



HAL
open science

”L’indignité ou les bonnes moeurs républicaines”

Anne Simonin

► **To cite this version:**

Anne Simonin. ”L’indignité ou les bonnes moeurs républicaines”. Robert Belot (éd.). Tous Républicains ! Origines et modernité des valeurs républicaines, Armand Colin, pp.213-234, 2011, 782200-272821. <hal-03086074>

HAL Id: hal-03086074

<https://hal.science/hal-03086074v1>

Submitted on 12 Jan 2022

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.

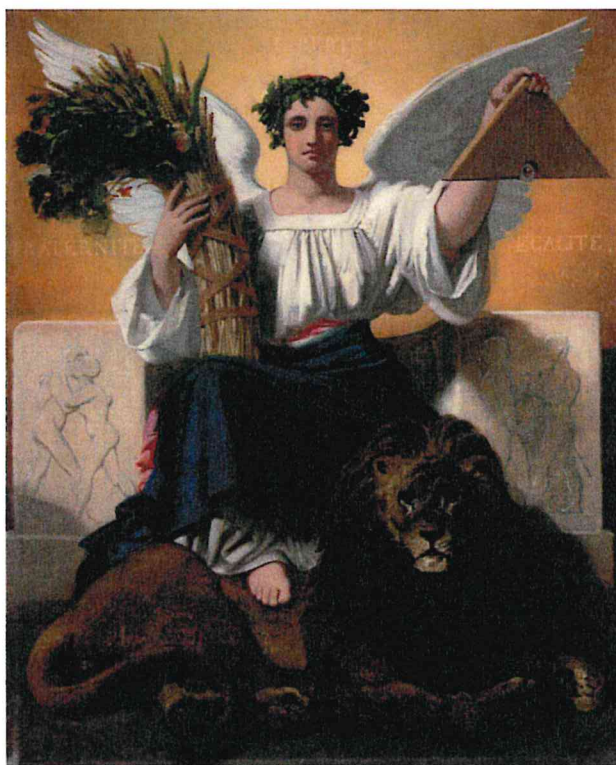


HAL Authorization

Sous la direction de
Robert Belot

TOUS RÉPUBLICAINS !

ORIGINES ET MODERNITÉ
DES VALEURS RÉPUBLICAINES



ARMAND COLIN / RECHERCHES

L'indignité ou les bonnes mœurs républicaines

Anne Simonin

L'indignité est une notion floue. « Caractère de ce qui est indigne », « condition de déchéance dans laquelle est ou se sent rejetée une personne », précise le *Trésor de la langue française*. Tout comme le grammairien, le législateur s'est refusé à une définition claire, laissant aux juges et à la jurisprudence toute latitude. Imprécise, l'indignité souffre aussi, comme le remarque justement Sylvie Carotenuto, « d'une charge négative importante¹ ». Dans la mesure où elle ne s'applique plus aujourd'hui que de façon très limitée, permettant au gouvernement de refuser l'acquisition de la nationalité française à un conjoint étranger², l'indignité aurait vocation à disparaître, son usage contribuant exclusivement à mettre le droit français en contradiction avec le droit européen : comment, en effet, admettre qu'un même individu puisse être jugé indigne d'être français par mariage alors même qu'il ou elle est considéré digne d'être citoyen européen³ ? On voit mal comment, en l'état actuel du droit, cette notion pourrait retrouver une actualité : le nouveau code pénal, entré en vigueur en 1994, n'a-t-il pas abrogé les peines infamantes qui lui servaient de socle juridique⁴ ?

Les bonnes mœurs ne sont pas dans une forme beaucoup plus éblouissante. « Les bonnes mœurs sont mortes ! » proclame Dominique Fenouillet, insistant à leur propos sur le « vague » de la formule, et le caractère démodé d'une notion attestant l'immixtion du droit dans le domaine de la morale et l'emprise du politique sur une sphère privée que les modernes cherchent à protéger de toute intervention de l'État : « Les bonnes mœurs sont condamnées, en tant que norme juridique, du fait de la liberté [...] parce qu'elles sont libres, [les] mœurs ne sauraient relever du jugement d'un tiers : elles n'ont pas à être bonnes⁵. » Conséquemment, « l'outrage aux bonnes mœurs » a disparu du nouveau code pénal, disparition qui a emporté avec elle non seulement une expression désuète, mais également « une logique d'infraction » : la protection de la moralité publique cède désormais le pas à la protection des personnes, des mineurs en particulier⁶.

L'effacement des bonnes mœurs à la fin du XX^e siècle s'est trouvé accéléré du

1. Sylvie Carotenuto, « L'indignité, motif d'opposition gouvernementale à l'acquisition de la nationalité française », *Revue critique de droit international privé*, n° 1, janvier-mars 2003, p. 156.

