

L'INCIDENCE DE LA RÈGLE MORALE DANS LA RÉALISATION DU DROIT

COMMENTAIRE DES CHAPITRES I, II ET IV DE
"LA RÈGLE MORALE DANS LES OBLIGATIONS CIVILES"

Par

Jean-Paul DELVILLE
*ATER en droit privé - Docteur en Droit -
Faculté de Droit et de Science Politique de Rennes*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	N° 1 à 6
PREMIÈRE SECTION - LA CONCURRENCE NORMATIVE ENTRE LA RÈGLE MORALE ET LA RÈGLE JURIDIQUE	N° 7 à 74
I - L'IDENTIFICATION DES SYSTÈMES	N° 8 à 32
A - La définition des critères de distinction	N° 9 à 21
1 - L'identité et la spécificité des deux règles	N° 10 à 15
2 - La validité des deux règles	N° 16 à 21
B - L'utilisation des critères de distinction	N° 22 à 32
1 - La valeur morale des règles appliquées	N° 23 à 26
2 - La nature des règles appliquées	N° 27 à 32
II - LA RÉPARTITION DES RÈGLES	N° 33 à 69
A - La formation du contrat	N° 34 à 50
1 - La référence à la règle morale	N° 35 à 44
2 - L'incompatibilité de la règle juridique et de la règle morale	N° 45 à 50
B - L'exercice des droits	N° 51 à 64
1 - La théorie de l'abus des droits	N° 52 à 56
2 - Les hypothèses particulières d'exercice abusif des droits	N° 57 à 64

C - La fraude	N° 65 à 69
1 - La fraude aux droits des créanciers	N° 66
2 - Le transfert ou la création des droits inconciliables	N° 67
3 - La fraude à la loi	N° 69 et 70
CONCLUSION	N° 70 à 74
DEUXIÈME SECTION - L'ÉVICTION DE LA RÈGLE JURIDIQUE PAR LA RÈGLE MORALE	
I - LES CATÉGORIES MIXTES	N° 76 à 127
A - L'élément emprunté à la règle juridique	N° 77 à 82
B - L'élément emprunté à la règle morale	N° 83 à 99
1 - Les catégories non spécifiées	N° 84 à 86
2 - Les actes intentionnels	N° 87 à 90
3 - Les actes simplement conscients	N° 91 à 99
C - Le lien de causalité entre les éléments de qualification	N° 100 à 127
1 - La causalité objective	N° 101 à 108
2 - La causalité subjective	N° 109 à 127
II - LA SANCTION DE LA RÈGLE MORALE	N° 128 à 166
A - La description des sanctions	N° 129 à 146
1 - Définition des sanctions au regard des règles juridiques	N° 130 à 135
2 - Définition des sanctions au regard de la règle morale	N° 136 à 146
B - La justification des sanctions	N° 147 à 166
1 - Le pouvoir judiciaire	N° 145 à 149
2 - Les degrés de validité	N° 153 à 166
CONCLUSION	N° 167 et 168

INTRODUCTION

1 - L'œuvre de Georges Ripert est, pour l'essentiel, consacrée à l'étude des forces créatrices du droit (1), qui conditionnent le contenu des règles juridiques (2). Comme il l'écrit lui-même dans le dernier de ses ouvrages, "le positivisme juridique présente le droit comme une création du pouvoir politique. Cette création est précédée d'une lutte de forces sociales. J'ai tenté d'étudier, dans des ouvrages successivement publiés, la naissance des lois en examinant quelle influence exercent, pour la création du droit, les principes de la morale chrétienne, la force du nombre dans une démocratie, la défense des intérêts dans une société capitaliste, et aussi quel danger naît du trop facile abandon des principes traditionnels" (3). L'un de ces ouvrages, "La règle morale dans les obligations civiles" (4), met en lumière l'incidence de la morale dans la réalisation du droit.

2 - Constituée de règles, la morale se distingue des autres forces créatrices, assimilables à de simples faits, sociaux ou politiques. Norme, la morale franchit aisément la frontière juridique (5). Elle offre un contenu normatif élaboré que le droit dote d'une sanction. Cette consécration positive des devoirs moraux est susceptible de degrés et prend la forme d'une règle obligatoire (6) ou d'une obligation naturelle (7), "fantôme d'obligation non obligatoire", dont la sanction est imparfaite (8). Dans ces hypothèses, la règle morale inspire la règle positive et lui emprunte sa normativité (9).

3 - La règle morale bénéficie en outre d'une valeur normative propre : "[elle] peut être étudiée... dans sa *fonction normative* quand elle vient empêcher l'abus de la forme juridique que des intéressés ont utilisée pour des fins que la morale réproouve" (10). Les développements consacrés à cette notion occupent une place marginale dans l'œuvre de Ripert : la fonction normative n'est pas une force créatrice mais un principe correcteur (11) qui tempère l'application de la règle de droit, par l'application d'une autre règle (12).

4 - Ripert consacre à la fonction normative trois chapitres qui décrivent ses manifestations : le chapitre I, "La morale et le contrat" (13), traite de la cause illicite et immorale, des vices du consentement, de l'équité dans le fonctionnement

(1) Rouast, "L'œuvre civiliste de Georges Ripert", R.T.D. Civ. 1959, p. 1 et s.

(2) Ripert, "Les forces créatrices du droit", L.G.D.J. 1955, N° 25, p. 73.

(3) Op. cit., préface, p. VI.

(4) La première édition de "La règle morale dans les obligations civiles" date de 1925. Nous nous référons au texte publié en 1949 par la L.G.D.J..

(5) Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles", N° 39, p. 72 et 73.

(6) Op. cit., N° 3, p. 7 : Le devoir de ne pas nuire injustement à autrui est consacré par les règles de la responsabilité civile. Le devoir de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui par l'action de in rem verso etc. Sur ce point, cf. Ripert, op. cit., Chapitre II, p. 197 et s.

(7) Sur le problème de l'obligation naturelle, op. cit., p. 363 et s.

(8) "...quand la règle morale n'arrive pas à prendre figure juridique, nous la voyons parfois errer aux frontières du droit, demander qu'on la considère au moins sous la forme décolorée d'une obligation naturelle...", Ripert, op. cit., N° 3, p. 7 et 8. "L'obligation naturelle est un devoir moral qui monte à la vie civile", op. cit., N° 192, p. 398.

(9) Op. cit., N° 6, p. 10.

(10) Op. cit., N° 3, p. 6.

(11) J.-L. Bergel, "Théorie générale du droit", 2^e édition, N° 86, p. 99.

(12) Pour une application de la fonction normative de la règle morale en matière d'arbitrage international, cf. P. Mayer, "La règle morale dans l'arbitrage international", Études P. Bellet, Litec 91, p. 379 et s., notamment n° 18, p. 389.

(13) Ripert, op. cit., Chapitre I, p. 37 et s.

des incapacités, du contrat d'adhésion et de la lésion. Le chapitre II, "L'exercice abusif des droits" (14), étudie la révision des contrats (15), l'abus des droits et la maxime "nemo auditur". Le chapitre IV, "La répression de la fraude et la peine civile" (16), envisage la fraude sous ses différents aspects : la fraude paulienne, la fraude dans le transfert ou la création des droits, la complicité de violation d'une obligation contractuelle et la fraude à la loi (17).

5 - La technique de la fonction normative, que Ripert utilise dans ces développements reste sous-jacente ; le but, clairement exprimé (18), est de dresser l'inventaire des solutions juridiques inspirées ou dictées par la morale. Menée dans cette direction, l'étude systématique des chapitres I, II et IV de "La règle morale..." ne présenterait pas d'aspect novateur. En revanche la richesse de la structure qui soutient les institutions étudiées en rend l'analyse opportune. À cet égard, les lignes consacrées à l'abus des droits (19) sont révélatrices (20) : "Dans quelle mesure le devoir moral de ne pas causer méchamment un préjudice à autrui peut-il annihiler entre les mains de son titulaire le droit qu'il possède ?" (21). D'emblée la fonction normative apparaît comme un mode de résolution des conflits entre les normes juridiques et les normes morales. La confrontation de ses diverses manifestations confirme et enrichit cette idée. Dégagée de toute critique relative à l'utilisation de la morale en matière juridique et de toute tentation d'évaluer l'actualité ou l'opportunité des solutions qui en découle, l'approche formelle du texte de Ripert permet de mettre à jour une véritable contribution à l'étude des systèmes normatifs (22).

6 - La totalité des normes, dont les normes juridiques ou morales, se répartit en systèmes. Chacun d'eux bénéficie d'un domaine de compétence, qui découle de l'ensemble des paramètres déterminant sa mise en œuvre. D'après l'opinion dominante, la règle morale, dès lors qu'elle n'est pas consacrée par une loi positive, ne doit pas interférer avec elle : l'application par les tribunaux de la règle morale serait contraire à la liberté civile, dont la liberté d'opinion est l'un des aspects (23). Telle n'est pas la conception de Ripert. Le droit et la morale, dont l'importance respective est globalement indéterminée, entrent en concurrence (Section I). Seul un principe de prévalence, variable en fonction de chaque norme, peut conduire à l'éviction d'une règle juridique, a priori applicable, par une règle morale (Section II).

(14) Op. cit., Chapitre II, p. 129 et s.

(15) D'après Ripert, la résolution est une application du pouvoir du juge de réviser le contrat. Op. cit., N° 76, p. 132 et 134.

(16) Op. cit., Chapitre IV, p. 287 et s.

(17) Sur l'apport du Doyen Ripert au droit civil, cf. A. Rouast, op. cit.

(18) Ripert, op. cit., N° 1, p. 1.

(19) Op. cit., N° 89 et s., p. 157 et s.

(20) La théorie de l'abus des droits est une clef pour l'interprétation du texte de Ripert, dont la thèse de doctorat porte sur "L'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines".

(21) Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles," N° 95, p. 167.

(22) La fonction normative de la règle morale, qui a pour résultat l'éviction d'une règle juridique au profit d'une règle morale, est une technique d'équité. Cf. S. Zaki, "Définir l'équité", A.P.D., tome 35, Sirey 1990, p. 87 et s.

(23) Ripert, op. cit., N° 4, p. 7.

PREMIÈRE SECTION LA CONCURRENCE NORMATIVE ENTRE LA RÈGLE MORALE ET LA RÈGLE JURIDIQUE

7 - La fonction normative de la règle morale entraîne l'éviction d'une règle juridique par une règle proprement morale. Elle met donc en cause deux systèmes normatifs distincts (I) entre lesquels se répartissent les règles évincées et les règles appliquées (II).

I - L'IDENTIFICATION DES SYSTÈMES NORMATIFS

8 - L'identification des systèmes normatifs a une importance particulière : la fonction normative, qui se situe dans une dualité d'ordre normatif, suppose l'utilisation (B) de critères clairement définis (A).

A - La définition des critères de distinction

9 - La définition des critères de distinction des deux règles n'est pas évidente, car, pour Ripert, la règle morale et la règle juridique sont de même nature. Leur spécificité intrinsèque doit pourtant être soulignée (1). Elle est accentuée par le fait que ces deux types de règle ne sont pas valides au même titre (2).

1 - L'identité et la spécificité des deux règles

10 - "Il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but... Mais il y a une différence de caractère" (24) affirme nettement Ripert.

11 - Il réfute l'opinion suivant laquelle le droit réglerait une partie seulement des devoirs moraux (25). Le droit peut sanctionner tout devoir moral. Cela ne signifie pas que toute règle positive sanctionne effectivement un devoir moral (26) ni que toute règle morale soit sanctionnée juridiquement, mais seulement qu'on ne peut distinguer, a priori, les deux types de règles au regard de leur contenu normatif : le même contenu normatif peut être considéré sous un aspect tant moral que juridique. Ainsi le devoir de ne pas nuire injustement à autrui a-t-il une valeur morale ; il est en outre consacré juridiquement, par les règles relatives à la responsabilité civile. De même le devoir moral de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui est sanctionné, notamment, par la théorie de l'enrichissement sans cause ; le devoir d'assistance envers autrui fait l'objet d'une consécration juridique partielle (27).

12 - De même on ne peut soutenir que le droit aurait pour but l'ordre social, et la morale le perfectionnement de l'individu ; que l'ordre social se réaliserait par la réglementation des actions, le perfectionnement de l'individu par celui des intentions (28). Pour Ripert, la règle juridique comme la règle morale permettent de réaliser ces deux fins, par les mêmes moyens (29). En effet le droit considère l'intention de

(24) Ripert, op. cit., N° 6, p. 10.

(25) Op. cit., n° 5, p. 9.

(26) Op. cit., n° 14, p. 23. Pour une application, op. cit., N° 166, p. 310.

(27) Op. cit., p. 269 et s.

(28) Op. cit., n° 5, p. 10.

(29) Idem.

diverses manières : elle peut influencer sur l'illicéité de l'acte (30) ; elle peut également constituer un élément de sa régularité (31). Le but de la règle et les moyens d'y parvenir ne peuvent donc, eux non plus, servir de critères de distinction entre le droit et la morale.

13 - Cependant la règle juridique et la règle morale ont des caractères spécifiques. "La règle morale devient règle juridique grâce à une injonction plus énergique et une sanction nécessaire pour le but à atteindre. Elle s'incarne et se précise par l'élaboration technique de la règle juridique" (32). La caractéristique spécifique de la règle de droit réside dans sa technicité : ses conditions d'application sont nettement cernées ; elle définit ce qui est obligatoire, permis ou défendu. De plus, elle indique la sanction qui permet de remédier à sa violation. Concrètement, elle se révèle par sa formulation explicite. À l'opposé, la règle morale apparaît comme un précepte général de conduite, dépourvu de sanction (33).

14 - Les règles morales et les règles juridiques s'organisent donc de la manière suivante : la morale constitue un ensemble de préceptes généraux ; le droit contient deux classes de règle : celles qui ne sanctionnent pas un devoir moral ; celles qui sanctionnent un tel devoir (34). Du fait de sa précision, la règle juridique ne consacre que partiellement la règle morale ; la sanction légale des devoirs moraux implique une délimitation de ces devoirs (35).

