



HAL
open science

La Cour de cassation, des bonnes moeurs à la dignité humaine ?

Frédéric Charlin

► **To cite this version:**

Frédéric Charlin. La Cour de cassation, des bonnes moeurs à la dignité humaine?. Le juge dans l'histoire : entre création et interprétation du droit, Jun 2014, Ljubljana, France. hal-01927069

HAL Id: hal-01927069

<https://hal.science/hal-01927069>

Submitted on 19 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La Cour de cassation, des bonnes mœurs à la dignité humaine ?*

L'art de définir contraint parfois les juristes à accepter que « certaines matières soient rebelles à la définition »¹, même si une simple délimitation s'accommode de filiations pertinentes. Les bonnes mœurs n'ont pas de définition précise en droit civil ; indissociables de l'ordre public, elles portent essentiellement sur la vie privée². Les articles 6 et 1133 du Code civil³ en font un instrument de moralisation du contrat sous peine de nullité absolue, comme dans d'autres droits européens⁴. Les bonnes mœurs traduisent dans la règle de droit une certaine moralité⁵, la « normalité » durkheimienne écartant les comportements très minoritaires. L'utilisation des bonnes mœurs par les juges au XIX^e siècle montre la nature des liens entre de vieilles coutumes, une tradition civiliste et l'ordre public moderne. Ce n'est pas une notion purement conservatrice, dès lors qu'elle accompagne l'évolution d'un ordre moral jamais définitivement fixé. La notion 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 [...] »⁶. Objectivement, les bonnes mœurs apparaissent moins identifiables au juriste qu'au sociologue.

Le culte légaliste au début du XIX^e siècle, malgré la survivance de coutumes régulièrement invoquées dans les prétoires, imprime la marque du Code civil. La conception révolutionnaire de la loi englobe l'ensemble des rapports sociaux dans une nouvelle morale civique, alors que les mœurs chères à Portalis relèvent de la vie privée comme dans l'ancien droit. Pour les Conventionnels, de bonnes lois favorisent de bonnes mœurs. En retrait de cette prétention, les codificateurs ne voient dans cette notion qu'un complément de la loi, laquelle tire sa source du fait social autant que du contrat rousseauiste. L'approche réaliste contraste avec un

* La présente contribution s'inscrit en continuité d'une étude antérieure (« L'honneur et les bonnes mœurs devant la Cour de cassation, entre vieilles coutumes et ordre public (1800-1850) », in M. A. CHAMOCHO (dir.), *Droit et mœurs. Implication et influence des mœurs dans la configuration du droit*, Université de Jaén, 2011, p. 83-106).

¹ G. CORNU, rapport de synthèse, in *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires (suite et fin)*, *Revue de la Recherche Juridique*, 1987, 4, p. 1175-1185.

² L'expression « bonnes mœurs », *boni mores* en latin, renvoie aux « bonnes habitudes de vie ». La notion est entendue en droit comme « un consensus social (dont le fondement rationnel est incertain) se cristallisant autour d'interdits communément admis, et ce plus particulièrement dans le domaine des mœurs sexuelles » (B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, 2005, p. 8). Les versions contemporaines du dictionnaire *Larousse* définissent les bonnes mœurs comme un ensemble de règles imposées par une certaine morale sociale, reçues en un temps et un lieu donnés.

³ Les articles 900, 1131 et suivants, 1172 et 1387 du Code civil sont d'importance égale en la matière.

⁴ Le cas de la Suisse est intéressant, faisant l'objet d'une thèse avec une dimension comparatiste sur les bonnes mœurs dans les droits français, allemand et italien (J. B. ZUFFEREY-WERRO, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs*, thèse droit, Fribourg, EUF, 1988). L'auteur délimite avec rigueur la notion de bonnes mœurs, qui n'est ni « une porte de secours juridique », ni « un fourre-tout » (p. 1).

⁵ Quand le *ius* était encore défini comme la recherche du « juste », les bonnes mœurs indiquaient ce que le juge devait découvrir comme gardien de la tradition. Or, la réduction du droit à un ensemble de « règles » et la professionnalisation des juristes ont contribué à séparer le droit et les mœurs. Les « bonnes mœurs » ont donc joué un rôle secondaire l'exercice de la justice, le juge lui-même ne représentant plus dans la communauté l'homme vertueux.

⁶ E. GERAUD-LLORCA, « L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil », in *Les bonnes mœurs*, 1994, PUF, p. 62. L'auteur défend une vision linéaire de l'évolution des bonnes mœurs, qui n'auraient pas complètement disparu y compris dans le droit intermédiaire. Egal. J. FOYER, « Les bonnes mœurs », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 509-515. L'auteur refuse de voir un détachement total des deux notions ; les bonnes mœurs pourraient même fonder la dignité humaine en « historicité ».

messianisme légaliste censé parfaire les hommes⁷. L'intérêt porté à l'enfant n'est alors que le vecteur d'une discipline guidant la famille incarnée par son chef. Le droit politique et le droit civil, séparés en 1789, légitiment le père de famille comme pilier de la société. Variable dans le temps, le contenu normatif des bonnes mœurs est tributaire de l'approche prétorienne. La jurisprudence en la matière est relativement stable au XIX^e siècle, tant par le nombre de cas traités que le fond des décisions. L'approche judiciaire devient ensuite plus confinée, en raison de cas résiduels d'application. Le constat objectif du déclin des bonnes mœurs⁸ laisse une place grandissante au développement d'une autre notion, la dignité humaine, animée par une logique libérale et dont l'application procéderait « non par exclusion mais par insertion »⁹. La notion apparaît floue, voire mystérieuse¹⁰. Etymologiquement, « dignité » renvoie à la *dignitas* antique, procurée par le rang ou le statut social. Qualité propre aux dignitaires, elle recouvre l'idée générale de respect et d'honneur¹¹. Le mouvement ultérieur de conceptualisation de la dignité est commun aux trois cultes monothéistes¹², alors que ses définitions juridiques prétendent échapper aux approches religieuses et philosophiques. C'est surtout Kant qui s'intéresse à la dignité sous la forme du concept juridique. La vision actuelle est l'aboutissement d'un processus de laïcisation et de subjectivisation du droit¹³ : la dignité humaine est une notion ontologique reliée aux droits (interne et international) de l'homme. Divers textes condamnent les actes contraires à la dignité sans définition nécessaire¹⁴. Essence de l'humanité, elle permet de distinguer les hommes des autres êtres vivants. Elle est également commune à l'humanité. Elle oblige au respect de l'homme, pour lui-même et son alter ego¹⁵. Notre délimitation interroge la part respective du droit positif et du droit naturel dans l'épistémologie. « Alors que la dignité remettait à l'ordre du jour le jusnaturalisme, sa

⁷ Le *Discours préliminaire* de Portalis rappelle que « les vertus privées font 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 ».