2. Art. 21-4 du code civil : « Le gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'État, pour indignité ou défaut d'assimilation, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger [...] en cas d'opposition du gouvernement, l'intéressé est réputé n'avoir jamais acquis la nationalité française ». *Ibid.*, p. 155.

3. *Ibid.*

4. Pierre Couvrat, « Les catégories des peines afflictives ou infamantes et des peines accessoires au regard du Conseil d'État », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, janvier-mars 2004, p. 153.

5. Dominique Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! » in *Le Droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 487-493. Pour un résumé des arguments anti-bonnes mœurs, voir Jacques Foyer, « Les bonnes mœurs ». In *Le Code Civil 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 510.

6. La « logique de l'infraction » sous-tendant l'outrage aux bonnes mœurs ne se pas retrouve dans le

fait que leur disparition ne créait pas de vide parmi les infractions¹ : un concept universel et « de nature à borner heureusement l'autonomie du sujet en matière de mœurs² », s'est progressivement substitué à elles : ce principe, c'est la dignité de la personne humaine à laquelle une décision du Conseil constitutionnel a conféré, en 1994 toujours, la valeur d'un principe constitutionnel³.

L'avantage de la dignité sur les bonnes mœurs apparaît ainsi écrasant : quand les bonnes mœurs sont moralisantes et exclusives ; la dignité se révèle humaniste et consensuelle. Valeur en elle-même, « la dignité donne une légitimité évidente à la sanction des mauvaises mœurs⁴ ».

Si, comme le souligne Bernard Edelman, tous les concepts juridiques ont une histoire⁵, l'histoire de la dignité en fait un concept doublement central pour la modernité. Apparue en droit au sortir de la Seconde Guerre mondiale⁶, la dignité marquerait la claire volonté des sociétés démocratiques de condamner « la barbarie nazie », et de se prémunir contre les conséquences de la biomédecine⁷.

Les analyses de James Q. Whitman, qui s'efforce d'établir « le lien généalogique entre les principes juridiques anciens de *dignitas* et contemporain de dignité de la personne humaine⁸ », explosent ce cadre chronologique. Au XVIII^e siècle, les sociétés européennes ont expérimenté un processus de *leveling up*, de « rehaussement », caractérisé par la diffusion des normes aristocratiques de l'honneur à l'ensemble de la société. La dignité contemporaine selon Whitman, avatar de l'honneur aristocra-

nouveau code pénal aux articles qui sont pourtant censés remplacer cette infraction : l'art. 227-23 : fabrication ou détention d'images à caractère pédophile et l'art. 227-24 : message à caractère violent portant atteinte à la dignité de la personne lorsque ce message est susceptible d'être vu ou lu par un mineur. Voir Bénédicte Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, 2005, p. 18 et p. 49 et Danièle Lochak, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », in Curapp, *Les Bonnes Mœurs*, PUF, 1994, p. 19. Olivier Blanckart, « Art, loi, censure et solutions », *Pref*, n° 41, novembre-décembre 2010, p. 15, remarque que les deux nouveaux articles ont glissé de la partie IV du Code pénal, qui vise « les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique », pour être inscrits au livre II qui vise « les crimes et délits contre les personnes », ouvrant ainsi des voies de recours aux diverses associations.

1. Dominique Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! [...] », art. cité, p. 514 : « Certaines pratiques que le droit condamnait autrefois sur le fondement des bonnes mœurs procèdent désormais de la notion de dignité. Ainsi en est-il du proxénétisme, rattaché par le Nouveau Code pénal à la dignité ; ainsi en est-il de la condamnation par le Conseil d'État du lancer de nain... ».

2. *Ibid.*, p. 509.

3. Bénédicte Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, *op. cit.*, pp. 176-177. L'article 16 du code civil, placé au fronton du chapitre consacré à « la protection du corps humain » par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, précise : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. » Saisi de cette loi par le président de l'Assemblée nationale, Philippe Séguin, et par soixante-huit députés, le Conseil constitutionnel, par décision n° 94-343/344 du 27 juillet 1994, a statué que : « La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe de valeur constitutionnelle. » Voir aussi Georges Fauré, « Bonnes mœurs et dignité » in Georges Fauré, Geneviève Koubi (dir.), *Le Titre préliminaire du code civil*, Economica, 2003, p. 205-208.

4. Dominique Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! [...] », art. cité, p. 517.

5. Bernard Edelman, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, Dalloz, 1997, t. I, p. 185.

6. Voir en particulier l'art. 22 de la « Déclaration des droits de l'homme » de 1946 : « Tout être humain possède, à l'égard de la société, les droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de sa personne, son plein développement physique et moral » in Jacques Godechot, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, 1979, p. 374. Voir aussi l'art. 22 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, consultable sur Internet.

7. Bernard Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », art. cité, p. 186. Voir aussi Stéphanie Hennette-Vachez, « Le principe de dignité dans la doctrine civiliste et de droit médical » in Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vachez (dir.), *La Dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 88-103.