15 - Le critère relatif à la précision de la règle n'est pas autonome : la règle juridique est formulée et précisée au cours de la mise en œuvre des sources formelles du droit. Or la théorie des sources conditionne également la validité de la règle.

2 - La validité des deux règles

16 - La validité de la règle juridique est principalement formelle : "Quand cette règle a été donnée et sanctionnée par le législateur, elle se sépare de la règle [morale] qui lui sert de fondement, en ce sens que le droit, s'identifiant avec l'ordre juridique établi, se suffit à lui-même" (36). La règle de droit bénéficie d'une validité qui lui est propre, indépendante des rapports qu'elle peut entretenir avec la règle morale. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit conforme à la règle morale pour être valide (37). Une règle est juridiquement valide, dès lors qu'elle résulte d'une mise en œuvre des sources formelles du droit. C'est en ce sens que, d'après Ripert, la règle positive s'identifie avec l'ordre juridique établi, et sa validité avec sa positivité.

17 - La validité de la règle juridique est accessoirement matérielle (38). L'origine de la règle n'est pas le seul élément au regard duquel doit s'apprécier sa

(30) Op. cit., n° 162, p. 197, à propos des articles 1150 et 1151 du code civil.

(31) Op. cit., n° 157, p. 287, à propos des effets de la bonne foi.

(32) Ripert, op. cit., n° 6, p. 10.

(33) Cf. Ph. Jestaz, "Pouvoir juridique et pouvoir moral", R.T.D. Civ. 1990, p. 624 et s., notamment p. 635 et 636.

(34) Ripert, op. cit., n° 14, p. 23.

(35) Cf. supra, n° 13.

(36) Ripert, op. cit., n° 6, p. 10.

(37) Op. cit., n° 13 et 14, p. 23.

(38) Cf. Ripert et Boulanger, "Traité de droit civil d'après le traité de Planiol", L.G.D.J. 1956, Tome I, N° 236 et 242, p. 107 et 109. Ripert et Boulanger utilisent l'adjectif "matériel", rapporté aux termes "sources" et "autorité", pour désigner l'assentiment aux décisions de jurisprudence. Cf. également Ost et Van de Kerchove, "Jalons pour une théorie critique du droit", publications des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles 1987, p. 270 et s.

validité : "Le positivisme juridique ne peut nous donner complète satisfaction, puisqu'il n'explique pas le respect de la règle de droit par le sentiment même du droit" (39). Une règle qui ne serait pas ressentie, par les sujets de droit, comme obligatoire ne serait pas valide (40). Cette validité doit donc s'apprécier également au regard de l'assentiment des destinataires de la norme.

18 - La validité de la règle morale, quant à elle, est matérielle. Elle s'impose parce qu'elle reçoit l'assentiment de la majorité des membres d'une société (41).

19 - La règle juridique et la règle morale se distinguent donc, au regard de leur validité, en cela que la règle morale a une validité seulement matérielle, alors que la règle de droit est valide à la fois de manière matérielle et formelle.

20 - Mais ces deux types de règle se distinguent encore au regard de leur validité matérielle. En effet, la règle morale et la règle de droit ne reçoivent pas un assentiment de même nature : "le droit ne réclame qu'une seule chose, l'obéissance aux lois ; les raisons de l'obéissance restent le secret des âmes. L'autorité publique assure la sanction ; elle ne demande pas compte des motifs de la soumission" (42). Il suffit que l'assentiment au droit existe ; les motifs qui expliquent le "désir d'obéissance" (43) sont indifférents. A contrario, la règle morale réclame une adhésion en conscience. L'assentiment des destinataires de la règle n'est donc pas le même dans les deux cas, et, par conséquent, la validité juridique matérielle doit s'apprécier différemment de la validité morale.

21 - En conséquence, le système juridique regroupe les règles formellement valides, qui reçoivent un assentiment indéterminé de la part des sujets de droit. Le système moral est constitué de règles qui reçoivent un assentiment en conscience. Le critère de la validité, complété par celui de la précision, doit permettre de reconnaître aisément la nature, morale ou juridique, des règles. L'utilisation qu'en fait Ripert soulève néanmoins des difficultés.

B - L'utilisation des critères de distinction

22 - Les critères de distinction des systèmes définis dans "La règle morale dans les obligations civiles" n'y sont pas toujours utilisés explicitement. Ripert insiste sur la valeur morale des règles appliquées (1) mais ne fournit que des indications sommaires sur leur nature proprement morale ou juridique (2).

1 - La valeur morale des règles appliquées

23 - Les règles qui ont une valeur morale regroupent les préceptes moraux et les sanctions légales des devoirs moraux. L'étude de chaque manifestation de la fonction normative contient une démonstration de l'applicabilité de telles règles à un ensemble de situations de fait (44). Ainsi à propos de la violence, Ripert écrit :

(39) Ripert, op. cit., n° 13, p. 22.

(40) Op. cit., n° 15, p. 26 et n° 17, p. 29.

(41) Op. cit., n° 14, p. 23, n° 15, p. 25 et n° 16, p. 27.

(42) Op. cit., n° 13, p. 22.

(43) Idem.

(44) À propos de la théorie des vices du consentement en général, cf. Ripert op. cit., N° 41, p. 76 ; à propos de l'erreur, N° 42, p. 78 et 79, à partir de "comme il fallait expliquer cette extension de la théorie..." jusqu'à "...qui se révèle inutile pour elle" ; à propos de la violence, N° 45, p. 83, à partir de "Supposons que l'acte d'où naît la crainte..." jusqu'à "...est imposé par une considération de justice" ; à

"Supposons que l'acte d'où naît la violence soit un acte légitime, le consentement de celui qui s'oblige n'en est pas moins altéré, le contrat n'est pourtant pas frappé de nullité. On ne peut mieux démontrer que la nullité n'est prononcée que dans les hypothèses où l'annulation du contrat est imposée par une considération de justice" (45).

24 - Cette hypothèse, qui est une mise en œuvre de l'article 1111 du code civil, se caractérise par trois éléments : la légitimité de l'acte d'où naît la crainte, l'altération du consentement de la partie qui s'oblige et la validité du contrat. Ces éléments s'analysent comme des conditions d'application ou des sanctions qui se rattachent à deux règles. La première résulte du principe de l'autonomie de la volonté : si le degré de volonté est insuffisant, le contrat est nul (46). La seconde s'intègre dans une conception morale des vices du consentement : si l'acte d'où naît la crainte est illégitime, le contrat est nul.

25 - Les conditions d'application de ces deux règles sont partiellement identiques : la crainte qui naît de l'acte de violence est une forme d'altération du consentement. Mais les sanctions prévues sont opposées lorsque la volonté est altérée par un acte de violence légitime : le contrat est nul au regard de la première règle, valable au regard de la seconde.

26 - Lorsque le consentement est inspiré par la crainte, la validité du contrat doit s'apprécier au regard de la légitimité de l'acte de violence (47). La règle appliquée est celle qui a une valeur morale (48). Au moyen de cette analyse, Ripert établit que la théorie des vices du consentement (la violence) ne procède pas du principe de l'autonomie de la volonté - qui conduirait à des solutions inverses s'il s'appliquait aux actes qui engendrent la crainte - mais d'une règle d'inspiration morale. Cette conclusion est satisfaisante au regard de l'objet de "La règle morale dans les obligations civiles", montrer que "le droit dans sa partie la plus technique est dominé par la loi morale" (49). Cependant, elle ne rend pas compte avec exactitude des mécanismes qui ont pour résultat l'éviction d'un corps de règles juridiques. Ce mécanisme dépend de la nature de la règle appliquée.

2 - La nature des règles appliquées

27 - Suivant que l'on se réfère à la sanction légale d'un devoir moral ou à une règle morale, l'éviction de la règle juridique se fait suivant des schémas différents.

a - L'éviction d'une règle juridique au profit de la sanction légale d'un devoir moral

28 - Les règles juridiques qui sanctionnent des devoirs moraux ne sont pas constitutives d'un système normatif qui se distinguerait de l'ordre juridique. Dans un même système, les domaines d'application des règles sont organisés de façon à éviter les antinomies. Par exemple, si toutes les règles qui régissent la violence subie par

propos du dol, N° 47, p. 87 et 88, à partir de "Pour conserver au dol son caractère..., jusqu'à "...le priver du bénéfice du contrat". D'une manière générale, cf. infra, N° 33 et s.

(45) Ripert, op. cit., n° 45, p. 83.

(46) Op. cit., n° 41, p. 76.

(47) Op. cit., n° 45, p. 83.

(48) Idem.

(49) Op. cit., n° 1, p. 1.

un contractant sont juridiques, la règle suivant laquelle le contrat est valable si l'acte qui engendre la crainte est légitime déroge à celle qui prévoit que le débiteur n'est pas obligé lorsque sa volonté a été altérée.

29 - Il se peut qu'une règle dérogatoire sanctionne un devoir moral. Dans ce cas, il y a en quelque sorte éviction d'une règle juridique par une règle d'inspiration morale. Mais cette règle est précisée juridiquement. C'est pourquoi cette hypothèse n'est pas une manifestation de la fonction normative, qui suppose l'application d'une règle strictement morale. Cette précision suscite des difficultés dans l'interprétation des chapitres I, II et IV de "La règle morale...". En effet Ripert y traite concurremment des règles morales sanctionnées légalement et de celles qui sont proprement morales. Mais, outre que la distinction est justifiée au regard de la définition qu'il donne de la fonction normative, ce regroupement, même s'il contribue à occulter la diversité des mécanismes techniques en cause, s'explique par le fait que la sanction positive des devoirs moraux et l'application directe des règles proprement morales correspondent toutes deux à un esprit de moralisation du droit civil (50).

30 - Il convient donc de déterminer si les règles exposées par Ripert sont, au regard des critères de la précision ainsi que de la validité et non pas seulement de leur contenu, des règles de droit ou des règles morales. Les critères qui permettent d'identifier la nature positive de la règle sont cumulatifs : une règle est juridique uniquement lorsqu'elle est formulée avec précision dans le cadre d'une mise en œuvre des sources formelles du droit (51). Si une loi se réfère à la règle morale sans la préciser, on ne peut parler alors de règle juridique. Le législateur autorise le juge à utiliser directement la règle morale. Il s'agit d'une application légale de la fonction normative (52). La jurisprudence, quant à elle, "jouit d'une simple autorité de fait" (53). Mais si la validité formelle lui fait défaut, elle bénéficie d'une autorité matérielle qui résulte de "la réception des règles par les justiciables... et plus spécialement par les juristes" (54). Sous ces réserves, si les solutions adoptées par les tribunaux sont fixées, elles donnent naissance à des règles jurisprudentielles (55). Dans le cas contraire, le juge utilise une règle, juridique ou morale, mais n'en crée pas. La fonction normative entre en ligne de compte uniquement lorsque la règle utilisée est proprement morale.

b - L'éviction d'une règle juridique au profit d'une règle morale

31 - Des antinomies risquent de survenir entre des règles qui appartiennent à des systèmes normatifs distincts, car chacun de ces systèmes organise les domaines d'application des règles qu'il contient, de manière autonome. Par exemple, si les règles qui sanctionnent la violence subie par un contractant appartiennent à des systèmes normatifs distincts, le contrat est juridiquement nul mais moralement valable lorsque le consentement a été altéré par un acte de violence légitime (56).

(50) Ripert, op. cit., n° 170, p. 319 et 320 et n° 1, p. 1.

(51) "[La règle morale] s'incarne et se précise par l'élaboration technique de la règle juridique," op. cit., N° 6, p. 10.

(52) La mise en œuvre de la fonction normative est toujours jurisprudentielle, puisqu'elle se situe au niveau de l'application des règles. Cf. infra, N° 144.

(53) Ripert et Boulanger, "Traité de droit civil d'après le traité de Planiol", L.G.D.J. 1956, Tome I, N° 239, p. 108.

(54) Ripert et Boulanger, op. cit., N° 242, p. 109.

(55) Op. cit., N° 243, p. 109 et 110.

(56) En comparant les deux types de règles, Ripert gomme l'une des particularités des préceptes moraux, qui ne comportent pas de sanction : à proprement parler, un contrat n'est pas moralement

L'application d'une règle proprement morale suppose l'éviction de la règle juridique avec laquelle elle est incompatible, ce qui est l'objet même de la fonction normative. Une autre solution pourrait conduire à l'application de sanctions opposées à une même situation.

32 - Bien qu'elles soient analogues dans leurs conséquences pratiques, l'application de la sanction légale d'un devoir moral et l'éviction d'une règle juridique au profit d'un précepte moral sont des mécanismes normatifs extrêmement différents. Il importe donc de rechercher dans chaque cas le fondement de l'application des règles morales que Ripert étudie. Un tel fondement résulte de l'exacte répartition de ces règles entre les différents systèmes normatifs.

II - LA RÉPARTITION DES RÈGLES

33 - Puisque la fonction normative de la règle morale consiste dans l'éviction d'une règle juridique au profit d'une règle morale proprement dite, il convient, afin de caractériser les manifestations de cette fonction, de montrer comment chacune d'elle s'inscrit dans une dualité normative, d'observer quelles sont les règles juridiques évincées et les règles morales appliquées. Le mieux est de suivre ici l'ordre adopté par Ripert et de passer successivement en revue les chapitres I, II et IV de "La règle morale dans les obligations civiles".

A - La formation du contrat

34 - Cette rubrique regroupe plusieurs manifestations de la fonction normative de la règle morale : la cause illicite et immorale (57), la théorie des vices du consentement (58) et le problème de la lésion (59). L'utilisation des critères qui permettent de distinguer les différents types de règles montre que la formation du contrat est soumise à des considérations morales. Les règles effectivement appliquées sont désignées par la loi ou la jurisprudence comme des règles morales dépourvues de formulation technique (1). En outre elles sont incompatibles avec les règles juridiques qui devraient régir la matière (2).