⁸ *Op. cit.* ; A. LAINGUI, « Est-il encore possible d'outrager les bonnes mœurs ? », in B. TEYSSIE (dir.), *L'honnête homme et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer*, LGDJ, 2000, p. 235-252.

⁹ D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 516.

¹⁰ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse droit, Montpellier, Doc. fr., CERIC, 1999, p. 345.

¹¹ C'est l'acception de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans son art. 6. Les « dignités » s'attachent à une fonction ou à une institution.

¹² Sur ces questions, v. S. GABORIAU, H. PAULIAT (textes réunis par), *Justice, éthique et dignité*, actes du colloque de Limoges, 19-20 nov. 2004, PU Limoges, 2004, en part. les contributions de X. Bioy (au sujet du christianisme) et N. Baccouche (concernant l'islam).

¹³ C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 23-27. Les approches française et allemande de la dignité humaine sont assez proches, alors que la notion est très différente en droit américain (*ibid.*, p. 145-175). En Allemagne le rôle de la doctrine, plutôt acceptée comme source de droit, est plus marqué dans le travail juridictionnel. La dignité humaine constitue à la fois un droit subjectif fondamental (même si la doctrine n'est pas unanime là-dessus) et un principe objectif d'interprétation, servant de correcteur à une interprétation insuffisante de la Loi fondamentale. La dignité joue ici le rôle d'un concept dynamique, comme dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

¹⁴ B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP*, 1999, n°1, p. 197-233, p. 198. L'auteur souligne l'étonnement légitime lié à une « absence de formulation juridique explicite » de la dignité, malgré son influence ancienne sur la norme. Il cite par exemple le décret d'abolition de l'esclavage du 27 avril 1848, « considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine [...] ».

¹⁵ Cette définition renvoie à la jurisprudence *Morsang-sur-Orge* du Conseil d'Etat (CE, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *AJDA*, déc. 1995, p. 942 ; G. LEBRETON, *Ordre public, ordre moral et lancer de nain*, *D.* 1996, *jurisp.*, p. 177). Les auteurs s'exprimant sur cette affaire (O. Cayla, B. Mathieu, B. Edelman, entre autres) en adoptent tous une lecture différente. L'arrêt *Perruche* du 17 novembre 2000, qui ne fait aucune référence textuelle à la dignité, a donné lieu à une discussion entre les mêmes auteurs sur le thème de la dignité (O. CAYLA, Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître*, Gallimard, coll. « Débats », 2000).

consécration dans l'ordre juridique participe à un triomphe du positivisme juridique. La dignité ne sera que ce que le droit veut qu'elle soit. [...] Le respect de la dignité ne sera que ce que le droit veut qu'il soit. »¹⁶. La dignité humaine jouerait un peu le rôle des *regulae iuris* dans l'ancien droit¹⁷.

Aborder une telle notion en histoire du droit revient à considérer la jurisprudence, parfois très récente, autant que la doctrine. L'apparition de la dignité humaine en droit positif soulève des questions qui écrasent le temps, stimulant notre besoin de comprendre un assemblage rationalisé *a posteriori*. Idée « reçue » par le droit moderne, importée de la philosophie et de la religion, la dignité humaine est confiée au juge comme norme directrice de protection de l'humanité quand la loi n'y suffit plus. La dignité doit garantir à l'homme d'être toujours traité en citoyen. Le rôle de la dignité est ambivalent, servant autant à protéger l'individu contre la société grâce aux droits subjectifs (« droits-créances ») que la société contre l'individu, au nom de l'humanité (jurisprudence du lancer de nain)¹⁸. Vecteur d'une meilleure utilisation des droits de l'homme, la dignité humaine complète et renouvelle le droit positif¹⁹. L'emploi universalisé du terme est fédérateur : son invocation permet d'anticiper de possibles atteintes à la personne humaine.

Dans un esprit transversal, publicistes et privatistes ont problématisé la notion, partant de sa vocation à régénérer un ensemble de droits et de principes²⁰. La doctrine civiliste a redoublé d'intérêt depuis les lois « bioéthique » de 1994²¹. Le respect de la dignité est étranger au consentement de l'intéressé (ou victime) au nom de l'indisponibilité du corps humain²². Reconnu par la Cour de cassation à travers la prohibition des conventions de mère porteuse en 1991²³, ce dernier principe d'inspiration jusnaturaliste repose sur la dignité humaine²⁴. Comme D. Fenouillet il faut admettre que « la dignité sous-tend ainsi presque tout le droit, ce qui a fait dire à la doctrine qu'elle était la “véritable toile de fond de notre droit privé” »²⁵. La dignité humaine est rangée à tort ou à raison parmi les principes fondamentaux

¹⁶ F. MBALA MBALA, *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, thèse droit, Lille, 2007, p. 416. La séparation du droit et de la morale, qui a favorisé l'émergence des droits subjectifs, n'est jamais définitive. La morale reste une notion fluctuante, qui garde sa vocation à intégrer le droit positif pour mieux le réguler à un moment donné.

¹⁷ Sur les *regulae iuris*, v. D. DEROUSSIN, « Remarques sur les *regulae iuris* et les principes en droit (Temps Modernes) », *RHDFE*, 2012, 2, p. 195-235.

¹⁸ *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, op. cit., p. 241 et s. La première acception est ici privilégiée involontairement par le choix de la Cour de cassation comme sujet d'étude.

¹⁹ La parité hommes-femmes est fondée sur une interprétation renouvelée du principe d'égalité par une revendication liée au « genre ». Pour une synthèse sur la question, E. FONDIMARE, « La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes », *Revue des Droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés (URL : <http://revdh.revues.org/855>).

²⁰ La distinction n'est pas fondamentale dans l'ensemble des travaux qui y sont consacrés : L. PERROUIN, *La dignité humaine en droit*, Toulouse (dir. B. Beigner), 2000 ; N. MARRET, *La dignité humaine en droit*, Poitiers (dir. G. Giudicelli-Delage), 2000 ; N. BOURGEOIS, *La sauvegarde de la dignité humaine en droit public français*, Reims (dir. S. Purgeault), 2001. Le sujet est abordé sous divers angles : X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public*, Toulouse, Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèques des thèses, 2003 ; S. SICHEL-LICARI, *La protection pénale de la dignité du salarié*, Nancy, 1999 ; V. DEBIEN, *Catégories pénales des infractions d'atteinte à la dignité de la personne : analyse critique*, Cergy-Pontoise, 2002.

²¹ L. JOSSERAND, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, chron., p. 1.

²² Le principe, figurant dans les versions initiales du projet de loi, n'a pas été repris dans la loi du 29 juillet 1994.

²³ Ass. pl., 31 mai 1991. Le Comité consultatif national d'éthique avait auparavant formulé cette notion (par ex., CCNE, avis n°21 sur la non-commercialisation du corps humain, 13 déc. 1990).

²⁴ A. SERIAUX, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain, in A. SERIAUX (dir.), *Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, PUAM, 1996, p. 147-164 ; M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et le principe d'indisponibilité de la personne, *RTD Civ.*, 1970, p. 661.