8. Stéphanie Hennette-Vachez, « Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 48, 2009, p. 61.

tique¹, est ainsi au fondement de l'identité culturelle de l'Europe². Il ne nous appartient pas ici de discuter cette thèse³. Mais d'insister sur le fait que, comparées à l'activité jurisprudentielle et aux débats autour de la notion de dignité, l'indignité et les bonnes mœurs – les deux notions étant, on le verra, intimement liées – pourraient, sans grand dommage, être rangées au magasin des accessoires.

Or, et c'est la thèse défendue ici, il se pourrait qu'une certaine idée de la République ait grandement à perdre à dénouer le lien entre morale politique et droit au fondement des bonnes mœurs, et à négliger le type de sanction emporté par l'indignité – définie ici comme un état du sujet de droit frappé d'incapacités, qui ne portent atteinte ni à sa vie naturelle, ni à sa liberté mais le mettent temporairement « dans l'impossibilité d'exercer certaines actions⁴. »

LES BONNES MŒURS : UNE NOTION JURIDIQUE BIGARRÉE

De l'article 6 du titre préliminaire du code civil – « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » –, Julien Bonnacase écrivait qu'il était une « énigme⁵ ». Ce n'était pas pour déplaire à Georges Ripert. Après avoir noté le malaise des juristes classiques, positivistes, lorsqu'ils devaient commenter ce texte qui, apparaissant au « titre préliminaire », inscrit au « péristyle » de la législation française, était davantage qu'un simple article, Ripert écrivait : « Le législateur a eu conscience qu'il fallait recourir à la loi morale pour compléter les règles normatives posées par le droit⁶. » Mais que recouvrait l'expression « loi morale » ? Dans le cas du doyen Ripert, sans ambiguïté possible, la « loi morale » n'était autre que la « morale chrétienne⁷ ». Mais dans le cas des rédacteurs du code civil ?

« Les bonnes mœurs ne sont, au fond, que les coutumes des honnêtes gens, spécialement en matière sexuelle pour un lieu et un temps donné », résume le doyen Carbonnier⁸. Souvent reprise, cette affirmation sous la plume d'un civiliste peut surprendre. Il est, en effet, généralement admis que les bonnes mœurs concernent plus spécifiquement l'évocation de « l'activité sexuelle » dans leur acception pénale, alors qu'elles « débordent » largement cette sphère au civil « pour viser également dans certains aspects, la loyauté, la correction, le désintéressement et le respect de la dignité humaine dans le domaine des relations sociales⁹. » Reste que la lutte au pénal contre « l'immoralité sexuelle », tel le proxénétisme ou l'avortement, excède le terrain des relations sexuelles proprement dites, pour intégrer des considérations

1. James Q. Whitman, « Enforcing Civility and Respect : Three Societies », *The Yale Law Journal*, vol. 109, n° 6, Avril 2000, p. 1385.

2. James Q. Whitman, *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

3. Stéphanie Hennette-Vauchez, « Une *dignitas* humaine ? », art. cité, p. 64 : « On ne croit pas que ces "anciennes normes de l'honneur" soient devenues applicables à tous – et moins encore qu'elles aient alors, en droit contemporain, pris le nom de dignité. »

4. Paul Savey-Casard, *Le Refus d'action pour cause d'indignité. Étude sur la maxime Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Lyon, Impr. Bosc Frères et Riou, Thèse, 1930, p. 261-263.

5. Julien Bonnacase, « La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 92.

6. Georges Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1925, n° 23, p. 40.

7. Anne Simonin, « La morale juridique de Georges Ripert ». Frédéric Audren, Jean-Louis Halpérin, Annie Stora-Lamarre (dir.), *La République et son droit* (à paraître, 2011).

8. Jean Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 1998, t. IV, *Les Obligations*, p. 142.

9. François Ost et Michel Van de Kerchove, « Mœurs » in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 380.

d'ordre public (la dignité de la personne humaine ou la dénatalité¹) ? En optant pour une définition restrictive des bonnes mœurs, le doyen Carbonnier enregistre, en réalité, la perte de leur « autorité juridique² » à l'époque contemporaine. Or les bonnes mœurs, dans le droit de la République, n'ont pas toujours été cette notion débile, en manque de force juridique...

UNE PERMANENCE DU DROIT ROMAIN

Pour prendre la pleine mesure des bonnes mœurs, il convient de faire retour au droit romain, et de s'intéresser aux voies qui ont favorisé davantage que la transmission des principes, ce que Imre Zajtay appelle la permanence de l'« armature » du droit romain, en droit français³.