1 - La référence à la règle morale

35 - Juridiquement, la théorie des vices du consentement résulte des articles 1109 et suivants du code civil ; la cause illicite est visée aux articles 1108, 1131 et 1133 (60) ; la lésion à l'article 1118 du code civil. Quel est exactement le contenu normatif de ces dispositions ? Contiennent-elles des règles suffisamment précises pour donner une solution aux problèmes liés à la formation du contrat, sans recourir directement à la règle morale ?

valable ou nul ; il est seulement conforme ou contraire à la morale. Cette simple précision n'affaiblit en rien le raisonnement de Ripert. L'incompatibilité entre la règle juridique et la règle morale est bien réelle. En premier lieu, l'attribution d'une sanction à la règle morale peut être faite par anticipation : la sanction envisagée, bien qu'extérieure à la règle, est celle qui résultera de la mise en œuvre de la fonction normative (cf., *infra*, N° 128 et s.). En second lieu, un même acte peut se révéler conforme à la prescription de conduite que contient implicitement la règle positive et contraire à la norme morale.

(57) *Op. cit.*, p. 40 et s.

(58) *Op. cit.* p. 75 et s.

(59) *Op. cit.*, p. 130 et s.

(60) Ripert, *op. cit.*, N° 23, p. 40.

36 - "La cause est illicite... quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public" (61). Pour Ripert, l'article 1133 renvoie à la règle morale (62). Il ne contient aucune indication précise permettant de détecter l'existence d'une cause illicite ou immorale dans le contrat sans y recourir directement. De telles précisions ne sont pas totalement absentes du code (63), mais elles sont partielles, et, de ce fait, laissent place à une application directe de la règle morale (64). À travers la jurisprudence, la cause se révèle immorale si le contrat réalise la violation d'un devoir comme celui de ne pas disposer, sans motif légitime, de sa vie, de sa personne ou de sa liberté (65) ; de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui (66) ; de ne pas porter atteinte à la morale sexuelle (67), etc.. Les décisions de jurisprudence qui prononcent la nullité d'une convention pour cause immorale font application de ces préceptes moraux sans néanmoins leur donner une formulation suffisamment précise pour qu'on puisse les considérer comme des règles juridiques (68). Cela n'empêche pas d'ailleurs, que la règle en cause soit énoncée juridiquement dans un autre domaine : le devoir de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui passe la frontière juridique dans la théorie de l'enrichissement sans cause. Mais elle ne contient pas alors la sanction nécessaire au but à atteindre : l'action de *in rem verso* ne peut être invoquée utilement pour obtenir l'annulation d'un contrat (69).

37 - Pareillement, la référence à la règle morale est inévitable dans l'appréciation des vices du consentement. Mais "l'aspect moral de la théorie" (70) est équivoque : il peut s'agir soit du fondement moral de la règle juridique soit de l'application d'une règle morale.

38 - L'article 1110 du code civil se réfère à l'erreur sur la substance de la chose et l'erreur sur la personne (71). La jurisprudence, au terme d'une interprétation extensive, exige seulement que l'erreur soit déterminante et commune. La constance et la précision de ces solutions invitent à penser qu'elles constituent de véritables règles jurisprudentielles (72) et non une application de la fonction normative de la règle morale.

39 - L'annulation pour dol semble être organisée par des règles juridiques précises. L'article 1116 du code civil exige des manœuvres dolosives, que le dol ait un caractère déterminant et qu'il émane du cocontractant. Néanmoins la notion de manœuvres dolosives n'est pas nettement définie et les tribunaux doivent recourir

(61) Article 1133 du code civil.

(62) Pour Ripert, il existe un lien très étroit entre la morale et les bonnes mœurs. *Op. cit.*, N° 23, p. 40 et s., N° 69 et 39, p. 73. Pour un exposé et la critique des diverses conceptions, cf. N° 37 et s., p. 67 et s.

(63) *Op. cit.*, N° 26, p. 49, à propos des articles 1965 et 1967 du code civil.

(64) *Op. cit.*, N° 23, p. 41.

(65) *Op. cit.*, N° 24, p. 42 et s.

(66) *Op. cit.*, N° 26, p. 49.

(67) *Op. cit.*, N° 25, p. 46.

(68) *Op. cit.*, N° 24, p. 42 et N° 39, p. 73.

(69) Sur l'enrichissement sans cause, cf. Ripert, *op. cit.*, p. 244 et s.

(70) *Op. cit.*, N° 41, p. 76.

(71) Ripert ne traite pas de l'erreur sur la personne.

(72) Le caractère déterminant de l'erreur fait l'objet d'une règle juridique, formulée avec précision : "l'erreur doit être prise en considération lorsqu'elle est telle que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté". De plus l'annulation pour erreur est utilisée comme un "procédé technique de protection", par une jurisprudence constante, Ripert, *op. cit.*, N° 42, p. 77 et 78. Le caractère commun de l'erreur reçoit la même analyse : "la jurisprudence exige que l'erreur soit commune aux deux contractants", *op. cit.*, N° 44, p. 81.

directement à la règle morale, suivant laquelle nul ne doit tromper volontairement autrui, pour apprécier la conduite des contractants (73).

40 - La réticence, d'après Ripert, n'est pas, à proprement parler, constitutive d'un dol : "il n'y a pas réticence coupable, puisque l'on est pas tenu de détromper celui qui erre" (74). L'obligation morale de ne pas tromper volontairement autrui ne s'étend pas aux faits d'abstention. Néanmoins la réticence revêt un caractère dolosif "si l'une des parties à l'obligation en conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre" (75). Le fondement de la sanction de la réticence est donc l'abus consistant dans l'exploitation d'autrui, et non la tromperie (76). En réalité, il n'y a pas d'unité dans les applications de l'article 1116 du code civil.

41 - L'obligation de contracter loyalement a été précisée par la jurisprudence (77). L'exploitation de l'ignorance d'autrui est traduite juridiquement par la connaissance d'un fait que la victime avait intérêt à connaître, la conclusion d'un contrat désavantageux pour elle et l'incitation à contracter ou l'intention d'induire autrui en erreur (78). Mais pour justifier la nullité, l'exploitation d'autrui doit être injuste (79). La jurisprudence, qui suit cette solution, ne définit pas l'injustice (80). La sanction de la réticence résulte donc encore de la fonction normative de la règle morale (81).

42 - Les articles du code civil relatifs à la violence définissent les sanctions attachées à ce vice, les victimes protégées (82), les possibilités de confirmation (83) et un cas d'exclusion de la violence : la crainte révérencielle (84). Mais toute violence n'entraîne pas la nullité de la convention. Hormis l'hypothèse visée par l'article 1114 du code civil, encore faut-il rechercher si, conformément à la règle morale, la violence a un caractère injuste (85).

43 - La lésion n'est admise qu'exceptionnellement par la loi (86). En effet, comme le montre l'article 1118 du code civil, le législateur n'a pas entendu se référer directement à la règle morale en matière de lésion. Ripert le déplore : une telle référence serait selon lui souhaitable en jurisprudence (87) ; les tribunaux devraient annuler le contrat dès lors que le déséquilibre des prestations révèle l'exploitation

(73) Le dol se définit "l'acte coupable qui peut revêtir les formes les plus diverses". L'imprécision de cette définition conduit à rechercher la culpabilité morale, op. cit., N° 47, p. 87.

(74) Op. cit., N° 44, p. 82.

(75) Op. cit., N° 48, p. 89.

(76) Cela explique que la réticence et la lésion, qui font toutes deux application du même devoir moral, soient sanctionnées suivant les mêmes modalités, op. cit., N° 48, p. 88 et s., et N° 73, p. 125 et s.

(77) J. Ghestin, "Traité de droit civil", tome II, L.G.D.J. 1988, N° 430 et s., p. 465 et s.

(78) Civ 1^o, 10 mai 1989, J.C.P. 1989, II, N° 2363, obs. Legeais, J.C.P.N. 1991, II, p. 45, obs. Salvage ; Mestre, "Jurisprudence française en matière de droit civil : obligations et contrats spéciaux", R.T.D.Civ. 1987, p. 338.

(79) J. Ghestin, op. cit., N° 435, p. 472.

(80) Comparez civ. 1^o, 10 mai 1989, précité et com., 12 mai 1987, Jurisprudence française, tome V, par J. Schmidt-Szalewsky, N° 44, p. 53 et 54.

(81) Sur la mise en œuvre de la sanction, cf. infra, n° 94 et 126.

(82) Article 1113 du code civil.

(83) Article 1115 du code civil.

(84) Article 1114 du code civil.

(85) Le texte de Ripert ne fournit pas d'indications explicites sur la nature de la règle qui rend la violence illégitime. La règle morale peut, semble-t-il être appliquée directement : "toutes les fois que l'acte... est régulier et légitime pour celui qui l'exerce, il ne peut être appelé acte de violence", Ripert op. cit., N° 45, p. 83.

(86) Op. cit., N° 62, p. 107 et s.

(87) Op. cit., N° 73, p. 126 et 127.

injuste d'une personne par une autre (88). Mais l'organisation légale de la lésion est difficile voire impossible : la tarification des prestations contractuelles conduirait à des conséquences économiques néfastes. Elle n'est d'ailleurs envisageable que pour les produits les plus courants (89). Surtout le prix de la volonté de contracter, qui est particulier à chaque contractant, est objectivement indéterminable (90).

44 - Dans la plupart de ces hypothèses la loi prévoit expressément l'application des règles morales, qui sont en conflit avec la doctrine de l'autonomie de la volonté.

2 - L'incompatibilité de la règle juridique et de la règle morale

45 - Les règles juridiques relatives à la formation du contrat se regroupent essentiellement dans la doctrine de l'autonomie de la volonté. C'est donc cet ensemble de règles qui est évincé par la fonction normative de la règle morale. L'incompatibilité entre les règles effectivement appliquées à la formation du contrat et cette doctrine met en évidence que ce sont des règles morales qui sont choisies au détriment de règles juridiques.

46 - Dans la doctrine de l'autonomie de la volonté, l'existence d'un motif immoral n'affecte pas la validité du contrat. Il suffit que l'engagement soit voulu pour qu'il soit licite (91) ; l'engagement est voulu quel qu'en soit le motif (92).

47 - Si la théorie des vices du consentement est construite sur la doctrine de l'autonomie de la volonté, l'on doit rechercher uniquement quel est l'effet du vice sur la volonté de celui qui s'oblige. Deux solutions sont alors possibles :

- l'existence de la volonté n'est pas affectée par la présence d'un vice (93) : il y a acte de volition, et, de ce fait, le contrat est formé.

- Un vice du consentement peut empêcher la formation du contrat ; il faut alors examiner le processus de réalisation de l'acte de volition pour déterminer s'il a été ou non effectué. Cette analyse psychologique devrait conduire les tribunaux à apprécier la qualité de la volonté (94), en présence de vices nommés (95). En outre les deux parties devraient pouvoir demander la nullité puisque le contrat n'est pas formé (96). En réalité, seule la victime peut agir.

48 - La rescision du contrat pour lésion est, elle aussi, en contradiction avec le principe de l'autonomie de la volonté : une fois le contenu de la convention débattu, celle-ci devient obligatoire (97).

49 - La doctrine de l'autonomie de la volonté ne permet donc pas d'expliquer toutes les solutions positives. Très schématiquement, elle contient deux règles fondamentales :

(88) Op. cit., N° 70, p. 121. L'exploitation d'autrui, dont l'enrichissement injuste est l'une des formes, consiste dans l'abus de la situation de faiblesse d'autrui. Op. cit., N° 67, p. 117.

(89) Op. cit., N° 68, p. 118.

(90) Op. cit., N° 69, p. 119 et 120.

(91) Op. cit., N° 22, p. 38.

(92) Op. cit., N° 32, p. 60 et 61.

(93) Op. cit., N° 41, p. 75 et s.

(94) Idem.

(95) Article 1109 du code civil.

(96) Loc. cit. note 92.

(97) Ripert, op. cit., N° 63, p. 109 et 110 ; N° 67, p. 117.

- sauf exception (98), chacun a le droit de contracter,
 - celui qui a contracté doit donner, faire ou ne pas faire ce qui est stipulé.
- Les règles proprement morales appliquées à la formation du contrat contiennent des prescriptions inverses :
- certaines actions sont interdites, même à l'occasion de la conclusion d'un contrat ;
 - celui qui a subi une injustice n'est pas obligé, alors même qu'il aurait donné son consentement.

50 - L'incompatibilité entre les règles morales et les règles juridiques applicables à la formation du contrat se manifeste essentiellement au regard de la notion même de contrat. Conformément à l'article 1101 du code civil, la doctrine de l'autonomie de la volonté définit le contrat comme un acte juridique, c'est-à-dire comme une volonté créatrice d'effets de droit. Les règles relatives à la cause immorale, aux vices du consentement et à la lésion définissent dans quelles hypothèses le contrat peut se former. Les effets juridiques du contrat ne résultent pas de la seule volonté mais également de la régularité morale de l'acte de volition (99). Une telle dualité dans la notion de contrat n'est admissible que si elle est parfaitement déterminée par la précision propre aux règles dérogatoires. Dans le cas contraire, il faut admettre que les règles en cause se répartissent en deux systèmes normatifs distincts (100). La même conclusion résulte de l'étude de l'exercice des droits.

B - L'exercice des droits

51 - La sanction de l'exercice abusif des droits regroupe trois manifestations de la fonction normative de la règle morale : la théorie de l'abus des droits au sens de la section II du chapitre II de "La règle morale dans les obligations civiles" (101) et deux hypothèses particulières d'exercice abusif des droits.