²⁵ D. FENOUILLET, *J.-Cl. Civil*, Art. 16 à 16-12, Fasc. 10 et 12. La doctrine est loin d'être unanime, dès lors qu'il existe un courant hostile à la juridicisation d'un principe vaguement défini (F. DREIFUSS-NETTER, « La

qu'elle côtoie dans la doctrine. La jurisprudence de la Cour de cassation est à privilégier, au besoin avec quelques sauts dans le temps, à la lumière de références doctrinales. Le croisement des deux notions montre leur rapport divergent à la morale. Les bonnes mœurs, dans leur filiation traditionnelle et leur prétention morale collective (ou transcendante), ont été progressivement vidées de leur contenu par le juge du droit (§1). La dignité humaine, inspirée d'une morale individualiste abstraite, apparaît comme une notion motrice servant à guider l'invocation des droits de l'homme et des libertés fondamentales (§2).

§1- Le recul des bonnes mœurs, notion civiliste délaissée par la Cour de cassation

Les bonnes mœurs et le concubinage

La sauvegarde de la liberté du mariage justifie *a contrario* la nullité des conventions dont l'objet est le maintien du concubinage, même non adultérin. Il en va ainsi des billets motivés par le maintien d'un concubinage, cause déclarée fautive au visa des articles 900, 1131 et 1133 du Code civil²⁶. La Chambre civile rappelle en 1893 que les époux peuvent faire dans leur contrat de mariage toutes les dispositions qu'ils jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et ne portent atteinte ni aux droits du mari comme chef, ni aux dispositions prohibitives du Code civil²⁷. Les mœurs impératives du mariage se résument aux prohibitions légales et à son garant qu'est la puissance paternelle.

Un arrêt de 1821 affirme que la « convenance parfaite des parties » importe tellement au bonheur conjugal qu'une clause pénale stipulée pour l'inexécution d'une promesse de mariage est nulle comme n'ayant pas de cause licite²⁸. Le visa de l'article 1133 rappelle que le libre choix du mariage est la véritable source des bonnes mœurs, incompatibles avec une clause pénale comme seule motivation de l'union. La dignité des fiancés serait aujourd'hui invocable pour interdire une telle clause.

En matière familiale l'utilisation du critère des bonnes mœurs révèle une plus forte instabilité. La tendance générale de la jurisprudence n'est pas toujours conservatrice. En 1820, la Cour de cassation énonce que le concubinage, prouvé par acte authentique, n'est pas une cause de nullité des libéralités consenties entre concubins. Le legs du testateur à la fille légitime de sa concubine est déclaré valable, le concubinage n'existant pas à l'époque du testament²⁹. C'est dans un cas différent qu'un arrêt de 1816 annule les dons effectués entre concubins adultérins³⁰. A l'époque ne sont donc tenues pour immorales ou contraires aux bonnes mœurs que les libéralités consenties entre concubins et dont la cause est la formation,

conscience du juge dans le droit des personnes », in J.-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, coll. Droit et justice, 1999, p. 328). La méthode d'approche suscite aussi des divergences dans la doctrine, qui peut se montrer pragmatique ou militante, même lorsqu'elle dénonce les mauvais usages du principe de dignité (par ex., C. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in P. PEDROT (dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges offerts à Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 39-50).

²⁶ Req., 23 juin 1887, S. 1887, 1, 361.

²⁷ Civ., 27 mars 1893.

²⁸ Req., 6 juin 1821, S. 1823, 1, 41.

²⁹ Req., 28 juin 1820, S. 1820, 1, 421. Dans le silence du Code civil, contrairement à l'ancien droit sur l'incapacité de donner ou de recevoir entre concubins, les tribunaux ont admis très tôt que le concubinage n'était pas une cause de nullité des libéralités testamentaires consenties entre concubins, même en cas d'adultère. Seules étaient tenues pour contraires aux bonnes mœurs les libéralités dont le motif « impulsif et déterminant » était la formation, la poursuite ou la reprise de rapports illégitimes (*pretium stupri*).

³⁰ Civ. 13 août 1816, S. 1816, 1, 343.

la poursuite ou la reprise de rapports adultérins. La relation de concubinage n'est pas en cause dans l'appréciation du rapport juridique entre le disposant et le bénéficiaire. L'élément important mais non décisif est le moment où intervient la libéralité, l'avantage consenti étant jugé probablement plus immoral dans un temps proche du début de la liaison... Enfin, toute libéralité consentie pour un motif autre que la formation ou le maintien de relations illégitimes est tenue pour valable, ce qui *de facto* autorise beaucoup de dons ou legs. Plutôt souple au XIX^e siècle, la Cour de cassation définit plus tard les critères de cette souplesse, qui ne signifie pas pour autant plus d'indulgence.

D'après un arrêt rendu au siècle suivant, « le caractère illicite de la cause d'une obligation peut être établi par tous les modes de preuve sans distinction, notamment par des circonstances extrinsèques à l'acte et par tous documents régulièrement versés aux débats ; [...] ainsi, la preuve qu'une femme mariée, bénéficiaire d'un legs universel, a obtenu cette libéralité en devenant, avec l'accord de son mari, la concubine du testateur pendant de longues années, peut résulter d'aveux ou de confidences faites par son mari, ainsi que d'autres circonstances souverainement constatées par les juges du fond. »³¹. La preuve était facilitée par l'aveu du mari complice d'un acte frauduleux. La recherche de circonstances extrinsèques n'encourage pas forcément l'annulation des actes immoraux. Ces hypothèses ne visent que les cas d'illicéité les plus évidents, selon l'appréciation souveraine au fond. Même au XIX^e siècle la Cour de cassation s'immisce peu dans les méandres de la vie conjugale ; seule l'évolution ultérieure du droit positif et la jurisprudence la font paraître conservatrice. La Cour de cassation laisse toujours aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement l'existence de la cause impulsive et déterminante d'une libéralité, en se réservant la qualification du caractère immoral ou contraire aux bonnes mœurs de la cause³². La haute juridiction admet depuis longtemps que la preuve de la cause de l'acte libéral puisse être recherchée dans des circonstances extrinsèques. Une libéralité moralement conforme peut devenir immorale au regard d'une circonstance extérieure à l'acte apprécié. Mais le critère n'opère que dans l'autre sens, pour vérifier si un don ou legs fait par un mari à sa maîtresse est moralement régulier (aide matérielle, paiement d'une dette). Le doute est toujours permis sur la corrélation entre la libéralité et le mauvais pas franchi. La jurisprudence de la Cour de cassation est restée stable dans l'annulation des donations servant exclusivement à maintenir un concubinage adultérin³³. Mais un important revirement en 1999 a été confirmé à plusieurs reprises³⁴ et solennisé par

³¹ Req., 4 mars 1914, *D.* 1914, 27.

³² Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1961, *Bull.*, 1961, 1, 526 (« Le seul fait que l'auteur d'une libéralité entretiendrait avec le bénéficiaire des relations illicites, même adultères ne suffit pas pour invalider l'acte, dès lors que le mobile du disposant, souverainement apprécié par les juges du fond, est étranger à ces relations. ») ; Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1982, *Bull.*, 1982, 1, 319 (« Les libéralités entre concubins ne sont frappées de nullité que si elles ont pour cause impulsive et déterminante la formation, le maintien ou la reprise de relations immorales, et les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain de l'existence d'une telle cause immorale. »).

³³ Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1995 ; Civ. 1^{ère}, 2 avril 1996 ; Civ. 1^{ère}, 11 mars 1997.

³⁴ Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, *Bull.*, 1999, I, n°43, p. 29. 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. Pour rappel, ce revirement a été opéré par la cassation d'un arrêt d'appel contre les conclusions de l'Avocat général. Egal. Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2000 ; Civ. 1^{ère}, 16 mai 2000 ; Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2000. La jurisprudence a toujours validé les libéralités entre concubins, même adultères, lorsqu'elles tendaient par exemple :

- à réparer le préjudice causé par la rupture de la relation et à exécuter un devoir de conscience à l'égard d'une concubine restée seule et sans ressources (Civ. 1^{ère}, 11 mars 1918, *D.* 1918, p. 100 ; Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1959, *D.* 1960, p. 515) ;
- à récompenser le bénéficiaire des soins prodigués au disposant malade (Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1961, *D.* 1962 somm. p. 69 ; *RTD Civ.*, 1962, p. 313 ; Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1982, *Bull.*, 1982, 1) ;
- à rétribuer l'aide apportée dans le cadre d'une activité professionnelle (Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1960, *Bull.*, 1960, 1, n°494) ;
- à célébrer une longue vie commune, consacrée peu après la donation par un mariage (Civ. 1^{ère}, 11 fév. 1986, *Bull.*, 1986, 1, n°21. Par un arrêt du 28 janv. 1997 (*D. Famille*, 1997, n°184, obs. B. Beigner), la 1^{ère} Chambre

l'Assemblée plénière en 2004³⁵. L'esprit du droit européen des droits de l'homme – au nom de la dignité humaine – exclut l'appréciation judiciaire supposant une trop grande immixtion dans la vie privée des personnes³⁶. L'adultère comme faute civile a donc vécu... à la charnière des bonnes mœurs conjugales et du divorce³⁷, malgré la résistance de certains juges du fond sur le sort des donations dans les concubinages adultérins.

A un autre titre, les bonnes mœurs ont longtemps été déclarées incompatibles avec une convention rémunérant un entremetteur pour faire aboutir un projet de mariage³⁸. La discrétion n'y suppléait pas, à l'époque où le « négociateur » ne travaillait pas encore pour des agences spécialisées opérant sur Internet. L'évolution est similaire à celle de la jurisprudence sur le courtage matrimonial, face à des contrats qualifiés d'immoraux. Ces derniers risquaient d'altérer la « liberté du consentement » dès lors qu'un tiers s'engageait à employer les démarches pour un mariage, stipulant une prime en retour sous condition de réussite. La Cour de cassation a abandonné son ancienne position en 1944³⁹.

Les bonnes mœurs et les successions

Dans le cadre d'un mariage, une donation est annulable pour cause illicite si elle est motivée même indirectement par une convention de séparation amiable⁴⁰. La Cour de cassation admet en 1907 la recherche de nullité d'un acte illicite dans les « circonstances extrinsèques ». Le problème est de savoir sous quel angle apprécier la contrariété aux bonnes mœurs dans un acte qui subordonne une obligation à une conduite honnête et licite, conforme à la morale. Les juges du fond valident ces conditions, sauf si le lien entre la condition et la moralité dépend de la seule volonté de son auteur. Or, ce n'est pas le cas d'une clause de contrat de mariage en

civile avait énoncé que les juges du fond avaient souverainement apprécié qu'en raison de la stabilité et de la permanence du concubinage, il était exclu que la donation alléguée d'une villa ait eu pour objet de faciliter cette relation « déjà bien établie et que rien ne menaçait ». La notion de durée du concubinage s'introduisait dans la recherche du caractère immoral ou illicite de la libéralité consentie.

³⁵ Ass. pl., 29 oct. 2004. Egal. Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005.

³⁶ La jurisprudence a toujours validé les libéralités entre concubins, même adultères, lorsqu'elles tendaient par exemple :

- à réparer le préjudice causé par la rupture de la relation et à exécuter un devoir de conscience à l'égard d'une concubine restée seule et sans ressources (Civ. 1^{ère}, 11 mars 1918, *D.* 1918, p. 100 ; Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1959, *D.* 1960, p. 515) ;

- à récompenser le bénéficiaire des soins prodigués au disposant malade (Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1961, *D.* 1962 somm. p. 69 ; *RTD Civ.*, 1962, p. 313 ; Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1982, *Bull.*, 1982, 1) ;

- à rétribuer l'aide apportée dans le cadre d'une activité professionnelle (Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1960, *Bull.*, 1960, 1, n°494 ;

- à célébrer une longue vie commune, consacrée peu après la donation par un mariage (Civ. 1^{ère}, 11 fév. 1986, *Bull.*, 1986, 1, n°21. Par un arrêt du 28 janv. 1997 (*D. Famille*, 1997, n°184, obs. B. Beigner), la 1^{ère} Chambre civile avait énoncé que les juges du fond avaient souverainement apprécié qu'en raison de la stabilité et de la permanence du concubinage, il était exclu que la donation alléguée d'une villa ait eu pour objet de faciliter cette relation « déjà bien établie et que rien ne menaçait ». La notion de durée du concubinage s'introduisait dans la recherche du caractère immoral ou illicite de la libéralité consentie.

³⁷ La Cour de cassation a énoncé, quant au comportement de la maîtresse ou concubine à l'égard du conjoint de son partenaire, examiné sous l'angle des art. 1382 et 1383 (Civ. 2^{ème}, 5 juillet 2000, *Bull.*, 2000, n°136) que « le seul fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité civile de son auteur à l'égard de l'épouse ». Si certains commentateurs s'en sont émus, comme Philippe Delebecque (*D.* 2002, somm., p. 1318), cette solution s'inscrit dans un processus de contractualisation du devoir de fidélité. La relation adultère, faute civile de l'époux infidèle, n'en constitue pas une pour son partenaire. Le divorce est devenu l'affaire quasi-exclusive des conjoints. Le juge aux affaires familiales juge encore la faute du conjoint entraînant une « violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune » (art. 242 du Code civil).

³⁸ Civ., 1^{er} mai 1855, *D.* 1855, 1, p. 147.

³⁹ Req., 27 déc. 1944, *D.* 1945, 121.