« [La] notion de bonnes mœurs est précisément l'une de ces notions que Rome a transmises à nos législations modernes », écrit Félix Senn dans un article devenu classique⁴. Les bonnes mœurs imposaient aux citoyens de suivre, dans leur vie privée tout autant que dans leur vie publique, des « principes de conduite reconnus par tous⁵ ». Ces règles de conduite, élevées par l'auteur au rang de « principes de conduite impératifs coutumiers », étaient de deux sortes. Non écrites, il s'agissait d'obligations dont un citoyen romain ne pouvait s'écarter sans perdre son honorabilité et l'estime de ses concitoyens. Formulées dans la loi, ces règles de conduite étaient sanctionnées par un blâme délivré par le censeur – la *nota censoria*. Dans la mesure où le censeur était le gardien des mœurs ou des bonnes mœurs de la cité, son champ d'intervention définissait le domaine de ces dernières : le respect du devoir militaire, l'incorruptibilité dans l'exercice des fonctions publiques, le devoir de piété envers les proches, la probité, l'absence de condamnations infamantes... faisaient, entre autres, le citoyen romain de bonnes mœurs⁶.

Il y avait, d'un côté, les choses qui ne se faisaient pas : il n'était pas d'un citoyen romain de ne pas respecter l'autorité publique, de ne pas avoir d'enfants⁷... De l'autre, des actes que la loi notait d'infamie, en portant atteinte à la capacité civique du citoyen, en le privant de son *existimatio*, de ses droits politiques et de l'accès aux fonctions publiques pour l'essentiel⁸, en le déclarant, le mot vient sous la plume de Mommsen, « indigne ». Protégée par une infamie de fait et une infamie de droit, la sphère des bonnes mœurs s'étendait donc de part et d'autre de la frontière de la vie privée et de la vie publique :

En partant de cette considération justifiée en elle-même, écrit Mommsen, que le bien public profite autant de la bonne administration domestique qu'il est atteint par la

1. *Ibid.*, p. 382.

2. Georges Fauré, « Bonnes mœurs et dignité », art. cité, p. 205.

3. Imre Zajtay, « La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18, n° 2, avril-juin 1966, p. 353-354. Consultable sur Persée.

4. Félix Senn, « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Aspects historiques et philosophiques*, Sirey, t. I, 1977, p. 53. L'influence du droit canon sur la notion juridique de « bonnes mœurs » paraît une évidence, or cette influence est seconde. Voir Albert-Eugène Saint-Cyr, *La Notion de bonnes mœurs en droit civil français*, Imprimerie E. Castera, 1941, Thèse, p. 102.

5. Félix Senn, « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », art. cité, p. 56-57.

6. *Ibid.*, p. 57-58.

7. *Ibid.*, p. 57.

8. Henry Michel, *Cours de droit romain de 1875 à 1878*. Manuscrit, p. 772. Réserve Cujas.

L'INDIGNITÉ OU LES BONNES MŒURS RÉPUBLICAINES

mauvaise, on a fait rentrer dans le champ de la critique du censeur toute la vie privée suivie jusque dans ses détails les plus intimes¹.

C'est cette conception extensive des bonnes mœurs, à dominante civique, où la vie privée est liée à la vie publique, que l'on retrouve à l'article 6 du code civil en particulier.

Étudiant « l'introduction des bonnes mœurs dans le code civil », Édith Géraud-Llorca relève « la querelle académique » qui surgit en 1800 à propos de l'influence du droit romain². Le rapporteur du projet de code civil au Tribunal, Andrieux, raille, concernant l'article 6, l'importation du droit romain dans le droit français au prix d'un contresens sur la notion de *jus publicum*, qui, en latin, signifie non pas le « droit public » mais le « droit commun³ ». Pourquoi les rédacteurs du code civil ont-ils éprouvé la nécessité de faire retour au droit romain – qu'ils maîtrisent visiblement mal –, plutôt que d'ouvrir et de recopier une référence qui leur est à tous familière, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689) de Jean Domat ? Pourquoi avoir écrit : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent les bonnes mœurs et l'ordre public » (art. 6), plutôt que, comme dans les « Principes des loix civiles » de Domat : « Ne faire rien en son particulier qui blesse l'ordre public » et « Les promesses et les conventions qui violent les loix ou les bonnes mœurs n'obligent à rien, [...] »⁴ ? Parce que, et c'est l'hypothèse ici retenue, ne pas recopier Domat permettait de tenir compte de la laïcisation des esprits opérée par la Révolution française.

LES BONNES MŒURS OU LA VERTU PAR LE DROIT CIVIL

« L'ordre public » auquel Domat se réfère est décrit par lui en ces termes : « Ce qui renferme l'engagement de la soumission et de l'obéissance aux puissances que Dieu a établies pour maintenir cet ordre⁵. » Ce n'est évidemment pas cette conception divine que défendent les rédacteurs du code civil en évoquant l'ordre public. « Expression vague », jamais définie dans le code, la notion d'ordre public offre, selon Léon Julliot de la Morandière, le moyen de hiérarchiser les règles et de dénouer les conflits de loi au bénéfice de l'intérêt général⁶. Introduite par la loi martiale du 21 octobre 1789, la notion d'« ordre public » permet certes la répression des mouvements populaires, mais codifie aussi une force jusqu'alors exercée sans limite, la transformant en « violence légitime⁷ ». L'ordre public a pour fonction de rendre juridiquement viable un monde qui ne connaît d'architecte que le législateur, et où ce dernier monopolise la violence légitime.