1 - La théorie de l'abus des droits

52 - Dans les hypothèses envisagées par Ripert à la Section II du Chapitre II de son ouvrage, la règle morale, qui permet de caractériser l'abus, prescrit que nul ne doit nuire intentionnellement à autrui (102). Cette définition de l'abus des droits est incompatible avec le système juridique, en l'occurrence, les règles de la responsabilité civile (103) : le rapport entre le droit objectif et les droits subjectifs interdit de voir dans la responsabilité civile le fondement de la théorie de l'abus des droits.

a - Le rapport entre le droit objectif et les droits subjectifs

53 - D'après la théorie classique, les droits subjectifs sont des droits naturels ; leur existence n'est pas subordonnée à la loi positive. Les droits subjectifs deviennent des droits positifs dès lors qu'ils sont précisés par la loi (104). Pour

(98) C'est le cas de l'incapacité de contracter.

(99) Op. cit., n° 22, p. 39.

(100) Cf. supra n° 33.

(101) Op. cit., p. 157 et s.

(102) Op. cit., n° 95, p. 167. Certaines hypothèses d'abus des droits nécessitent la mise en œuvre d'un autre critère, cf. op. cit., n° 170, p. 319.

(103) Op. cit., n° 94, p. 165.

(104) Op. cit., n° 92, p. 163.

Ripert, au contraire, les droits subjectifs ne constituent pas des prérogatives naturelles, et se distinguent ainsi des simples facultés : ils sont soit acquis au prix d'un sacrifice ou d'un travail, soit transmis, et ont essentiellement une valeur économique (105). Aussi ne peuvent-ils exister qu'à la condition que le droit positif définitive exactement quelles sont les prérogatives attribuées au titulaire du droit. Ce pouvoir doit être respecté et se double de l'obligation pour un ou plusieurs autres individus d'agir ou de s'abstenir au profit du titulaire du droit (106).

b - Le rejet de la responsabilité civile comme fondement de l'abus des droits

54 - La théorie classique explique les décisions qui sanctionnent des abus d'un droit par la responsabilité civile (107). Les droits naturels font l'objet d'une double limitation : certains d'entre eux sont précisés par la règle positive et doivent alors être exercés dans les limites que cette règle leur assigne ; tous les droits naturels sont restreints par des obligations générales (108). Aussi le titulaire d'un droit commet-il une faute s'il agit en dehors des limites particulières que lui a assignées le législateur ou s'il manque à une obligation générale. "Abuser" d'un droit, c'est en réalité sortir des limites objectives de ce droit (109).

55 - D'après Ripert, le système juridique ne peut pas expliquer la sanction de l'abus des droits ; les règles qui permettent de déterminer l'abus sont des règles morales, incompatibles avec les règles juridiques. En effet, les droits subjectifs confèrent à une personne une puissance sur une ou plusieurs autres personnes. Les personnes à l'égard desquelles cette puissance s'exerce doivent subir le dommage qui peut résulter de l'exercice du droit, ce qui exclut l'obligation, pour le titulaire du droit, de réparer ce dommage. Celui qui exerce un droit bénéficie d'une présomption d'irresponsabilité (110). Aussi ne peut-on appliquer les règles de la responsabilité civile à des actes correspondant à l'exercice d'un droit sans bouleverser la notion même de droit subjectif (111). À cela, on pourrait objecter que le système juridique lui-même autoriserait l'exercice des droits sous la réserve de l'intention de nuire. L'abus des droits serait en réalité une hypothèse particulière de responsabilité civile. Il n'en est rien. Le recours direct à la règle morale se justifie par des considérations d'opportunité : "l'irresponsabilité [dans l'exercice des droits] repose sur la nécessité d'une action libre et sans crainte" (112). Une définition trop restrictive des droits subjectifs porterait atteinte à la sécurité juridique dans l'exercice des droits, qu'une utilisation mesurée de la règle morale permet de sauvegarder.

56 - La théorie de l'abus des droits n'est pas limitée par la nature des droits exercés (113). Cependant la sanction de l'exercice de certaines prérogatives juridiques fait l'objet d'institutions spécifiques.

(105) Idem.

(106) "[Un droit subjectif] constitue une prérogative définie et donne puissance à un homme sur un autre homme ou sur les autres hommes." loc. cit. note 103.

(107) Op. cit., N° 90, p. 159 et s., N° 91, p. 161 et s.

(108) Idem.

(109) Op. cit., N° 91, p. 161.

(110) Op. cit., N° 92, p. 162 et s.

(111) Op. cit., N° 92, p. 163.

(112) Idem.

(113) Sur la réserve des droits discrétionnaire, cf. op. cit., n° 100, p. 174 et s.

2 - Les hypothèses particulières d'exercice abusif des droits

57 - La révision des contrats (114) et le refus de l'action en justice (115) sanctionnent l'exercice abusif de droits particuliers.

a - La révision du contrat

58 - Dès lors que le contrat est valablement formé, le créancier peut, en principe, exiger l'exécution intégrale de l'obligation dans n'importe quelles circonstances (116) ; une solution différente irait à l'encontre du principe de la force obligatoire des conventions puisque le contrat est comparable à une loi (117).

59 - Certes, le juge peut intervenir dans son exécution, en considération de la règle morale. L'article 1184 du code civil consacre, sous la forme d'une règle dérogatoire, le précepte moral suivant lequel nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. Ce devoir est précisé dans l'article 1184 alinéa premier du code civil, "pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement", tout en conservant la possibilité d'exiger la prestation due par son cocontractant (118). Toutefois, comme l'existence d'une condition résolutoire tacite supposerait que l'anéantissement du contrat en cas d'inexécution soit de plein droit, la résolution judiciaire n'est pas une application mais une exception au principe de l'autonomie de la volonté (119).

60 - En dehors de l'hypothèse visée par l'article 1184 du code civil, la règle morale qui défend de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui peut être utilisée directement pour réviser le contrat à exécution successive qui est la source d'un avantage excessif pour le créancier et d'un appauvrissement considérable pour le débiteur (120). La résolution judiciaire apparaît donc comme une hypothèse légale de révision (121).

61 - La cohérence entre le pouvoir de réviser et la force obligatoire du contrat ne peut, elle non plus, être recherchée dans l'existence d'une stipulation implicite : la clause rebus sic stantibus, invoquée par les défenseurs de la théorie de l'imprévision (122), et aux termes de laquelle les parties n'entendraient maintenir la convention qu'à la condition que les circonstances ne se modifient pas, va à l'encontre de la réalité économique du contrat : en contractant, les parties cherchent à s'assurer une situation stable, alors même que les circonstances viendraient à changer (123).

62 - La révision, dans la mesure où elle peut être admise, ne fait pas l'objet de règles juridiques dérogatoires. L'article 1148 du code civil ne peut lui servir de fondement : les circonstances qui pourraient justifier la révision du contrat ne sont pas considérées, par la jurisprudence, comme des cas de force majeure (124). En

(114) Op. cit., p. 130 et s.

(115) Op. cit., p. 183 et s.

(116) Op. cit., n° 75, p. 130 et s.

(117) Op. cit., n° 75, p. 131.

(118) "[I]l serait immoral qu'un contractant pût exiger l'accomplissement de la promesse d'autrui lorsqu'il ne voulait ou ne pouvait tenir la sienne", op. cit., N° 76, p. 132.

(119) Ripert, op. cit., N° 76, p. 133.

(120) Op. cit., N° 86, p. 153.

(121) Loc. cit., note 117.

(122) Op. cit., N° 82, p. 147 et s.

(123) "Contracter c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir. Tout contrat contient une idée d'assurance." op. cit., N° 84, p. 151. Cf. également op. cit., N° 81, p. 147.

(124) Op. cit., N° 82, p. 147 et s.

outre les tribunaux se sont toujours refusés à admettre explicitement l'imprévision. En revanche ils affirment nettement leur volonté de moraliser l'exercice des actions consécutives à l'annulation d'un contrat.

b - Le refus de l'action en justice

63 - La maxime "nemo auditur..." permet de rejeter certaines actions en justice exercées consécutivement à l'annulation d'un contrat pour cause illicite ou immorale (125). La nature des actions qu'elle tend à déclarer irrecevables permet de cerner son environnement normatif : elle constitue une application des règles morales en fonction desquelles se détermine l'immoralité de la cause. Dans ce contexte, les préceptes moraux vont à l'encontre des règles juridiques en fonction desquelles sont déterminés les droits des parties après l'annulation du contrat.

64 - Les trois hypothèses d'exercice abusif des droits mettent en œuvre des règles morales différentes. Leur regroupement s'explique par leur unité juridique : elles font toutes application de la notion de droit subjectif. La mise en œuvre de la théorie de l'abus des droits suppose l'exercice d'une prérogative légale ; le problème de la révision du contrat se pose lorsque le créancier exerce une prérogative contractuelle ; la maxime "nemo auditur..." s'applique aux actions en justice par lesquelles des personnes font valoir leurs droits après l'annulation d'un contrat. Par contre la fraude à la loi suppose l'exercice d'une liberté.

C - La fraude

65 - Ripert traite principalement de la fraude aux droits des créanciers (126), la fraude dans le transfert ou la création des droits (127) et la fraude à la loi (128).

1 - La fraude aux droits des créanciers

66 - L'action paulienne permet au créancier de remettre en cause des actes de disposition que le débiteur a effectués en fraude de ses droits. Ses conditions ayant été nettement définies par la jurisprudence, elles consistent en un ensemble de règles juridiques qui dérogent au pouvoir de disposition qu'a toute personne sur ses droits (129). En principe, le débiteur peut exercer tous les droits dont il est titulaire. En outre l'obligation juridique qui pèse sur lui a des contours nettement déterminés : dès lors qu'elle est exigible, le créancier peut seulement réclamer la prestation qui en est l'objet. Si le débiteur n'exécute pas, le créancier peut saisir ses biens dans l'état où ils se trouvent (130). L'action paulienne ne s'explique donc pas par l'existence d'une obligation juridique : le créancier qui remet en cause un acte de disposition effectué par son débiteur n'exerce pas, à proprement parler, son droit de créance. Elle constitue en réalité la sanction légale de l'obligation morale suivant laquelle chacun doit faire en sorte de payer ses dettes (131).

(125) Le domaine d'application exact de cette maxime ne peut être déterminé au regard seulement des règles morales qu'elle met en œuvre, cf. infra, N° 141.

(126) Ripert, op. cit., N° 165, p. 306 et s., N° 169, p. 316 et s.

(127) Op. cit., N° 166, p. 309 et s., N° 167, p. 132 et s., N° 170 à 172, p. 318 et s.

(128) Op. cit., N° 173 à 175, p. 327 et s.

(129) Ripert parle de "résultats acquis en jurisprudence", op. cit., N° 165, p. 306 et s.

(130) Op. cit., N° 169, p. 316.

(131) Idem.

2 - Le transfert ou la création de droits inconciliables

67 - Il se peut qu'une personne crée ou transfère successivement un même droit à plusieurs personnes, qui sont alors titulaires de prérogatives inconciliables. Pour certains droits, le conflit est résolu par l'application de règles juridiques précises relatives à la publicité légale (132) ou à la possession mobilière (133), qui, s'agissant du transfert des droits, déroge à l'adage "nemo plus juris...". En l'absence de telles dispositions, le droit des contrats fournit des éléments de solution fragmentaires. La licéité de l'acte qui est chronologiquement le premier ne peut être remise en cause : il constitue un exercice normal du droit de contracter. La validité du second doit s'apprécier différemment au regard, d'une part, de celui qui crée ou transmet le droit, et, d'autre part, de celui qui l'acquiert. Au regard de l'auteur, la seconde convention réalise une violation de la force obligatoire dont bénéficie le premier acte. Au regard de l'ayant droit, l'acte est juridiquement régulier au regard du droit de contracter, puisque le premier contrat n'a pas d'effet à son égard (134). Néanmoins celui qui acquiert le droit peut être sanctionné par une application directe de la règle morale aux termes de laquelle nul ne doit nuire consciemment à autrui (135).

3 - La fraude à la loi

68 - La fraude à la loi vise les hypothèses dans lesquelles une ou plusieurs personnes accomplissent un acte dans le but de se placer en dehors des conditions d'application d'une règle juridique. Un tel acte est juridiquement irréprochable : chacun peut se placer dans le domaine d'application de la règle qui lui convient (136). Mais il est moralement condamnable : nul ne peut se soustraire volontairement à une règle morale (137). Ces deux normes conflictuelles se distinguent de celles qui ont été rencontrées jusqu'ici. L'action qu'elles permettent ou interdisent est relative à l'obéissance qui est due aux règles. En réalité elles expriment la différence qui existe entre la règle morale et la règle juridique, au regard de leur validité matérielle (138). La règle juridique, à la différence de la règle morale, ne demande pas compte des motifs qui dictent l'obéissance à la loi. Aussi, sur un plan strictement juridique, la fraude ne peut pas être sanctionnée : l'obéissance à la loi consiste à se conformer à ce qu'elle prescrit, dès lors que ses conditions d'application sont réunies. Le rapport entre l'acte accompli pour faire obstacle à la réalisation de ces conditions et la règle évincée consiste seulement dans le motif de cet acte, motif qui réside dans la volonté de faire échec à l'application d'une règle. La sanction d'un tel acte suppose qu'on apprécie les motifs de la désobéissance ou de l'obéissance à la loi (139), ce qui est juridiquement exclu. La sanction de la fraude à la loi peut intervenir dès lors qu'une règle proprement morale est évincée par un acte, car, il est alors possible de prendre en compte les motifs de la désobéissance ou de l'obéissance. La fraude à la loi est par nature une théorie morale puisque seule la règle morale permet de sanctionner la volonté de se soustraire à un devoir.

(132) Op. cit., N° 166, p. 309 et s.

(133) Op. cit., N° 170, p. 319 et s.

(134) Idem.

(135) "Ce sont là des questions dont la solution est loin d'être nette. Les tribunaux parlent parfois indifféremment de fraude, de mauvaise foi, de connaissance frauduleuse", op. cit., N° 168, p. 315. Il n'y a donc pas de solutions jurisprudentielles préétablies. Sur la distinction entre la fraude et la responsabilité civile, op. cit., N° 170, p. 319 et 320.

