois réhabiliter la prise en compte positive des bonnes mœurs, tout en ne revenant pas sur la libéralisation de la société française post-moderne.

Philippe JACQUES
Maître de conférences
1^{er} juill. 2004