⁴⁰ Civ., 2 janv. 1907. Les héritiers du donateur invoquaient la nullité de la donation faite à la femme survivante.

régime dotal par laquelle les époux réservent à la femme l'administration de ses biens dotaux, déclarée licite⁴¹. Des conditions rigoureuses imposées à un futur mariage n'en sont pas moins valides si le destinataire est libre d'en accepter ou non les termes. Par contre, la Cour prohibe en 1903 comme pacte sur succession future contraire à l'article 6 du Code civil une clause insérée à un contrat de mariage stipulant que le droit de retour des ascendants « ne fera pas obstacle à l'effet des avantages et dispositions pouvant résulter pour le futur époux, soit du contrat de mariage, soit de la loi »⁴². Dans le cas d'un père de famille procédant au partage anticipé de ses biens, la donation entre vifs sous réserve d'usufruit, faite à condition de ne pas aliéner ou hypothéquer du vivant du donataire les biens transmis, est déclarée valable⁴³. Parfois, sans contrarier les bonnes mœurs, une condition successorale est simplement impossible à réaliser, tel le legs fait à une commune pour doter l'école primaire et soumis à la condition du choix de l'instituteur par le curé de la paroisse, comme membre de la famille du testateur et moralement digne de ses parents. Cette condition qualifiée de « principale » dans la libéralité, à défaut d'être praticable, entraîne l'annulation du legs⁴⁴. Un siècle plus tard, par une motivation semblable la Cour de cassation annule une clause pour cause impossible, dans la mesure où elle exclut de la garantie d'assurance des faits contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs, à l'honnêteté et d'une manière générale ceux « relevant de la compétence des tribunaux pour enfants »⁴⁵. L'impossibilité évoquée est autant d'ordre technique que moral.

Les bonnes mœurs et les autres cas

Les juges puis le législateur ont rendu conforme aux bonnes mœurs la pratique de l'assurance-vie, qui faisait redouter des projets malintentionnés⁴⁶. Ce type de contrat était assimilé à une libéralité indirecte dont le montant cumulait les primes du souscripteur. Cette position, calquée sur celle de la Cour relative aux libéralités entre concubins, revient à dire que la désignation de personnes en qualité de bénéficiaires encourt la nullité pour cause immorale, par exemple lorsque le souscripteur désigne sa maîtresse pour maintenir, reprendre ou rétribuer un adultère⁴⁷. L'admission comme bénéficiaire du concubin d'un souscripteur marié, tout d'abord recusée⁴⁸, est admise lorsque la stabilité de la relation la justifie⁴⁹. Est ainsi légalement reconnue la désignation comme bénéficiaire d'une concubine avec laquelle l'assuré, bien que déjà marié, vivait depuis onze ans, en raison de la stabilité de cette relation, par laquelle l'assuré entendait garantir des ressources à sa compagne et à ses enfants. Par ailleurs, le don d'un fiancé à son futur beau-père en vue du mariage sous condition résolutoire n'est pas jugé contraire aux bonnes mœurs⁵⁰, en l'absence d'atteinte à la liberté de donner ou refuser son consentement à l'union projetée.

La société française assimile aujourd'hui les effets du concubinage à ceux du mariage, par exemple pour qualifier un préjudice moral. Avant la décennie 1960, la haute juridiction

⁴¹ Civ., 17 fév. 1886, *D.* 1886, 1, 249. Les immeubles dotaux deviennent imprescriptibles, s'ils ne sont pas compris dans les exceptions légales au principe d'imprescriptibilité.

⁴² Ch. réunies, 2 juillet 1903, *D.* 1903, 1, 353.

⁴³ Civ., 20 avril 1858, *Bull.* 1858, n°68, p. 114.

⁴⁴ Civ., 20 nov. 1878, *D.* 1879, 1, 303.

⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1991.

⁴⁶ Loi du 13 juillet 1930, art. 56 devenu l'art. L. 132-1 et s. du Code des assurances. La loi précitée a simplement opposé à cette hypothèse immorale du bénéficiaire assassinant le souscripteur un art. 79 (L. 132-24) disposant que le contrat d'assurance-vie cesse d'avoir effet quand le bénéficiaire a occasionné volontairement la mort de l'assuré.

⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1976, *Bull.* 1976, 1, n°51 ; *D.* 1976, IR, p. 127 ; Civ. 1^{ère}, 8 nov. 1982, *Bull.* 1982, 1, n°321, *D.* 1983, IR, p. 207.

⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1957, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1957, p. 398.

⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1990, p. 180.

⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 4 avril 1978.

refusait que la concubine puisse se prévaloir d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » pour obtenir réparation du dommage causé par le décès accidentel de son concubin⁵¹. Plus tard, la Chambre criminelle admet l'action en réparation de la concubine, d'abord sous réserve de l'absence d'adultère, puis dans tous les cas⁵². La Chambre mixte tranche dans ce même sens la divergence des chambres civile et criminelle par son arrêt du 27 février 1970⁵³. Le concubinage est légalement défini depuis la création du Pacte civil de solidarité entre personnes de sexe différent ou de même sexe⁵⁴. L'article 515-8 précise que le concubinage est une « union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». L'assimilation des différents couples reconnus par la loi dans l'utilisation du critère de l'intérêt légitime dépasse la question des bonnes mœurs et se justifie par la dignité des personnes.

Par ailleurs, comment apprécier les conditions d'ordre matrimonial relatives à une obligation ? En 1994, la Cour de cassation approuve une cour d'appel décidant que la créancière d'une prestation conditionnée à l'obligation de viduité, qui avait respecté cette obligation, ne perd pas son droit à en obtenir le paiement⁵⁵. Le moyen au pourvoi analysant le fait de subordonner la perte d'une rente compensatoire au seul remariage de la créancière comme une incitation à l'union libre est sans effet. L'interprétation stricte de la clause empêche d'assimiler le concubinage au mariage. Les clauses de célibat sont soumises au contrôle des juges du droit, par exemple dans le contrat passé avec une institution qui défend une forme de morale dans son activité. En l'absence de « nécessités impérieuses liées à la nature des fonctions ou leurs conditions d'exercice », une clause de célibat insérée dans le contrat de travail d'une assistante sociale rurale est déclarée nulle⁵⁶.

En matière commerciale, la Cour de cassation annule au visa de l'article 10 de la C.E.D.H. une marque intitulée « *puta madre* », le rapprochement des termes employés tendant à qualifier une mère de femme facile et sans moralité⁵⁷. Sans surprise, la Chambre sociale affirme qu'une ancienne employée de maison de tolérance ne peut se prévaloir d'un contrat dont la cause est contraire aux bonnes mœurs pour demander un solde de salaires⁵⁸. La haute juridiction considère également qu'il est impossible donc illicite pour le preneur à bail d'un immeuble qui y installe une maison de tolérance de réclamer une indemnité pour l'installation sanitaire effectuée gratuitement⁵⁹. L'adage *Nemo auditur...* n'empêche pas que la nullité d'une convention dont la cause est contraire aux bonnes mœurs soit demandée par une partie au contrat⁶⁰. La dernière illustration est plus originale : les honoraires fixés « abusivement »

⁵¹ Civ., 27 juillet 1937, *D.* 1938, 1, 5 ; *S.* 1938, 1, 321 ; Civ. 2^{ème}, 7 avril 1967, *D.* 1967, 496.