1. Théodore Mommsen, *Le Droit public romain* [1894], Diffusion de Boccard, 1984, t. IV, p. 54.

2. Édith Géraud-Llorca, « L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil » in Curapp, *Les Bonnes Mœurs*, op. cit., p. 68.

3. Tribunal. Rapport fait à l'assemblée générale par M. Andrieux au nom de la Commission spéciale, 12 frimaire an X-3 déc. 1801 in P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, réimpression de l'édition de 1827, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, t. 1, p. 67.

4. Domat *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, *Le Droit public et Legum Delectus* [1689], À Paris, chez Savoye, 1756, t. I, chapitre V : « Principes des loix civiles », n° 3 et n° 10, p. VII-VIII. Consultable sur Gallica.

5. *Ibid.*, p. VII.

6. Léon Julliot de la Morandière, « L'ordre public en droit privé interne » in *Études de droit civil. À la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 381.

7. Michel Pertué, « Loi martiale, état de siège et législation révolutionnaire » in Bernard Gainot et Vincent Denis (dir.), *Un siècle d'ordre public en Révolution (de 1789 à la Troisième République)*, Société des études robespierristes, n° 11, 2009, p. 74-75.

Si l'ordre public reçoit de la Révolution une acception nouvelle et laïque, les rédacteurs du code civil ont toutefois dû être surpris de se voir mis en opposition avec Domat. Nul d'entre eux n'eût songé à nier que *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* était bien « l'origine la plus directe¹ » de l'article 6. Et que seul le « jansénisme juridique² » hérité de Domat leur avait permis d'inventer une articulation originale du droit naturel au droit positif : la notion de bonnes mœurs, « une authentique notion jusnaturaliste³ » mais cette fois placée dans la dépendance de la loi positive.

Les bonnes mœurs apportent, en effet, une réponse inédite à une question lancinante sous la Révolution : quel statut pour le droit naturel dans le droit positif ?

Pour Marat ou Saint-Just, le droit naturel est un droit antérieur au droit positif. Révélant l'incomplétude et l'imperfection du droit positif, le droit naturel ainsi entendu est, tout autant qu'une doctrine héritée d'Aristote, revue par saint Thomas d'Aquin, une arme politique, « la forme par excellence de la contestation de l'ordre établi⁴ ». Cette tradition dite « classique » du droit naturel est la plus débattue⁵. Quand la tradition janséniste du droit naturel, celle que symbolise le nom de Domat et dans laquelle s'incarne « l'âme de la pensée juridique du temps⁶ », la tradition « moderne » du droit naturel, est, elle, trop négligée.

Selon les juristes tenants de la tradition janséniste, jusnaturalistes pragmatiques, le droit naturel est une exigence certes « immuable » et supérieure, qui n'existe pourtant que formulée par le législateur. Seul le législateur est en mesure d'insuffler aux lois positives (arbitraires dirait Domat), un degré d'équité compatible avec l'ensemble des lois qui régissent le monde humain⁷, quand les lois immuables de droit naturel demeurent invariables et inaccessibles. L'intérêt porté à la transmission ou la trahison du droit naturel classique écrase le legs d'une tradition janséniste du droit naturel autrement durable, puisque perpétuée par le code civil. De cette tradition janséniste, les bonnes mœurs sont les héritières en ligne directe. L'article 6 l'atteste :

1. Jean Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, p. 144.

2. Marc Pena, « Les origines historiques de l'article 6 du Code Civil », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1992, p. 507. C'est à la communication de Jean-Philippe Heurtin, « L'amour des lois : fondement théologique et usage politique » que je dois d'avoir compris l'importance fondamentale de l'œuvre de Domat concernant le statut du droit naturel dans le droit révolutionnaire. In Journée d'étude « L'amour des lois », organisée dans le cadre de l'ANR RevLoi et le Laïos (EHESS) par Jean-Philippe Heurtin et Sophie Wahnich, le 21 octobre 2010, à l'EHESS. Actes à paraître.

3. Édith Géraud-Llorca, « L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil », art. cité, p. 69-70.

4. Marc Belissa, *Fraternité universelle et intérêt nationale (1713-1795). Les cosmopolitiques du droit des gens*, Kimé, 1998, p. 11.