(136) Op. cit., N° 173, p. 328.

(137) Op. cit., N° 174, p. 331.

(138) Cf. supra, N° 17 et s.

(139) Op. cit., N° 176, p. 336.

69 - S'agissant de la fraude à la loi, la fonction normative de la règle morale peut donc se décrire de la manière suivante :

- la règle juridique, dont une personne cherche à éluder l'application, est écartée en tant que règle juridique, ce qui permet de contourner l'impossibilité de sanctionner la fraude ;

- la règle morale de même contenu est appliquée en tant que règle morale, ce qui permet de sanctionner la fraude.

L'environnement normatif de la fraude est donc constitué par l'ensemble des règles juridiques qui sanctionnent des devoirs moraux (règles évincées) et l'ensemble des règles proprement morales correspondantes (règles appliquées), qui sont, par ailleurs, sanctionnées par des règles juridiques.

CONCLUSION

70 - Les théories traitées par Ripert dans les chapitres I, II et IV de "La règle morale dans les obligations civiles" se répartissent en deux groupes. L'erreur sur la substance, la résolution judiciaire, l'action paulienne et la fraude dans le transfert des droits soumis à publicité ne sortent pas de la sphère juridique. Les autres constructions s'inscrivent dans une dualité de systèmes, et se définissent par deux extensions normatives.

EXTENSION JURIDIQUE DES APPLICATIONS DE LA FONCTION NORMATIVE	
THÉORIES	RÈGLES JURIDIQUES ÉVINCÉES
- Dol - Réticence dolosive - Violence - Lésion - Fraude dans la création des droits de créances - Cause immorale	Règles relatives au droit de contracter
- Refus de l'action en justice	Théorie des restitutions
- Révision	Règles relatives aux droits nés du contrat
- Abus des droits	Règles relatives aux droits subjectifs
- Fraude à la loi	Toute règle juridique qui sanctionne un devoir moral

EXTENSION MORALE DES APPLICATIONS DE LA FONCTION NORMATIVE	
THÉORIES	RÈGLES MORALES APPLIQUÉES
- Fraude à la loi - Cause immorale - Refus de l'action en justice	Toute règle morale
- Abus des droits	Interdiction de nuire intentionnellement
- Fraude dans la création des droits	Interdiction de nuire consciemment
- Lésion - Réticence dolosive	Interdiction d'exploiter injustement autrui
- Révision	Interdiction de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui
- Dol	Interdiction de tromper volontairement autrui
- Violence	Interdiction de faire illégitimement violence à autrui

71 - Une classification des devoirs moraux permet, lorsqu'on la rapproche des tableaux qui précèdent, de mettre en lumière l'articulation des institutions qui illustrent la fonction normative.

72 - La culpabilité morale se traduit par l'intention ou la conscience de mal agir. La tromperie et la violence, qui supposent la volonté de causer un dommage, sont intentionnelles alors que l'exploitation d'autrui, dont l'enrichissement injuste est un cas particulier, est seulement consciente : celui qui agit se contente de tirer parti d'une situation (140). Aussi les devoirs moraux se décomposent-ils en fonction de leur spécialité :

- Devoirs moraux :
- Ne pas nuire intentionnellement à autrui :
 - Ne pas tromper volontairement
 - Ne pas faire violence illégitimement
 - Autres devoirs

(140) Sur la distinction entre la faute intentionnelle et la faute non intentionnelle, cf. J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit Civil, Les obligations*, volume II, Sources : *Le fait juridique*, Armand Colin 1981, N° 611, p. 121.

- Ne pas nuire consciemment :
 - Ne pas exploiter injustement autrui :
 - Ne pas s'enrichir injustement
 - Autres devoirs
 - Autres devoirs

73 - Au sens large, la fraude désigne la volonté moralement coupable de celui qui accomplit un acte ou un fait juridique (141). La fonction normative de la règle morale fait partie de la théorie de la fraude lato sensu. Des filiations existent entre les diverses applications de cette fonction : à titre d'exemple, la cause immorale met en perspective les règles qui déterminent le droit de contracter, et les devoirs en général. Le dol, la réticence dolosive, la violence, la lésion et la fraude dans la création des créances se différencient de la cause par une spécification de ces devoirs. La réticence dolosive et la lésion présentent une analogie très marquée. Celui qui commet un dol ou une violence abuse du droit de contracter en nuisant intentionnellement à autrui. Le refus de l'action en justice sanctionne un abus du droit à restitution. Quant à la révision, elle sanctionne un abus dont le critère n'est pas l'intention mais la conscience de nuire à autrui par l'exercice d'un droit contractuel.

74 - La répartition des règles dans les ordres normatifs, qui permet de cerner avec précision les applications de la fonction normative, reflète une image statique des rapports entre le droit et la morale. La dynamique de ces relations consiste dans l'éviction de la règle juridique au profit de la règle morale.

SECTION II - L'ÉVICTION DE LA RÈGLE JURIDIQUE PAR LA RÈGLE MORALE

75 - La fonction normative met en œuvre des règles qui se repartissent en deux systèmes ; elle se caractérise principalement par l'éviction d'une règle juridique au profit d'un précepte moral. Processus particulier de réalisation des normes, elle en intègre les instruments, assortis de modalités particulières : l'utilisation de catégories mixtes (I) prépare la sanction de la règle morale (II).

I - LES CATÉGORIES MIXTES

76 - L'application d'une règle se fait au moyen d'un mécanisme de qualification (142). La fonction normative, qui conduit à prendre en considération des systèmes normatifs distincts, suppose qu'un même fait soit qualifié, d'une part au regard de la règle juridique, d'autre part au regard de la règle morale (143). Cette double qualification suppose l'élaboration de catégories mixtes, dont les éléments résultent de règles appartenant à des ordres normatifs distincts. La fonction normative intervient lorsque des intéressés ont utilisé la forme juridique pour des fins que la morale réprouve. Cette formule décrit un mécanisme de qualification complexe qui se décompose en trois éléments : un élément issu de la règle juridique,

(141) Op. cit., N° 168, p. 315 : "Il faut rechercher la fraude dans la volonté de celui qui a passé l'acte".
 (142) Les termes employés par Ripert pour désigner les manifestations de la fonction normative de la règle morale sont hétérogènes : certains désignent, à proprement parler la catégorie dans son ensemble - c'est le cas d'"abus des droits", de "fraude à la loi," etc. -, d'autres l'un ou plusieurs de ces éléments - "cause illicite et immorale" désigne le lien de causalité et la violation du devoir moral ; "violence" désigne seulement la violation du devoir moral, etc. -, d'autres encore, la sanction qui est attachée à la catégorie - c'est le cas de "révision" et de "refus de l'action en justice".
 (143) À propos de la cause illicite, Ripert emploie le terme "qualification" : Ripert, op. cit., N° 23, p. 42.

c'est-à-dire un fait conforme à la règle de droit (A), un élément emprunté à la morale, c'est-à-dire une violation de la règle morale (B) et un lien de causalité (144) entre les deux (C).

A - L'élément de qualification emprunté à la règle juridique

77 - La fonction normative ne joue qu'à l'égard de faits conformes à la règle proprement juridique (145), donc licites. Ces faits consistent, dans la plupart des cas, dans l'exercice d'un droit. L'exercice du droit de contracter peut donner lieu à l'annulation d'une convention pour cause illicite ou immorale, vice du consentement, ou lésion, ou encore à l'inopposabilité de l'acte, du fait de la complicité de violation d'une obligation contractuelle. L'exercice des créances contractuelles trouve une limite dans la révision du contrat (146). L'action en justice qui tend à la reconnaissance des prérogatives consécutives à l'annulation d'un contrat peut être déclarée irrecevable en application de la maxime "nemo auditur" (147). Enfin, d'une manière générale, l'exercice d'un droit subjectif peut être sanctionné lorsqu'il est abusif. Cependant, dans le cas de la fraude à la loi il s'agit de l'exercice d'une liberté (148) : l'acte sanctionné n'est pas l'utilisation d'une prérogative légale mais l'évasion des conditions d'application d'une règle génératrice d'obligations.

78 - La qualification de fait licite, c'est-à-dire l'identification d'un fait conforme à ce que la règle juridique prescrit, interdit ou permet, suppose qu'on vérifie que ce fait remplit les conditions de validité exigées par le système juridique proprement dit. C'est un premier tri effectué à partir d'une grille juridique que Ripert analyse dans plusieurs passages de "La règle morale dans les obligations civiles".

79 - La théorie de l'abus des droits stricto sensu ne s'applique qu'aux faits qui correspondent à l'exercice normal (149) et réel (150) d'un droit subjectif. Si l'acte n'a que l'apparence du droit ou en est l'exercice exceptionnel, la présomption d'irresponsabilité (151) n'a pas lieu de s'appliquer et la sanction doit être recherchée dans une mise en œuvre de la responsabilité civile. Cette exigence, clairement affirmée à propos de l'abus des droits (152), est reprise dans le cadre d'autres théories.

80 - Ainsi le recours à la notion de cause illicite ou immorale est-il subsidiaire : la question de la moralité de l'acte se pose seulement s'il est valable au regard de la théorie de l'autonomie de la volonté, ce qui suppose qu'il ait une cause au sens classique du terme. Pour Ripert, en effet, la notion de cause n'a pas d'unité : la cause-contrepartie est une condition de validité proprement juridique imposée par

(144) "...abus de la forme juridique... pour des fins que la morale réprouve". Ripert, op. cit., N° 3, p. 6.
 (145) Ripert emploie les expressions : "légalité de l'acte", "emploi régulier de la forme technique" (op. cit., N° 157, p. 287).

(146) Ripert, op. cit., N° 88, p. 155.

(147) Op. cit., N° 108, p. 191 ; cf. supra, N° 63 et 64.

(148) "Il ne s'agit pas en effet nécessairement alors d'un conflit d'intérêt privé, mais souvent d'une tentative faite d'un commun accord par plusieurs intéressés pour échapper à l'application d'une règle juridique impérative." Ripert, op. cit., N° 173, p. 327 ; cf. supra, N° 68.

(149) Ripert, op. cit., N° 96, p. 168.

(150) Op. cit., N° 92, p. 164.

(151) Cf. supra N° 55.

(152) Ripert, op. cit., N° 97, p. 171 : "Pour trouver des hypothèses réelles d'abus de droit, il faut que l'acte accompli soit par lui-même irréprochable."

le principe de l'autonomie de la volonté, alors que la cause-motif résulte directement de la règle morale (153).

81 - De même, la conclusion d'un contrat générateur de droits de créance inconciliables ne donne lieu à un recours à la fonction normative de la règle morale qu'autant que l'exercice du droit de contracter est juridiquement régulier (154). La fraude est utilisée seulement pour sanctionner le tiers par rapport à la première convention, qui ne viole aucune obligation assumée antérieurement ; le débiteur, quant à lui, a accompli un acte illicite dont la sanction résulte des règles juridiques : l'article 1134 du code civil et plus précisément les dispositions relatives à la responsabilité contractuelle.

82 - Enfin, le problème de la licéité d'un acte juridique revêt des modalités particulières en cas de simulation. La simulation n'est pas, par elle-même, illicite (155). Mais, si les parties simulent pour échapper à une règle impérative dont les conditions d'application sont réunies, l'acte réel doit être annulé (156) par une stricte application des règles juridiques (157). Et, c'est seulement dans l'hypothèse où l'acte réel est licite que la fonction normative peut conduire à sanctionner la violation d'un devoir moral.

B - L'élément de qualification emprunté à la règle morale

83 - Extrait de règles imprécises (158), la définition de l'élément emprunté à la règle morale a une importance capitale. C'est la transgression d'un devoir moral, qui se définit objectivement ou subjectivement. Objectivement, elle consiste à accomplir une action qui fait l'objet d'une interdiction ; subjectivement, elle réside dans une pensée répréhensible. Appliquée aux catégories mixtes, cette distinction permet de préciser leur contenu moral. La classification des préceptes moraux (159) conduit à distinguer les catégories non spécifiées (1), celles qui font application de l'interdiction de nuire intentionnellement (2) ou consciemment (3).

1 - Les catégories non spécifiées

84 - La cause immorale, le refus de l'action en justice et la fraude à la loi puisent l'élément qui est issu de la morale dans tout précepte. La cause est illicite lorsque la convention réalise un dessein immoral (160). Le refus de l'action en justice, qui est une conséquence de l'immoralité de la cause ne présente, à cet égard, aucune particularité.

85 - La fraude à la loi consiste objectivement dans un acte qui a pour effet d'évincer l'application d'une règle morale (161). La volonté de s'y soustraire rend l'acte moralement condamnable (162). La violation d'un devoir moral permet de caractériser la fraude à la loi en droit international privé. Grâce à cet élément de

(153) Op. cit., N° 35, p. 67.

(154) Op. cit., N° 170, p. 319 ; cf. supra, N° 67.

(155) Ripert, op. cit., N° 168, p. 315, N° 173, p. 327.

(156) Idem.

(157) Op. cit., N° 176, p. 334. Il arrive néanmoins que la jurisprudence n'annule pas l'acte : cf. op. cit., N° 173, p. 328.

(158) Cf. supra, N° 13.

(159) Cf. supra, N° 72.

(160) Ripert, op. cit., N° 31, p. 59.

(161) Op. cit., N° 173, p. 327.

(162) Op. cit., N° 174, p. 331.

qualification, elle se distingue de la théorie de l'ordre public international. En effet lorsqu'on applique directement la notion d'ordre public, la loi désignée par le système de conflit est écartée parce qu'elle est contraire à l'ordre public au sens du droit international privé ; lorsqu'on se réfère à la fraude à la loi, la loi désignée est évincée parce que la manipulation du facteur de rattachement réalise la violation d'un devoir moral qui est sanctionné par une règle juridique (163).

86 - Les catégories qui sont moralement indéterminées ne contiennent pas d'éléments de qualification précis. Le recours à des devoirs spécifiques permet de les perfectionner.