⁵² Crim., 20 janv. 1966, *D.* 1966, 184 ; Crim., 20 avril 1972, *JCP* 1972, II, 17278.

⁵³ *D.* 1970, 201 ; *JCP* 70, II, 16305 ; Crim. 19 juin 1975, *D.* 1975, 679.

⁵⁴ Depuis la loi du 15 nov. 1999, figure au livre premier du Code civil un titre douzième : « Du pacte civil de solidarité et du concubinage ». L'art. 515-1 le définit comme un « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». L'élaboration du Pacs avait soulevé des questions sur l'évolution sociale restrictive des droits et obligations liés au mariage, précisément au regard du devoir de fidélité, d'où le contrôle de constitutionnalité de la rupture unilatérale du pacte, possible forme de répudiation, laquelle est toujours théoriquement rejetée dans le divorce. L'acceptabilité du Pacs reposait sur une réalité sociale, l'extension du concubinage, et une revendication juridique, la reconnaissance des couples homosexuels.

⁵⁵ Civ. 2^{ème}, 2 fév. 1994.

⁵⁶ Soc., 7 fév. 1968, *Bull.* 1968, n°86.

⁵⁷ Com., 29 mars 2011 (visa de l'art. L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle et de l'art. 10 de la C.E.D.H.).

⁵⁸ Soc., 8 janv. 1964, *Bull.* 1964, n°25.

⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 15 fév. 1967, *Bull.* 1967, n°67 (application de l'adage *Nemo auditur*).

⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 25 janv. 1972, *Bull.* 1972, 1, n°25, p. 22.

par un avocat exploitant la fragilité d'un client sont jugés contraires aux bonnes mœurs⁶¹. La dignité humaine paraissait autant adaptée, protégeant à la fois le client en détresse et l'image de la profession.

Les bonnes mœurs ne connaissent pas un déclin absolu, la notion conservant la même rigueur dès lors qu'elle reste invocable et invoquée en matière contractuelle. La jurisprudence joue un rôle équilibré selon l'évolution du droit positif, la diversification des sources du droit et l'apparition subséquente d'une notion plus dynamique. La signification de la dignité humaine est loin d'être fixée. Comme les bonnes mœurs, la notion pourrait aussi bien être vidée de son contenu qu'étendue excessivement, même si la seconde hypothèse est plus probable.

§2- L'avancée de la dignité humaine, notion jusnaturaliste saisie par la Cour de cassation

La dignité humaine porteuse de droits subjectifs

Le juge est investi d'un nouveau pouvoir de « faire » le droit, au-delà de son application concrète, comme en matière de droits et libertés. B. Mathieu rappelle à juste titre que la dignité humaine perd en intensité ce qu'elle gagne en étendue, autrement dit qu'elle pourrait fonder toutes les revendications. La dignité humaine « constitutionnalisée » en 1994⁶² et intégrée dans la partie du Code civil relative au corps humain⁶³ n'a-t-elle pas irrigué des pans entiers du droit ? La conciliation des principes se fait parfois au détriment de certains d'entre eux, comme le droit de propriété. La Chambre criminelle maintient qu'un logement insalubre est contraire au droit au logement relevant de la dignité humaine⁶⁴, préfigurant le droit au logement opposable, intégré au droit civil comme « droit-créance » au nom de la dignité⁶⁵.

La souffrance au travail retient l'attention du juge pénal face à des conditions « indignes »⁶⁶. Un dirigeant d'entreprise s'était rendu coupable de soumission de personnes vulnérables à des conditions de travail brutales, par le recours à des hurlements permanents, des insultes publiques et diverses humiliations. Les attendus font référence aux cadences et conditions de travail faisant des salariés « le prolongement d'une machine-outil ». L'interprétation stricte de la loi pénale exige de relever une situation de vulnérabilité sociale

⁶¹ Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000.

⁶² Cons. Const. 27 juillet 1994, déc. n°94-343-344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, JO 29 juillet 1994 ; D. 1995, somm. p. 299, obs. L. Favoreu et T.-S. Renoux ; D. 1995, jurisp. p. 237, note B. Mathieu.

⁶³ D. Fenouillet souligne que « c'est la dignité de la personne qui fonde l'apparition progressive, en droit positif, de l'Humanité. Ce n'est pas un hasard, à cet égard, si l'intronisation de la dignité dans le Code civil est allée de pair avec celle de l'Humanité, sous sa dimension génétique : l'espèce humaine », art. cit., fasc. n°10, § 54.

⁶⁴ Crim., 11 fév. 1998, *Bull. crim.* 1998, n°53, p. 143. Caractérise « l'hébergement incompatible avec la dignité humaine », dans les termes de l'art. 225-14 du Code pénal, le fait de louer, à titre onéreux, à une famille de trois personnes dont un enfant et une femme enceinte, un logement de 20 m² qui, contrevenant aux dispositions du règlement sanitaire départemental, présente une humidité et des conditions de chauffage mettant en péril la santé des occupants.

⁶⁵ *Loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*, intégrée au Code de la construction et de l'habitation (et à l'art. 415 du Code civil).

⁶⁶ Crim., 4 mars 2003, *Bull. crim.* 2003, n°58, p. 211. La décision est fondée sur l'art. L.225-14 du Code pénal (« Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. »).

et économique, résultant de l'absence de qualification et du chômage dans le secteur concerné. La vertu pédagogique du juge ne se contente pas d'une liste de faits encourageant la sanction pénale, elle qualifie assurément une attitude injustifiable dans une relation de travail au sein de l'entreprise. La notion de dignité, par sa conception extensive, contribue à enrichir le droit pénal du travail, les travailleurs pouvant défendre leur droit de ne pas être traités comme de simples outils. Soumettre le personnel à de telles conditions de travail reste contraire aux bonnes mœurs dans l'entreprise ; la dignité des salariés justifie plus clairement la sanction pénale de l'employeur. Par ailleurs, un « mode paternaliste de gestion » ne saurait justifier des conditions de travail contraires à la dignité humaine. La nationalité française et le contrat de travail des salariés ne suffisent pas à rejeter l'hypothèse d'une situation de vulnérabilité vis-à-vis de l'employeur. Une gestion autoritaire ne justifie pas les violences, brimades, injures et autres vexations constitutives d'une atteinte à la dignité⁶⁷. D'après un autre arrêt, la communication sans motif aux membres du personnel de faits relatifs à un salarié nommément désigné constitue une atteinte à la dignité humaine distincte de la perte d'emploi. La décision exprime nettement le rejet d'une forme de délation nuisible à la vie dans l'entreprise⁶⁸. La Chambre criminelle précise que l'atteinte à la dignité humaine peut émaner de toute personne ; l'existence d'un rapport hiérarchique ou d'autorité entre les intéressés n'est pas une condition préalable⁶⁹. La dignité humaine peut être violée indépendamment du degré d'autorité professionnelle ou familiale, y compris par un subordonné vis-à-vis de son supérieur. Ces affaires illustrent concrètement, comme en matière de droit des étrangers, l'approche subjective de la dignité humaine.