5. Pour une critique de cette position, voir Denys de Béchillon, « Retour sur la Nature. Critique d'une idée classique du droit naturel » in Philippe Gérard et alii, *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1993, p. 581-582. Pour une généalogie du droit naturel classique dans son lien avec la Terreur consulter Dan Edelstein, *The Terror of Natural Right. Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2009, p. 71-86 ; contre l'inévitable dérapage dans la Terreur du droit naturel classique voir en particulier Florence Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution 1789-1795-1802*, PUF, 1992 ; Yannic Bosc, *La Terreur des droits de l'homme. Thomas Paine et le débat sur la Constitution de 1795* (à paraître), p. 182-223 ; Sophie Wahnich, *La Liberté ou la mort. Essai sur la Terreur et le terrorisme*, La Fabrique, 2003, p. 16.

6. André-Jean Arnaud, « Séminaire la famille, la loi, l'État », 10 février 1989, para. 4 et 3. Consultable sur Internet.

7. Domat, « Des règles du droit en général », Tit. I, section II, in *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, op. cit.*, p. V : « Car dans [les lois arbitraires], les tempéraments de l'équité sont restreints à ce qui peut s'accorder avec l'intention du Législateur et ne s'étendent pas à tout ce qui aurait pu paraître équitable, avant que la loi arbitraire eut été établie [...] ».

ce n'est pas
défaite en l'a

Poser la q
entretient av
dée que sous
la régénérati
« vertu », « p
révolutionnai
les citations
il faisait le «
La différenc
pour dire vi
républicanis

Les révol
social, à répi
révolutionna
qui régit le s
extraordinair
des mœurs r
pouvait que
ce n'est plu
L'inflexion t
de la premiè
particulier au
sur l'intérêt
publiques ;
grande, ce s
citoyens », d
(12 août 180
des mœurs s
début de la
question, ma
et le droit.

Les bonn
« bonne solu
solution pos
ayant perdu
objectera-t-c

1. Contra Flor
p. 302.

2. Voir en pai
nationale dans l
Carrel et Lapo
Consultable su

3. Carla Hesse
n° 4, juillet-aoû
République », «
Contra Mic

4. Portalis, « I
gouvernement :
toires du Code
Anne Verjus, I

L'INDIGNITÉ OU LES BONNES MŒURS RÉPUBLICAINES

ce n'est pas la révolution du mais d'une (certaine idée du) droit naturel qui a été défaite en l'an III¹.

Poser la question du droit naturel revient à s'intéresser aux rapports que la morale entretient avec le droit. Cette question ne fut peut-être jamais aussi densément abordée que sous la Révolution où, dès l'origine, les principaux acteurs furent hantés par la régénération des mœurs. Un gouvernement républicain sans morale politique, sans « vertu », « probité » ou « bonnes mœurs », était inconcevable aux yeux des juristes révolutionnaires, et ce, quelle que fût leur option politique. On pourrait multiplier les citations de Robespierre attestant la quête de cette vertu ou morale politique dont il faisait le « principe fondamental du gouvernement démocratique ou populaire² ». La différence entre l'an II et l'an III, entre la Terreur et la réaction thermidorienne pour dire vite, serait ainsi moins d'objectif que dans les moyens mobilisés pour républicaniser les mœurs.

Les révolutionnaires de l'an II ont cru au code pénal destiné à jeter l'opprobre social, à réprimer et réprouver publiquement, les actes contre-révolutionnaires³ ; les révolutionnaires de l'an III et du Directoire ont fondé leurs espoirs sur le code civil qui régit le statut des personnes et des biens. Sous la Terreur, c'est la justice pénale extraordinaire qui devait assurer le triomphe de la « vertu » et accélérer l'avènement des mœurs républicaines privées desquelles la Révolution courait à sa perte, et ne pouvait que « rétrograder ». Thermidor n'abandonne pas, mais change de moyen : ce n'est plus le code pénal mais le code civil qui mènera le citoyen à la vertu. L'inflexion thermidorienne rééquilibre la sphère privée et la sphère publique au profit de la première : il ne s'agit plus, comme sous la Terreur, de disqualifier l'intérêt particulier au profit de l'intérêt général, mais de fonder le règne de l'intérêt général sur l'intérêt particulier. « 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 », dira le rapporteur du projet de code civil, Portalis, le 24 thermidor an VIII (12 août 1800⁴). D'idées avortées en projets inaboutis, la question de l'établissement des mœurs s'est posée, de façon récurrente, au législateur révolutionnaire depuis le début de la Révolution : avec les « bonnes mœurs », l'an III n'a pas inventé une question, mais proposé une solution nouvelle aux rapports entre la morale publique et le droit.

Les bonnes mœurs ou le législateur ayant enfin compris qu'il n'existe pas de « bonne solution » aux rapports entre la morale et le droit, mais une moins mauvaise solution possible. Les bonnes mœurs ou la « vertu » codifiée, enchaînée par le droit, ayant perdu à la fois de son optimisme et de sa superbe... Pour ne plus incarner, objectera-t-on, qu'une faible et pâle morale publique réduite comme peau de chagrin,

1. Contra Florence Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution 1789-1795-1802*, op. cit., p. 302.

2. Voir en particulier Robespierre, « Sur les principes de morale qui doivent guider la Convention nationale dans l'administration intérieure de la République », 17 pluviôse an II (5 février 1794), in Armand Carrel et Laponneraye (ed), *Œuvres de Maximilien Robespierre*, chez l'éditeur, vol. 3, 1840, p. 544. Consultable sur Google livres.