2 - Les actes intentionnels

87 - La notion de nuisance intentionnelle est employée dans toute son extension dans la théorie de l'abus des droits (a) ; elle fait également l'objet de spécifications (b).

a - L'abus des droits

88 - Au regard de la règle morale, abuser d'un droit consiste dans l'intention d'infliger un dommage à autrui, dont le fait générateur est l'exercice d'une prérogative légale (fait licite). En tant que telle, la réalisation du préjudice n'est pas moralement répréhensible ; il peut être causé sans intention. La violation de la règle morale résulte principalement d'un élément subjectif, qui doit être prouvé (164).

b - Les spécifications de la notion

89 - Le dol et la violence sont des cas particuliers de nuisance intentionnelle. Le dol se définit objectivement comme un acte positif (165) quelconque (166), prohibé par la morale, subjectivement comme l'intention d'induire autrui en erreur. La violence consiste dans un acte qui engendre la crainte (167) et dans la volonté d'obtenir de son cocontractant un engagement excessif (168). Elle est illégitime si l'obligation assumée par la victime est excessive au regard de la situation des parties. Tel peut être le cas de la promesse faite par l'auteur d'un délit, sous l'empire de la crainte, d'en réparer les conséquences (169). Dans le dol et la violence, le dommage ne résulte pas de l'exercice du droit de contracter (fait licite) ; le fait générateur s'intègre dans l'élément de qualification issu de la morale.

90 - Abstraitement, la nuisance intentionnelle se compose d'un acte interdit et d'une volonté attachée à la réalisation d'un fait dommageable (170). La substitution de la simple conscience du préjudice causé à la volonté génère un second groupe de catégories.

(163) Sur le fondement moral de l'exception d'ordre public en matière d'arbitrage international, cf. P. Mayer, article précité, N° 2, p. 380.

(164) Cf. infra, N° 120.

(165) Op. cit., N° 44, p. 82.

(166) "De tout temps, le dol a été défini l'acte coupable qui peut revêtir les formes les plus diverses."

Op. cit., N° 47, p. 87.

(167) Op. cit., N° 45, p. 83.

(168) Op. cit., N° 45, p. 83 et 84.

(169) Idem.

(170) À propos de l'abus des droits Ripert emploie l'expression "causer méchamment un dommage à autrui". Op. cit., N° 95, p. 167.

3 - Les actes simplement conscients

91 - Dans ces actes, l'élément emprunté à la règle morale se limite à la conscience, répréhensible, de tirer parti d'une situation. Le dommage subi et le fait dont il résulte lui sont extérieur puisqu'il n'y a pas d'intention de nuire. La conscience de nuire rend l'exploitation (a) et l'enrichissement injustes (b) ainsi que la négation de la créance d'autrui (c) moralement coupable.

a - L'exploitation injuste

92 - L'exploitation injuste, qui consiste à tirer profit de la faiblesse d'autrui, est un acte simplement conscient. Elle caractérise la lésion et la réticence dolosive.

93 - Le fait de contracter en exploitant injustement autrui constitue une lésion (171). Le contrat lésionnaire se révèle par le déséquilibre des prestations (172). Mais ce déséquilibre ne constitue pas en lui-même la violation d'une règle morale (173). Une personne exploite injustement autrui lorsqu'elle "se sert de l'avantage naturel que lui donne sa situation pour conclure une affaire avantageuse" (174). Aussi l'action en rescision pour lésion est-elle exclue lorsque l'économie du contrat est le fruit du hasard. Dans l'absolu, cette considération devrait conduire à ne jamais admettre la lésion, car tout contrat est en un sens aléatoire (175) : le maintien ou la variation des avantages contractuels dépend toujours, pour une part au moins, des circonstances (176). En conséquence, la lésion doit être appréciée au jour de la conclusion du contrat (177) : on a ainsi la certitude que les variations de l'équilibre contractuel dues au hasard n'ont pas d'incidence sur la validité de la convention (178).

94 - La réticence dolosive présente avec la lésion une analogie frappante. "La réticence devient coupable, si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre. Les tribunaux ont annulé pour dol par réticence des contrats dans lesquels une des parties était seule en mesure de connaître un fait ignoré de l'autre..." (179). Il y a bien dans ce cas abus de l'avantage que donne la situation d'une personne qui est dans l'erreur, pour conclure une affaire avantageuse, c'est-à-dire une exploitation injuste. La réticence est un acte simple-

(171) Op. cit., N° 71, p. 121 et N° 73, p. 125.

(172) Op. cit., N° 70, p. 120.

(173) "L'inégalité des prestations n'est pas la cause de la nullité du contrat, mais la preuve qu'il existe une autre cause de nullité : l'exploitation de l'un des contractants par l'autre." Op. cit., N° 70, p. 121. Les dispositions légales qui admettent la rescision pour lésion établissent des présomptions de l'exploitation injuste fondées sur un déséquilibre important des prestations.

(174) Op. cit., N° 70, p. 121.

(175) Op. cit., N° 71, p. 123.

(176) Ripert donne à l'expression "contrat aléatoire" deux sens distincts : l'aléa peut être apprécié au regard soit de l'avantage économique résultant du contrat - c'est en ce sens que tout contrat est aléatoire - soit des prestations contractuelles à exécuter. Loc. cit., note 173. Les contrats aléatoires au regard de la définition des prestations contractuelles le sont également par rapport à leur résultat économique. Ils ne peuvent donner lieu à rescision pour lésion.

(177) Loc. cit., note 173.

(178) Sur le domaine de l'action en rescision pour lésion, N° 161.

(179) Ripert, op. cit., N° 48, p. 89.

ment conscient (180) et non un dol (181). La conscience de nuire se traduit par la connaissance de l'erreur d'autrui (182), qui est une condition de culpabilité morale.

95 - L'exploitation injuste, qui suppose la conscience de nuire, ne résulte en principe pas du seul déséquilibre de prestations. Dans certains cas, l'enrichissement injuste suffit pourtant à caractériser la violation d'un devoir moral.

b - L'enrichissement injuste

96 - La révision du contrat peut avoir lieu lorsque l'exercice d'un droit contractuel procure au créancier un enrichissement injuste (183). Pour Ripert, le contrat est acte de prévision légitime. Aussi, en ce domaine, la violation de la règle morale suppose-t-elle que l'avantage du créancier comme l'appauvrissement du débiteur soient hors de toute proportion avec ce qui pouvait être prévu. Lorsque la révision du contrat est demandée, le bien-fondé de l'action repose sur une appréciation purement objective de la situation du débiteur et du créancier. Mais il est manifeste que le créancier qui réclame l'exécution de sa créance dans des circonstances exceptionnelles a conscience de l'importance de son enrichissement et de celle de l'appauvrissement du débiteur. La pensée coupable ne peut pas être détachée de son acte ; en conséquence, il suffit de caractériser objectivement l'élément extrait de la règle morale.

97 - Bien qu'elle procède du déséquilibre des prestations, la révision sanctionne une forme particulière d'exploitation injuste : l'état de faiblesse du demandeur à l'action résulte de la distorsion du contrat, qui demeure obligatoire, par les circonstances économiques. La négation du droit d'autrui a, quant à elle, une réelle autonomie morale.

c - La négation du droit d'autrui

98 - La fraude dans la création de droits de créance inconciliables consiste dans le fait de nuire consciemment à autrui en niant son droit : la personne qui se rend complice de la violation d'une obligation contractuelle, en contractant avec une personne qui est déjà débitrice, met le créancier originaire dans l'impossibilité d'exercer sa créance. Mais un tel acte n'est condamnable que si celui qui l'accomplit a connaissance du dommage causé à autrui (184).

99 - L'utilisation des constituantes morales et juridiques des catégories permet de déceler les situations dans lesquelles l'emploi régulier de la forme juridique se double de la transgression d'un devoir moral. Cette recherche ne procède pas de qualifications successives mais d'une appréciation globale : le lien de causalité entre l'élément juridique et l'élément emprunté à la morale confère une unité aux catégories mixtes.

(180) La jurisprudence actuelle ne semble pas retenir cette analyse ; elle recherche si la réticence a été faite intentionnellement pour tromper le contractant, Mestre, loc. cit., note 77.

(181) Cf. supra, N° 40.

(182) "...il y a erreur de l'un des contractants sans que l'autre partage cette erreur, mais ce dernier la connaissait et n'a rien fait pour le détromper", Ripert, op. cit., N° 44, p. 82.

(183) Op. cit., n° 87 et 88, p. 155 à 157.

(184) Op. cit., n° 170, p. 318 et s.

C - Le lien de causalité entre les éléments de qualification

100 - D'une manière générale, le lien de causalité est constitué dès lors que le fait licite réalise la violation d'un devoir moral. Suivant les cas Ripert envisage cette relation objectivement - elle est alors recherchée dans le lien qui existe entre l'action immorale et le fait licite - ou subjectivement - elle doit alors s'apprécier relativement à la volonté de l'auteur ou de la victime de l'acte répréhensible.

1 - La causalité objective

101 - La fraude à la loi, le refus de l'action en justice, la lésion, la révision et la fraude dans la création des droits de créance lient objectivement l'élément juridique et l'élément issu de la morale.

102 - Comme toute catégorie mixte, la fraude à la loi suppose la réunion de trois éléments :

- un acte accompli en vue d'évincer l'application d'une règle juridique ;
- la violation d'une règle morale ;
- et un lien de causalité entre ces deux éléments.

Un acte accompli en vue d'évincer l'application d'une règle juridique peut réaliser la violation d'une règle morale seulement si la règle positive sanctionne un devoir moral. Le lien de causalité consiste donc dans le rapport objectif entre la règle morale et la règle juridique.

103 - Ce rapport de causalité permet de définir le domaine de la fraude à la loi. La fraude à la loi ne s'applique ni aux règles supplétives de volonté, qui ne sanctionnent jamais une règle morale, ni aux règles qui, bien qu'impératives, ne sont pas inspirées par des considérations morales. Elle ne s'applique qu'aux règles d'ordre public, qui sanctionnent un devoir moral (185).

104 - En ce qui concerne la maxime "nemo auditur" (186), l'action - fait licite - doit naître de l'acte immoral. Le lien de causalité est constitué si le bien-fondé de l'action suppose la prise en compte par le juge de l'acte immoral. Mais il n'est pas nécessaire que l'action naisse du contrat ; il suffit que la convention immorale soit un élément de qualification rentrant dans l'hypothèse de la règle qui sert de fondement juridique à l'action. Ainsi l'action en répétition de l'indu et l'action de in rem verso supposent-elles que l'on recherche quelle a été la cause du paiement. Au contraire, l'action en revendication intentée par le bailleur, après l'annulation d'un bail pour cause immorale, ne fait pas intervenir le contrat immoral dans l'application des règles en cause (187).

105 - Dans la lésion, le lien de causalité entre le contrat et l'exploitation d'autrui est manifeste : dès lors qu'un déséquilibre affecte l'économie d'un contrat, l'exploitation d'autrui se réalise nécessairement par cette convention (188).

(185) Op. cit., n° 176, p. 334.

(186) Op. cit., n° 104, p. 184 et n° 109, p. 192 et 193.

(187) Op. cit., n° 109, p. 192 et s.

(188) Op. cit., n° 70, p. 120.

106 - De même, lorsque le contrat est révisable à raison de la prétention de l'un des contractants de s'enrichir injustement aux dépens de l'autre, l'enrichissement résulte, à l'évidence, de l'exercice d'un droit né du contrat, fait licite (189).

107 - S'agissant du transfert ou de la création de droits inconciliables (190), le lien de causalité entre le fait licite - exercice du droit de contracter - et la violation du devoir moral - le fait de nuire consciemment à autrui - réside dans leur rapport chronologique. Si la connaissance du premier contrat, par le second acquéreur du droit, intervient après la conclusion du second contrat, le rapport de causalité n'est pas constitué, alors même que celui qui s'est rendu complice, sans le savoir, de la violation d'une obligation contractuelle, s'en réjouirait par la suite.

108 - La causalité objective se matérialise dans l'organisation des règles (fraude à la loi, refus de l'action en justice), l'économie du contrat (lésion, révision) ou un rapport chronologique (fraude dans la création des droits de créances). Elle se prouve aisément, à la différence de la causalité subjective qui intègre une dimension psychologique.

2 - La causalité subjective

109 - La causalité subjective se diversifie en fonction des volontés par rapport auxquelles elle s'apprécie. Suivant les catégories, elle est unilatérale (a) ou bilatérale (b).

a - La causalité unilatérale

110 - La causalité unilatérale se révèle à l'analyse de la psychologie de l'auteur de l'acte à qualifier. Elle consiste dans le fait que la pensée répréhensible est déterminante de sa volonté, dont l'acte procède. La cause illicite et immorale ainsi que l'abus des droits font application de cette notion.

111 - La théorie de la cause illicite et immorale est un "moyen technique d'annulation" (191) : elle décrit le processus suivant lequel on peut tirer les conséquences de la violation d'un devoir moral sur la validité d'un contrat. Le problème consiste à caractériser le lien qui existe entre la conclusion du contrat - fait licite - et le dessein immoral - violation d'un devoir moral. La violation du devoir moral doit se réaliser par le fait licite (192).

112 - La jurisprudence se réfère à la cause du contrat (193) ; il convient donc de définir cette notion de manière adéquate. Au terme d'une critique détaillée de la théorie de Capitant, Ripert développe sa propre conception.

113 - La critique de la théorie de Capitant est menée de la manière suivante (194) :

(189) Op. cit., n° 86, p. 153.
 (190) Op. cit., n° 171, p. 321.
 (191) Op. cit., n° 31, p. 59.
 (192) Op. cit., n° 34, p. 65.
 (193) Op. cit., n° 31, p. 60.
 (194) Op. cit., n° 33, p. 62 à 64.