Le mouvement d'individualisation et de subjectivisation des droits tend à inverser les données du problème. Par exemple, le choix délibéré d'une « mère porteuse » par le couple nécessiteux et l'intention libérale de la candidate sont-ils contraires à la dignité humaine en vue d'une inscription à l'état civil ? L'intérêt supérieur de l'enfant est-il conditionné après la naissance ? La Cour de cassation a répondu négativement à propos de jumeaux nés en Inde de mère porteuse, dont les parents demandaient l'inscription à l'état civil en France, acceptée en première instance et rejetée en appel⁷⁰. La référence à la dignité humaine est porteuse d'un droit subjectif revendiqué à l'égard de la société par des parents pour leur enfant. Affaire à suivre...

La jurisprudence est plus connue en matière d'image, interdisant de publier des clichés violant la dignité d'un mort et/ou de sa famille. La photographie de la dépouille mortelle d'un préfet assassiné sur la voie publique, représentant distinctement le corps et le visage de la victime⁷¹, caractérise une atteinte à la dignité humaine. A côté de l'atteinte supposée à la vie privée de la famille (non confirmée par le juge), la dignité accordée au défunt rend illicite la publication du cliché. Le droit subjectif du défunt a pour curiosité de ne plus avoir de

⁶⁷ Crim., 23 avril 2003, *Bull. crim.* 2003, n°85, p. 334.

⁶⁸ Soc., 25 fév. 2003, *Bull.* 2003, 5, n°66, p. 62.

⁶⁹ Crim., 23 avril 2003 (affaire différente de la précédente, n. 67). La Cour rappelle que la loi n'exige pas que l'auteur soit l'employeur ou le bailleur de la victime.

⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, *Bull.* 2013, 1, n°176. Le 17 mars 2011, le TGI de Nantes avait ordonné la transcription des actes de naissance des enfants, sur le fondement de l'art. 47 du Code civil et de « l'intérêt supérieur de ces enfants, dont la considération doit être primordiale dans toute décision les concernant selon l'article 3-1 de la convention européenne des droits de l'homme ». Le tribunal avait rappelé qu'en droit français la convention de gestation était nulle et avait considéré que « la conséquence des agissements contraires à la loi française » du père « ne peut être de priver les enfants, dont la filiation est certaine et établie vis-à-vis de leur père français, de l'état civil auquel ils ont droit en France ». Les jumeaux « ne peuvent être considérés comme le produit d'un contrat prohibé dont les existences pourraient être niées, mais comme des sujets de droit étrangers aux arrangements de leurs auteurs », d'après le tribunal. La Cour d'appel de Rennes avait infirmé cette décision le 10 janv. 2012.

⁷¹ Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2000, *Bull.* 2000, 1, n°341, p. 220 (visa de l'art. 16 du Code civil et de l'art. 10 de la C.E.D.H.).

destinataire. Un autre arrêt qualifie l'exposition commerciale de cadavres humains de contraire au respect, à la dignité et à la décence avec lesquels ils doivent être traités⁷². La dignité humaine transcende la distinction entre l'être vivant et le défunt afin de protéger le souvenir d'une personne. Par ailleurs, la publication d'une partie du corps de la victime d'un accident apparaît justifiée par la nécessité de l'information du public. Cette décision signifie *a contrario* qu'une personne doit être nommément visée pour que les photographies d'une campagne de sensibilisation soient déclarées illicites⁷³. L'atteinte à la dignité humaine nécessite une qualification juridique stricte. La haute juridiction a également censuré une cour d'appel condamnant un journal pour avoir publié un article consacré aux accidents de la route avec la photographie d'un jeune homme inanimé étendu sur un brancard, le visage ensanglanté, entouré des secouristes. D'après la Cour, une justification par la nécessité de l'information des lecteurs devait être recherchée par la cour d'appel⁷⁴. Les derniers cas montrent la difficulté à identifier le type de dignité utilisé par le juge. Le droit subjectif peut être garanti au sens large à une victime au nom de sa dignité ; l'approche objective protégerait mieux la *dignitas* des morts, catégorie reconnue en droit civil.

La dignité humaine utilisée comme principe objectif

Invoquer la dignité humaine permet en général d'opposer un droit à un individu ou à la société sur des fondements variés : le Code pénal, l'article 16 du Code civil ou la C.E.D.H.. Le nombre d'arrêts d'appel annulés par la Cour de cassation apparaît moins élevé qu'en matière de bonnes mœurs, toutes proportions gardées. La Cour, dans une affaire reliant la dignité humaine aux mœurs, affirme qu'il est impossible d'invoquer un adultère comme cause de divorce au sein d'un couple qui a convenu d'une liberté sexuelle totale, en l'occurrence à l'aide d'une vidéo contraire à la dignité humaine⁷⁵. Le couple dispose conventionnellement de l'ensemble de sa vie privée sur laquelle le juge n'a aucun droit de regard. Ce qui pourrait fournir la preuve d'une faute conjugale doit s'effacer au nom de la dignité des époux qui n'a pas vocation à les opposer. La dignité humaine protège les parties en présence, là où les bonnes mœurs inviteraient plutôt le juge à qualifier une faute de comportement conjugal. Le juge s'appuie sur une dignité objective opposée par la société à l'homme.

Les droits des malades font également l'objet d'une jurisprudence importante relative à la dignité humaine. La Cour de cassation indique que le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient est fondé sur l'exigence de « respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »⁷⁶. Visant les articles 1165 et 1382 du Code civil, cet arrêt manifeste une forte exigence de transparence dans l'information médicale. Le juge adopte une approche plutôt objective de la dignité humaine pour protéger les droits du patient. La dignité propre au corps médical n'autorise aucune entrave, au nom d'une volonté de ménager un patient condamné par la maladie, pour minorer la gravité de l'état de santé dans la communication du diagnostic, même à la famille.

⁷² Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, *Bull.* 2010, 1, n°174 (visa de l'art. 16-1 du Code civil).

⁷³ Civ. 2^{ème}, 8 avril 2004, *Bull.* 2004, 2, n°191, p. 162. La publication ne mettait pas en évidence le « détail litigieux ».

⁷⁴ Civ. 2^{ème}, 4 nov. 2004, *Bull.* 2004, 2, n°486, p. 414 (décision rendue au visa des art. 9 et 16 du Code civil et de l'art. 10 de la C.E.D.H.).

⁷⁵ Civ. 2^{ème}, 12 oct. 2000.

⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, *Bull.* 2001, 1, n°249, p. 157.