3. Carla Hesse, « La logique culturelle de la loi révolutionnaire », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, n° 4, juillet-août 2002, p. 923 et « De l'esprit des lois révolutionnaires : justice pénale et fondation de la République », « Conférence Alphonse Aulard », 23 mars 2009.

Contra Michel Pertué, « Loi martiale, état de siège et législation révolutionnaire », art. cité, p. 90.

4. Portalis, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », 24 thermidor an 8 (12 août 1800), in P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, op. cit., p. 522. Concernant l'importance du « modèle politique de la famille », voir Anne Verjus, *Le Cens de la famille. Les femmes et le vote 1789-1848*, Belin, 2002, p. 19-28.

le champ pénal et civil des bonnes mœurs étant, en effet, et en apparence du moins, très limité.

Un seul article, l'article 287, du code pénal de 1810, réprimant l'exposition ou la distribution de chansons, pamphlets ou images « contraires aux bonnes mœurs », contenait, jusqu'en 1994, on l'a vu, une allusion explicite aux « bonnes mœurs ». Il convient toutefois d'apporter un correctif à ce constat, et de tenir compte des articles 330 et suivants du même code qui, réprimant « l'attentat aux mœurs » (attentat à la pudeur, viol, proxénétisme), fonctionnaient comme un réservoir de causes illicites et permettaient aux juges d'étendre le prisme des bonnes mœurs et d'invalider ou d'annuler, en leur nom, certains contrats¹.

Quant au code civil, en sus de l'article 6, quatre articles visent expressément les bonnes mœurs. Ces dernières ont pour fonction de surveiller le bon emploi de la fortune, les conventions conjugales, le respect de la bonne foi dans les contrats, la décence publique²... Les bonnes mœurs, ainsi que l'argumente un représentant de l'école de l'Exégèse, Théophile Huc, à la fin du XIX^e siècle³, ont pour fonction de protéger un « minimum civique⁴ ». Mais ce stock moral minimum, déterminé par les lois positives, inclut selon lui, et c'est fondamental, le « respect des idées et des principes qui ont triomphé en 89, qui forment la base de la société moderne⁵ ». En deux lignes et un article, l'article 6, les rédacteurs du code civil ont, en réalité, inscrit par le biais des bonnes mœurs les principes fondamentaux de la Révolution française dans cette « constitution matérielle » de la France qu'est le code civil⁶.

LA MATRICE RÉVOLUTIONNAIRE DES BONNES MŒURS

Qu'est-ce que les bonnes mœurs aux yeux des rédacteurs du code civil ? Si une formule pouvait être utilisée, il conviendrait d'écrire : bonnes mœurs = droit romain + domat + Révolution française.

Une filiation trop peu discutée fait des bonnes mœurs les héritières en ligne directe de l'an III. Les mœurs sont incontestablement au centre des préoccupations des thermidoriens, « obsédés » par la quête d'une « nouvelle infrastructure culturelle », selon l'expression d'Andrew Jainchill⁷. S'inscrivant dans la tradition du républica-

1. Art. 1133, cité : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » et le commentaire de Marc Billiau et Grégoire Loiseau, « Successions-Partage », *JCP. La Semaine juridique*, II 10 083, n° 19-20, 12 mai 1999 pp. 917-918.

2. Les articles du code civil qui traitent des bonnes mœurs sont : l'art. 6 cité ; l'art. 900 : toute disposition testamentaire contraire « aux lois et aux mœurs » est nulle ; l'art. 1133 : la cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ; l'art. 1172 : la chose impossible contraire aux bonnes mœurs est nulle ; l'art. 1387 : les conventions conjugales spéciales ne peuvent être contraires aux bonnes mœurs.

3. Voir Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIX^e-XX^e siècle*, PUF, 2007, p. 413. Concernant la minoration des travaux de ces premiers positivistes que furent les représentants de l'école de l'exégèse à la fin du XIX^e siècle, consulter Philippe Rémy, « École de l'exégèse », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 1, 1985, p. 114-123.

4. Stuart White, *The Civic minimum. On the Right and Obligations of Economic Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

5. Théophile Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil, op. cit.*, pp. 181-182. Pour une critique virulente de ces positions voir Lubomir Tchavdaroff, *De la notion de bonnes mœurs*, Imprimerie J. Fournier, Thèse, 1927, p. 22-23.

6. Jean Carbonnier, « Le Code civil » in Pierre Nora (dir.), *Les Lieux de mémoire*, t. II, *La nation*, vol. 2, Gallimard, 1986, p. 309.