114 - Traditionnellement, on considère que la cause ne se confond pas avec les motifs. Il faut donc rechercher une définition de la cause qui permette l'annulation des conventions dont le dessein est immoral, et qui distingue la cause des motifs (195). Pour Capitant (196), le motif se définit comme la représentation psychologique qui pousse chacun à s'engager (197). La cause réside dans le but du contrat, c'est-à-dire ce que les parties ont voulu réaliser par la convention (198). Mais en réalité, comme le remarque Ripert, le but n'est qu'un motif parmi d'autres (199).

115 - De ce fait, Capitant est conduit à distinguer, parmi les motifs, ceux qui font partie de l'accord de volonté, de ceux qui n'en font pas partie (200). La cause réside dans le motif qui est commun aux deux parties (201), et qui est un élément constitutif de leur accord. Ripert critique cette définition sous deux angles. Tout d'abord, elle n'est pas adéquate, parce que trop restrictive : elle ne permet pas d'expliquer les solutions jurisprudentielles (202). En effet, le plus souvent, la convention est annulée alors que le dessein immoral est propre à l'une des parties. Ensuite, s'il est possible que l'un des contractants connaisse le motif déterminant de la volonté de l'autre, il n'arrive jamais qu'il soit parfaitement identique dans la volonté des deux parties (203).

116 - En réalité, cette conception de la cause est viciée à la base : elle repose sur un postulat qui interdit de voir dans la cause d'un contrat synallagmatique autre chose que la contrepartie de l'obligation (204). En effet, si on admet que la cause se définit par des éléments purement contractuels, on est conduit à en exclure tout ce qui ne fait pas partie de l'accord de volontés, ce qui est le cas des motifs. Un tel accord suppose seulement que deux volontés réelles, c'est-à-dire qui ont chacune un objet, se rencontrent. Aussi la cause se confond-elle, classiquement, avec l'objet : l'objet de l'obligation de l'une des parties constitue la cause de l'obligation de l'autre partie (205).

117 - Ripert, quant à lui, s'affranchit du postulat classique (206). D'après lui, la jurisprudence se réfère au motif déterminant (207). Il y a un lien de causalité entre la conclusion du contrat et le dessein immoral seulement si ce motif a été déterminant de l'engagement de l'une des parties (208). Le problème de la causalité est plus aigu lorsque les motifs sont multiples. Un seul motif immoral et déterminant suffit à vicier l'acte car il est certain, qu'au regard de ce motif, le contrat réalise la violation d'un devoir moral (209). Toute la difficulté réside dans la preuve du motif. Le système de la preuve intrinsèque étant trop restrictif, il faut se référer

(195) Op. cit., n° 33, p. 62.

(196) Les références renvoient au texte de Ripert.

(197) Op. cit., n° 33, p. 62.

(198) Idem.

(199) Op. cit., n° 33, p. 63.

(200) Idem.

(201) Op. cit., n° 33, p. 63 et 64.

(202) Op. cit., n° 33, p. 64.

(203) Idem.

(204) Op. cit., n° 32, p. 61 et n° 33, p. 65.

(205) Ripert, op. cit., n° 32, p. 61.

(206) Op. cit., n° 34 et 35, p. 65 à 69.

(207) Op. cit., n° 34, p. 65.

(208) Pour l'hypothèse dans laquelle le motif immoral n'est pas connu de l'autre partie, cf. op. cit., n° 35, p. 68.

(209) Ripert, op. cit., n° 35, p. 65 et 68.

aux circonstances qui accompagnent la conclusion ou l'exécution du contrat et utiliser un mécanisme de présomptions (210).

118 - Dans le cadre de l'abus des droits, le problème de la causalité se pose de la même manière : il faut rechercher un lien entre le motif répréhensible et l'exercice d'un droit subjectif, fait licite (211). Si l'acte n'a qu'un seul motif, qui est l'intention de nuire, le fait licite trouve sa cause dans la violation du devoir moral (212). S'il y a pluralité de motifs, il se peut soit que la pensée malveillante constitue le motif principal et serve ainsi de cause à l'acte (213), soit qu'elle ne constitue qu'un motif parmi d'autres. Dans cette hypothèse, Ripert adopte une solution différente de celle retenue en matière de cause immorale : un seul motif répréhensible ne suffit pas à rendre abusif l'exercice d'un droit (214). Cette différence semble justifiée au regard de la nature de la sanction (215) : il est plus normal de remettre en cause la validité d'un acte juridique que de sanctionner l'exercice d'un droit acquis.

119 - Qu'il s'agisse de la sanction de l'abus d'un droit ou de l'annulation d'une convention qui est immorale ou procède d'une volonté viciée, la transgression du devoir moral constitue la cause efficiente (216) du fait licite : ce fait procède de la volonté ; la volonté est viciée par la pensée ou l'acte immoral.

120 - La mise en œuvre de la théorie de l'abus des droits suppose la preuve de l'intention ainsi que celle de son rapport avec l'acte. Si le titulaire du droit cause un dommage à autrui sans retirer aucun avantage, l'acte est causé par un seul motif, qui est immoral (217). Le fait que l'acte réalise une pensée principalement répréhensible se prouve par tout moyen (218).

h - La causalité bilatérale

121 - Les vices du consentement qui sont une application de la fonction normative requièrent également un lien de causalité entre les éléments moraux et juridiques de qualification. Dans ces hypothèses la causalité subjective se dédouble : elle peut être recherchée dans la volonté de l'auteur de la transgression, qui a incité autrui à contracter, ainsi que dans celle de la victime, dont la volonté a été déterminée par le comportement d'autrui.

α - L'incitation à contracter

122 - La conclusion du contrat ne doit pas être fortuite au regard de la violation du devoir moral. L'auteur de la violence (219) ou du dol (220) doit avoir pour but d'inciter la victime à conclure une convention. Ce motif n'est pas en lui-même immoral - il est en effet légitime de vouloir contracter avec autrui - mais il constitue un lien entre la violence ou la tromperie, d'une part, et le contrat, d'autre part. En effet par l'incitation à contracter, la pensée répréhensible devient volonté

(210) Op. cit., n° 34, p. 66 et 67.

(211) Ripert, op. cit., n° 99, p. 173.

(212) Op. cit., n° 97, p. 171.

(213) Op. cit., n° 98, p. 172 et 173.

(214) Op. cit., n° 99, p. 173 et 174.

(215) Idem.

(216) À propos de la cause illicite ou immorale, cf. op. cit., n° 35, p. 67.

(217) Op. cit., n° 97, p. 171.

(218) Op. cit., n° 98, p. 173.

(219) Ripert, op. cit., n° 46, p. 84.

(220) Op. cit., n° 47, p. 87.

contractante ; la convention apparaît alors comme l'instrument concrétisant la transgression du devoir moral.

123 - La distinction de la faute intentionnelle et de l'incitation à contracter se révèle délicate, puisque toutes deux résident dans une volonté. L'intention de nuire se définit comme la volonté de causer un dommage. L'incitation à contracter se limite à la volonté du fait licite, c'est-à-dire la conclusion du contrat par l'acceptation de l'offre.

124 - En outre, l'incitation à contracter doit être rapprochée du rôle déterminant que peut jouer la pensée répréhensible dans la volonté de l'auteur de l'acte. Dans les deux cas, la volonté est influencée par un motif immoral. Mais cette influence peut résulter soit d'une juxtaposition de motifs (motif immoral proprement-dit, incitation à contracter) soit de l'importance du motif immoral (caractère déterminant du motif).

125 - Ripert illustre l'incitation à contracter par l'exemple de la violence exercée par un tiers (221). En effet la nécessité de ce lien de causalité apparaît alors nettement (222). Dans ce cas, il y a bien un fait juridiquement régulier et la violation d'un devoir moral, car la violence n'est pas moins injuste parce qu'elle est exercée par un tiers. Mais, sauf complicité avec un contractant, le lien de causalité manque : La violence est fortuite. "[La victime] se trouve par cas fortuit dans la nécessité de contracter" (223). Malgré son apparence paradoxale, l'expression de nécessité fortuite rend exactement compte de la réalité : il y a nécessité de contracter en cela que la violence est déterminante du consentement ; la violence est fortuite en cela que son auteur n'a pas pour but d'inciter à contracter, il n'y a pas d'extorsion du consentement, comme l'exige l'article 1109 du code civil (224). Pour apprécier la validité du contrat, il faut sortir du cadre de la violence, et se demander si l'exploitation, par l'une des parties, de la nécessité fortuite de contracter est injuste. On se trouve alors dans un domaine proche de la lésion (225).

β - Le caractère déterminant de la transgression du devoir moral

126 - Le dol, la réticence dolosive et la violence doivent avoir un caractère déterminant du consentement de la victime, qui est lui aussi un élément constitutif de la convention. En effet la violence doit être constitutive d'une nécessité de contracter (226), ce qui signifie que sans elle le contrat n'aurait pas été conclu. Quant au caractère déterminant du dol et de la réticence (227), Ripert rejette la distinction entre le dol principal et le dol incident : le lien de causalité est suffisamment constitué, et, par conséquent, le contrat est nul, dès lors que la tromperie, antérieure à la conclusion du contrat, en a modifié les conditions (228).

(221) Ripert résout le problème du dol émanant d'un tiers sur le terrain de l'opportunité de la sanction :

Ripert, op. cit., n° 47, p. 88.

(222) Op. cit., n° 46, p. 84.

(223) Loc. cit., note 220.

(224) Idem.

(225) Cf. supra n° 93.

(226) Ripert, op. cit., n° 47, p. 87 et n° 45, p. 83.

(227) À propos de la réticence, Ripert n'envisage pas l'incitation à contracter. Op. cit., n° 44, p. 82 et n° 48, p. 88 et s. La jurisprudence actuelle fait référence à l'incitation ou au caractère délibéré du silence.

Cf. Civ. 1°, 10 mai 1989, loc. cit., note 77 et Civ. 1°, 12 novembre 1987, loc. cit., note 79.

(228) Op. cit., n° 47, p. 87.

127 - L'utilisation de catégories n'a de sens que si les qualifications auxquelles elles donnent lieu déterminent un effet juridique, déclenchent l'application d'une sanction. En ce qui concerne la fonction normative de la règle morale, ce mécanisme est plus complexe que celui qui préside à l'application des règles strictement juridiques mais demeure analogue.

II - LA SANCTION DE LA RÈGLE MORALE

128 - L'utilisation des catégories mixtes peut révéler un conflit entre la règle juridique et la règle morale : un fait licite est accompli en violation d'un devoir moral. La licéité du fait exclut, en principe, toute sanction. De plus la règle morale ne comporte pas de sanction nécessaire au but à atteindre. En conséquence une telle situation ne devrait produire aucun effet particulier. Mais s'il est certain qu'on ne peut justifier la résolution des conflits entre le droit et la morale par une application directe des règles en cause, les relations qui existent entre les deux systèmes justifient (B) certains types de sanctions (A).

A - La description des sanctions

129 - Les sanctions attachées aux catégories mixtes doivent être caractérisées au regard des règles juridiques (1) et des préceptes moraux (2).

1 - Définition des sanctions au regard des règles juridiques

130 - La fonction normative de la règle morale a pour résultat d'écarter la règle juridique normalement applicable (229) et, par conséquent, de priver une personne du bénéfice de cette règle : l'acte qu'elle accomplit ne correspond plus à l'exercice d'un droit ou d'une liberté mais à un fait illicite ou à la violation d'une interdiction. Dans les situations qui font l'objet de qualifications mixtes, l'éviction de la norme de droit conduit donc à appliquer sa négation. Cette donnée contribue à la définition des sanctions de la règle morale. Ripert la met en relief dans les développements qu'il consacre à l'abus des droits et à la nullité relative.

131 - L'abus des droits (230) peut entraîner plusieurs types de sanctions, qui se distinguent au regard du rapport qu'elles entretiennent avec les règles juridiques.

132 - L'une des sanctions possibles oblige le titulaire du droit à réparer le dommage qu'il a causé, bien que le fait soit licite. La négation s'applique au principe "neminem laedit qui suo jure utitur" et permet de sanctionner le coupable en lui imposant une obligation de réparation. Le maintien des autres règles juridiques l'autorise à se couvrir de la protection du droit, bien que l'acte constitue la violation d'une règle morale : le fait litigieux ne peut être empêché préventivement ; il ne peut y avoir réparation en nature (231). Cette application des règles de la responsabilité civile, par analogie seulement (232), affaiblit la sanction de l'exercice abusif d'un droit (233). Elle est subsidiaire et concerne uniquement "les contraventions acquises" ou "les actes irréparables" (234).

(229) Ripert, op. cit., n° 15, p. 26.

(230) Cf. Ripert, op. cit., n° 94, p. 166.

(231) Une réparation en nature reviendrait à empêcher a posteriori l'exercice du droit.

(232) Il s'agit d'une responsabilité civile par analogie seulement car l'obligation de réparer ne résulte pas de la violation d'une obligation légale, cf. supra, n° 54 et s.

(233) Ripert, op. cit., n° 94, p. 165.

(234) Op. cit., n° 94, p. 166.

133 - Dans une seconde conception, la négation s'applique aux règles qui servent de fondement à l'exercice des droits subjectifs. L'acte ne bénéficie plus d'aucune protection juridique ; il n'est plus considéré comme ayant été accompli en vertu d'un droit, mais comme réalisant la transgression d'une interdiction. La victime peut donc s'y opposer préventivement ou réclamer une réparation en nature (235).

134 - L'anéantissement du contrat vicié répond à la même analyse : "...Le contractant victime [d'un vice du consentement] peut se prévaloir d'une nullité de protection et échapper à l'application du contrat, cependant que l'autre partie reste tenue par la loi qu'elle s'est elle-même donnée" (236). La nullité relative, qui est une nullité de protection, correspond à la négation de la règle (237) suivant laquelle celui qui a conclu un contrat est obligé de donner, de faire ou de ne pas faire ce qui y est stipulé (238). Néanmoins il faut se garder de penser que, la nullité prononcée, l'une des parties serait libérée alors que l'autre resterait tenue ; la nullité relative anéantit l'ensemble de la convention. Sinon le remède serait pire que le mal : il y aurait une grave injustice à ordonner l'exécution unilatérale d'un contrat synallagmatique. L'étendue de la nullité résulte de considérations morales.