Conclusion

La quasi-disparition des bonnes mœurs comme norme de référence a permis l'épanouissement de la dignité humaine, qui ne garantit pas une meilleure séparation du droit et de la morale⁷⁷. La comparaison des notions dans le temps et l'espace soulève la question de leur rapport historique. Les bonnes mœurs sont une notion ouvertement moralisatrice ; la dignité humaine associée aux droits de l'homme est plutôt *moralisante*, ne permettant de reprocher rien à personne et protégeant l'humanité⁷⁸. Les bonnes mœurs sont-elles remplaçables par un nouvel ordre public fondé sur la dignité humaine ? L'idée anime une partie de la doctrine depuis la jurisprudence du lancer de nain⁷⁹. Un auteur soutient que la notion de bonnes mœurs a cédé la place à la dignité sous l'effet de l'individualisme juridique. La libéralisation des mœurs aurait rendu obsolète les bonnes mœurs du Code civil. Il faut « admettre qu'aux termes des textes évoqués, les règles de la moralité publique contemporaine coïncident avec le respect de la personne. [...] Sans pouvoir définir plus précisément ce que désigne alors la dignité, on peut tout au plus en conclure qu'elle correspond simplement à l'ancienne notion de bonnes mœurs. Le remplacement des bonnes mœurs [...] aurait alors pour conséquence un bouleversement symbolique important entre la protection d'une valeur par essence collective et un terme renvoyant à un universel »⁸⁰. Les bonnes mœurs et la dignité humaine n'ont pas de filiation commune, même si elles ont vocation à occuper le même terrain. Une grande différence les éloigne : le consentement de la victime, sans influence sur l'interdiction d'un acte jugé « indigne ». La dignité humaine ne peut remplacer d'un seul coup les bonnes mœurs, mais un processus est à l'œuvre. Le déclin de la notion civiliste engendré par la libéralisation des mœurs fait le lit d'une nouvelle morale individualiste, universelle et totale. La dignité de la personne humaine l'empêche d'être instrumentalisée en vue d'un objectif particulier ; la personne digne n'est pas réductible à un moyen⁸¹, ce qu'on peut encore dire d'une personne de bonnes mœurs. Le défi tient moins à la recherche de différences entre les deux notions qu'à la compréhension d'un mouvement de fond. L'appréciation morale traditionnelle saisit la personne à un instant donné, « en contradiction totale avec sa dignité d'homme complexe et perfectible »⁸². Sanctionner les bonnes mœurs revient à qualifier un comportement marginal suivant des critères éprouvés ; repérer une atteinte à la dignité humaine contraint le juge à postuler un avenir idéal de la personne et de la société. Si le droit civil appelle la morale pour délimiter les bonnes mœurs, la dignité sollicite le droit et surtout le juge. La dignité oriente le

⁷⁷ Le critère de la conformité des mœurs à une norme comportementale est moins accepté dans un droit laïc. Selon B. Lavaud-Legendre, « paradoxalement, il semble que les bonnes mœurs permettaient de respecter la frontière entre morale et droit, grâce aux limites imposées à son utilisation. Désormais, il est à craindre que toute référence morale dans le droit positif ne se fasse au détriment d'une distinction claire entre morale et droit et, partant, au détriment de la sauvegarde des libertés individuelles. Le remplacement des bonnes mœurs par la dignité est le signe du passage d'une logique téléologique à une logique déontologique, soit à une logique du devoir. La dignité de la personne humaine doit être respectée en tant que telle, et non parce qu'elle désigne un bien qui pourrait être concrètement défini de telle ou telle manière. Elle renvoie non plus à un bien commun, susceptible d'évolution en fonction de critères temporels ou géographiques, mais au respect d'un impératif moral ayant valeur absolue. » (*op. cit.*, p. 239-240). Nous adhérons à cette vision, sous réserve de l'hypothèse formelle d'un « remplacement » des bonnes mœurs par la dignité, problème qui relève de la sociologie et de la philosophie du droit, autant que de l'analyse judiciaire.

⁷⁸ Sur cette notion, v. J.-L. CHABOT, « Droit naturel ou morale naturelle ? », in M. MATHIEU (dir.), *Droit naturel et droits de l'homme*, PUG, 2011, p. 23-32.

⁷⁹ D. FENOUILLET, *art. cit.*

⁸⁰ B. LAVAUD-LEGENDRE, *op. cit.*

⁸¹ Kant exprime la même idée : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, soit dans ta propre personne, soit dans la personne d'autrui, comme une fin, et que tu ne t'en serves jamais comme d'un moyen. » (*Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris (trad. J. Barni), Librairie de Ladrangé, 1848, p. 71).

⁸² P. LE TOURNEAU, « « Bien faire l'homme » : de la morale avant toute chose ! », in J. KRYNEN (dir.), *Le droit saisi par la morale*, Toulouse, 2005, p. 21-51.

juge vers une morale désincarnée qui ne vise pas à déterminer le bon ou le mauvais. Les principes de liberté et d'égalité dans leurs diverses acceptions sont revigorés par l'objectif d'une égale dignité des individus. Alors que la moralisation des rapports sociaux était assurée par des notions positivistes, leur humanisation invite aujourd'hui à les revoir sous l'angle jusnaturaliste de la responsabilité. Indépendante de toute appréciation de valeur, la dignité humaine donne au juge un pouvoir difficile à maîtriser. Les critères de la jurisprudence passée sur les bonnes mœurs ne sont guère utilisables. Le Code civil ne permet de sanctionner aujourd'hui que les comportements visibles, dans le respect de la vie privée⁸³, justement au nom de la dignité humaine. Le rapport du droit à la morale continue de nous interroger sur l'acceptabilité de normes extérieures au droit dans la sphère judiciaire. Le confinement des bonnes mœurs dans leur invocation conforme à la dignité humaine n'apaise que temporairement le débat.

Frédéric CHARLIN
Université de Bourgogne

⁸³ Le contrôle des bonnes mœurs doit porter sur un élément précis des actes juridiques, d'où la distinction théorisée au sujet de la cause. Pour le Doyen Carbonnier, si les deux aspects de la cause, comme but ou intérêt du contractant, se trouvent ensemble à « l'arrière-plan du consentement », par contre, « quand il ne s'agit que de savoir si elle existe, il suffit d'en prendre une vue schématique, tandis que, lorsque l'on recherche si elle est licite (ou morale), il faut la regarder de plus près, en faire apparaître la couleur et le contexte » (J. CARBONNIER, *Les obligations*, Thémis, 1998, t. 4, p. 121 et s. Au nom d'une cause licite, il faut aller au-delà et examiner certains motifs personnels du donateur ou du testateur, d'où l'opposition entre les partisans de la cause objective, pour lesquels confier au juge le pouvoir de sonder les reins et les cœurs est une atteinte à la liberté individuelle, et les défenseurs de la cause subjective considérant à l'inverse que l'acte juridique, même à titre gratuit, émane d'une personne vivant en société et supporte un contrôle de conformité au nom de l'art. 1133 du Code civil.