7. Andrew Jainchill, *Reimagining Politics After the Terror. The Republican Origin of French Liberalism*, Ithaca and London, Cornell University Press, 2008, p. 67. Ma traduction.

nisme classique modes d'acquisition des fêtes révolutionnaires tout au long de l'énumération

La Constitution précédée d'une déclaration. Alors que les « devoirs » du citoyen, les droits³, la solution majeure figurent parmi d'anciens motifs la nécessité de

Trois articles particuliers, insistent sur le respect de

Art. 4 :
époux.
Art. 5 :
des lois
Art. 7 :
adresse
leur est

Comment ne pas la Déclaration prononce, au n° (12 avril 1795) être considérée républicain⁶, n° la Déclaration texte n'eut auc Déclaration des concerne les bo

1. Keith Michael Johnson, *The Journal of Modern History*, 26, Number 3, Summer 1954.
2. On remarquera qu'il contient une énumération de la France depuis 1795.
3. Marcel Gauchet, *Le désacralisation*, pp. 70-75.

4. Michel Troper, 5. Déclaration des août 1795) in Jacques Fournier, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, t. 24, p. 212 : « Ce à jamais immuable autorités constituées 7. Louis Gruffu, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, ancienne et moderne

nisme classique telle que définie par Keith Baker¹, Jainchill met l'accent sur les modes d'acquisition volontaires de la vertu civique par le biais de l'instruction et des fêtes révolutionnaires en particulier. Il passe curieusement sous silence une solution tout aussi volontaire et aux effets immédiats promue par les thermidoriens : l'énumération des « devoirs » qui incombent désormais aux citoyens.

La Constitution de l'an III (22 août 1795) est la seule Constitution française précédée d'une Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen². Alors que les Constituants s'étaient explicitement refusés en 1789 à formuler les « devoirs » du citoyen, considérant que les devoirs n'étaient que la face négative des droits³, la solution est retenue en l'an III. On aurait cependant tort de voir là une rupture majeure. Ainsi que le fait remarquer Michel Troper⁴, si des réactionnaires figurent parmi les partisans d'une « Déclaration des devoirs », on trouve aussi d'anciens montagnards, tel Pierre-Antoine Merlin de Douai parmi les promoteurs de la nécessaire codification des devoirs du peuple.

Trois articles de la Déclaration des devoirs du citoyen re-légitiment l'intérêt particulier, insistent sur l'impérative obéissance aux lois et, conséquemment, intéressent directement les bonnes mœurs :

Art. 4 : Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux.

Art. 5 : Nul n'est homme de bien s'il n'est franchement et religieusement observateur des lois.

Art. 7 : Celui qui, sans enfreindre ouvertement les lois, les élude par ruse ou par adresse, blesse les intérêts de tous : il se rend indigne de leur bienveillance et de leur estime⁵.

Comment ne pas rapprocher ces articles de ceux rédigés par Merlin de Douai dans la Déclaration des principes essentiels de l'ordre social et de la République qu'il prononce, au nom du comité de salut public, à la Convention, le 23 germinal an III (12 avril 1795), dans un contexte politique très tendu ? Cette Déclaration, qui peut être considérée comme la première formulation des principes généraux du droit républicain⁶, n'a eu que peu ou pas d'écho. Imprimée et renvoyée en commission, la Déclaration ne fut ni débattue, ni votée. Peut-on pour autant considérer que ce texte n'eut aucune influence ? Louis Gruffy l'établit comme « sous-texte » de la Déclaration des devoirs⁷. Étroite, cette lecture n'en est pas moins juste en ce qui concerne les bonnes mœurs. La *Déclaration des principes essentiels de l'ordre social*

1. Keith Michael Baker « Transformations of Classical Republicanism in Eighteenth-Century France », *The Journal of Modern History*, vol. 73, n° 1, March 2001, pp. 32-53 et Andrew Jainchill, « The Constitution of the Year III and the Persistence of Classical Republicanism », *French Historical Studies*, Volume 26, Number 3, Summer 2003, p. 405.

2. On remarquera toutefois que l'art. VII du « Préambule » de la Constitution du 4 novembre 1848 contient une énumération des devoirs qui incombent aux citoyens. In Jacques Godechot, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., p. 264.

3. Marcel Gauchet, « Droits et devoirs » in *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, 1989, p. 70-75.

4. Michel Troper, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Fayard, 2006, p. 93-96.

5. Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen. Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) in Jacques Godechot, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., p. 103.

6. Art. XII de la *Déclaration des principes essentiels de l'ordre social et de la République*, *Le Moniteur*, t. 24, p. 212 : « Ces principes, fondés sur la règle éternelle et indestructible de la morale naturelle, sont à jamais immuables. Ils guideront invariablement la représentation nationale dans ses décrets, et les autorités constituées dans leurs délibérations. »

7. Louis Gruffy, *La Vie et l'œuvre juridique de Merlin de Douai (1754-1838)*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, Thèse, 1934, p. 47-50.