135 - Cette définition invite à rapprocher la nullité relative de la révision du contrat, qui résulte de l'intervention des tribunaux dans l'exécution des obligations (239). L'exercice du pouvoir judiciaire va à l'encontre de la règle suivant laquelle celui qui a contracté doit donner, faire ou ne pas faire ce qui est stipulé. Au regard de la règle juridique qui est niée, la révision a donc des traits communs avec la nullité relative. Les deux sanctions procèdent de la même idée - permission de ne pas faire - mais se distinguent par une différence de degré : les effets du contrat sont supprimés ou seulement diminués. En outre les vices du consentement et la révision n'ont pas le même support moral (240).

136 - Ces développements montrent que la sanction de la règle morale qui, par nature en est dépourvue, lui reste extérieure. Cette sanction n'est que la conséquence produite par l'application de cette norme sur le système juridique. Néanmoins les impératifs moraux permettent d'en préciser les contours.

2 - Définition des sanctions au regard de la règle morale

137 - Au regard des règles morales qui jouent une fonction normative, les sanctions permettent d'effacer le fait contraire au devoir (a) et de punir les intentions coupables (b).

a - L'effacement de la violation du devoir moral

138 - Les actions en nullité lato sensu et les actions en réparation (241) permettent d'effacer la transgression des devoirs moraux.

(235) Idem.

(236) Op. cit., n° 41, p. 76.

(237) Cette règle définit les conséquences attachées à l'exercice du droit de contracter.

(238) Cf. supra, n° 47. Néanmoins Ripert fait allusion au droit de contracter. Cf. Ripert, op. cit., n° 40, p. 74.

(239) Ripert, op. cit., n° 75, p. 130.

(240) Cf. supra, n° 37 et s., et 58 et s.

(241) Ripert, op. cit., n° 177, p. 337.

139 - L'action en réparation est curative et compense les effets irréparables d'un acte ou d'un fait matériel (242). Il en va ainsi notamment lorsque les conséquences de l'exercice abusif d'un droit ne pouvant être supprimées, les tribunaux accordent des dommages-intérêts.

140 - La nullité frappe l'acte accompli d'inefficacité. Elle opère préventivement en empêchant la réalisation du fait répréhensible. Ripert adopte une conception large de cette sanction : l'inopposabilité, lorsqu'elle profite à une personne déterminée, est une nullité à effet relatif (243). En cela qu'elle s'oppose à l'action en réparation, l'annulation n'est d'ailleurs pas limitée aux actes juridiques et se définit comme la suppression des conséquences juridiques qui résultent normalement d'un acte ou d'un fait : le contrat ne crée pas d'obligation, la prérogative exercée n'est pas juridiquement protégée, etc.

141 - Certaines actions en nullité visent à la défense des principes moraux. L'annulation du contrat pour cause illicite fait obstacle à la réalisation de la pensée coupable (244). Aussi l'action en justice est-elle recevable même lorsqu'elle est exercée par la partie coupable (245). En application de la maxime "nemo auditur", l'action en répétition n'est admise qu'autant qu'elle contribue à l'effacement de l'acte répréhensible. La restitution est refusée au coupable car elle "marque simplement le désir de reprendre ce que l'on a donné, parce que l'exécution devient impossible" (246).

142 - De même, en cas de fraude, l'application de la loi du for fait échec à la transgression du devoir moral qu'elle sanctionne (247). La sanction de la fraude à la loi en droit international privé est une action en nullité lato sensu : un fait matériel, la manipulation du facteur de rattachement, est amputé de ses conséquences juridiques, la désignation d'une règle substantielle.

143 - Les autres actions en nullité tendent à protéger la victime d'un acte moralement condamnable en prévenant le dommage. La sanction préventive de l'abus des droits atteint ce résultat (248). La nullité relative stricto sensu (249) et la réfaction (250) remédie à la conclusion d'un contrat désavantageux. La révision rétablit en cours d'exécution un équilibre contractuel (251). L'inopposabilité d'une créance créée frauduleusement protège le tiers qui bénéficie d'un droit antérieur.

144 - La suppression d'un acte immoral et des ses conséquences se fait au détriment de celui qui en est l'auteur. L'aspect passif de la sanction doit également être justifié au regard de la règle morale.

(242) Idem.

(243) Idem.

(244) Ripert, op. cit., n° 36, p. 69.

(245) Op. cit., n° 108, p. 192.

(246) Loc. cit. note précédente.

(247) Op. cit., n° 174, p. 329.

(248) Sur l'analyse des différentes hypothèses d'abus, cf. op. cit., n° 96 et s., p. 168 et s.

(249) À propos de l'erreur, Ripert s'exprime en ces termes : "Ce que l'on n'a pas assez remarqué c'est le constant appel fait à l'idée de lésion par les décisions qui prononcent la nullité et la constatation de l'absence de préjudice subi dans les décisions qui maintiennent le contrat", op. cit., n° 43, p. 79.

(250) Op. cit., n° 71, p. 122.

(251) Op. cit., n° 75, p. 131 et 132.

b - La punition de la violation du devoir moral

145 - Les sanctions qui résultent de la fonction normative de la règle morale doivent être appliquées strictement : elles supposent une culpabilité et ne peuvent être mises en œuvre aux dépens d'une personne (252) qui est irréprochable (253). Ainsi le dol doit-il émaner du cocontractant (254). Il ne peut être sanctionné que contre celui qui s'est rendu coupable de la violation du devoir moral en cause (255). La violence est prise en compte même si elle émane d'un tiers. Dans ce cas le cocontractant est sacrifié parce que la protection de la victime, qui est plus vulnérable à la violence qu'à la tromperie, est impérative (256).

146 - Le recours aux peines civiles (257) n'est pas particulier à la fonction normative de la règle morale : une telle peine peut être appliquée dans tous les cas de fraude (258). La question de la peine privée se pose chaque fois qu'on entend sanctionner en tant que telle une intention juridiquement ou moralement condamnable (259). L'application d'une peine qui a un fondement juridique ne fait pas de difficulté. Par contre la sanction de la règle morale par les tribunaux suscite des réticences (260).

B - La justification des sanctions

147 - Comment peut-on justifier qu'une règle morale évince une règle juridique ? La querelle du droit et de la morale ne doit pas occulter, par les prises de position qu'elle suscite, le centre du problème. Avant tout, il convient d'expliquer comment l'application d'une norme appartenant à un système normatif quelconque peut avoir pour effet de disqualifier une autre norme appartenant à un autre système. Le fondement de la fonction normative, définie abstraitement, est composé de trois éléments : le pouvoir judiciaire (1), le degré de validité juridique et le degré de validité morale (2).

1 - Le pouvoir judiciaire

148 - "Ce n'est pas seulement dans l'élaboration de la règle de droit que la morale intervient, mais aussi dans l'application et l'interprétation de la règle. Le juge est le législateur des cas particuliers. Il a, lui aussi, un rôle de gouvernant vis-à-vis des plaideurs qui viennent devant lui. Le pouvoir politique asservit son jugement à la loi, parce que la mesure générale a sur l'ordre particulier l'avantage de permettre l'action régulière et d'éviter l'arbitraire. Mais quand la loi est muette, obscure ou insuffisante, le juge est souverain pour dire le droit. Plus on défend le pouvoir du juge et l'autorité de la jurisprudence, plus on élève la puissance intellectuelle contre la puissance politique. Le juge écoutant les voix diverses qui vont lui dicter la sentence est sensible avant tout à la considération de la loi morale. Il a la conviction qu'il doit faire régner la justice ; il est moins frappé par l'utilité commune que par

(252) L'annulation d'un contrat à titre gratuit n'est pas préjudiciable à son bénéficiaire, op. cit., n° 47, p. 88.

(253) Op. cit., n° 49, p. 91.

(254) Op. cit., n° 47, p. 87.

(255) "On ne peut faire supporter au contractant la conséquence de cette tromperie à laquelle il ne s'est pas associé ; il y aurait une véritable injustice à le priver du bénéfice du contrat". Op. cit., n° 47, p. 88.

(256) Idem.

(257) Sur la notion de peine civile en général, cf. op. cit., p. 337 et s.

(258) Cf. supra, n° 73.

(259) Ripert, op. cit., n° 177, p. 337.

(260) Op. cit., n° 95, p. 166.

l'équité. Souvent même, lorsque le législateur aura oublié ou méconnu que l'application de la règle juridique peut dans certains cas aboutir à la violation de la morale, le juge imposera le respect de cette loi contre la règle de droit" (261).

149 - Ce texte, d'interprétation délicate, affirme l'existence d'un pouvoir juridictionnel et définit les relations qu'il entretient avec le pouvoir politique.

a - L'existence du pouvoir juridictionnel

150 - Lorsqu'il tranche les litiges qui lui sont soumis, le juge exerce un pouvoir propre ; le pouvoir politique n'est pas compétent pour appliquer le droit. Pour Ripert, l'activité juridictionnelle a plusieurs facettes. Les tribunaux interprètent la loi, et, dans ce cadre, créent du droit (262). Néanmoins il ne s'agit pas, sauf exception (263), de règles générales (264). En outre, le juge peut, au titre de la fonction normative de la règle morale, écarter la règle juridique, lorsque son application aurait pour conséquence la violation d'un devoir moral (265). Sous son aspect juridictionnel, l'activité des tribunaux consiste donc, soit à déterminer la norme juridique particulière qui sera utilisée, soit à choisir la règle, juridique ou morale, qui sera appliquée (266).

151 - Modalité de l'activité juridictionnelle, la fonction normative de la règle morale ne modifie pas la composition des systèmes normatifs qu'elle met en relation. Les règles morales et les règles juridiques ne sont pas modifiées ; elles sont seulement utilisées suivant un schéma particulier. Aussi la fonction normative ne constitue-t-elle pas, à proprement parler, une source de droit mais un procédé de réalisation de normes qui appartiennent à des systèmes distincts. À ce titre, le droit et la morale entretiennent un rapport unilatéral : la règle morale modifie l'application de la règle juridique mais n'est pas modifiée par elle. Aussi la fonction normative a-t-elle une finalité juridique puisque le résultat de sa mise en œuvre se produit relativement au système du droit (267). Elle apparaît comme le pouvoir du juge de s'affranchir du pouvoir politique en disqualifiant la règle qu'il a posée.

b - La hiérarchie des pouvoirs

152 - La lettre du texte reproduit intègre les rapports entre le droit et la morale dans une structure institutionnelle : le rôle de la morale dans la résolution des litiges serait déterminé par les rapports entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique. Sur ce point la pensée de Ripert s'articule en apparence sur une contradiction : "le pouvoir politique asservit le jugement du juge à la loi..." (268), mais, "plus on défend le pouvoir du juge et l'autorité de la jurisprudence, plus on élève la puissance intellectuelle contre la puissance politique" (269). La dépendance du pouvoir juridictionnel l'obligerait à appliquer la règle positive, son indépendance

(261) Op. cit., n° 15, p. 25 et 26.

(262) Op. cit., n° 15, p. 25.

(263) Cf. supra, n° 30.

(264) "Le juge est le législateur des cas particuliers", loc. cit., note 259.

(265) Idem.

(266) Pour une application, cf. Ripert, op. cit., n° 81, p. 144.

(267) Op. cit., n° 1, p. 1, n° 2, p. 5.

(268) Loc. cit., note 259.

(269) Idem.

lui permettrait de s'en affranchir et de recourir à la morale (270). La contradiction n'est qu'apparente : la hiérarchie des pouvoirs est la projection simplifiée de l'organisation de la notion de validité.

2 - Les degrés de validité

153 - La pensée de Ripert s'appuie sur l'idée qu'il existe des degrés de validité (271) : certaines règles sont plus respectables que d'autres. Un rapport de force, variable en fonction de chaque couple de règles considérées, s'établit entre la validité juridique (a) et la validité morale (b) et conduit à faire prévaloir le pouvoir juridictionnel ou le pouvoir politique, suivant les cas (272).

a - Le degré de validité juridique

154 - Le degré de validité juridique s'apprécie formellement (α) et matériellement (β) (273).

α - Le degré de validité formelle

152 - "La règle morale...", sur ce point très classique, mesure la validité formelle à la volonté du législateur : si la loi est muette, obscure, insuffisante ou si "le législateur a oublié... que l'application de la règle juridique peut dans certains cas aboutir à la violation de la morale" (274), les tribunaux peuvent s'affranchir des normes positives. Cette solution est cohérente puisque la validité formelle résulte de la volonté du législateur, qui s'exprime par les sources du droit. Aussi une prise en considération directe de la règle morale dans le cadre de l'activité juridictionnelle suppose-t-elle que le système juridique ne contienne pas de disposition précise qui fasse échec à la fonction normative de la règle morale. Il arrive en effet que le législateur, en édictant une disposition juridique, exclut volontairement le recours direct à la règle morale. Il en va notamment ainsi des règles légales relatives au conflit entre plusieurs acquéreurs d'un même immeuble (275).

156 - Juridiquement, le droit de l'acquéreur qui a publié le premier prévaut. Peut-on sanctionner, sur le fondement des règles morales, le second acquéreur qui a publié le premier et connaissait la première aliénation (276) ? A priori, la publicité

(270) Le dilemme n'existe pas en matière d'arbitrage international. L'arbitre n'est pas "le serviteur de la loi", cf. P. Mayer, article précité, n° 3, p. 350.

(271) Idem.

(272) MM. Ghestin et Goubeaux donnent, à propos de l'abus des droits, une analyse différente : J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, tome I, Introduction générale* 2ème édition, L.G.D.J. 1983, n° 717, p. 635. D'après MM. Ghestin et Goubeaux, Ripert subordonnerait le droit à la morale. Dans le cadre de cette interprétation, la référence à l'intention de nuire ne se justifierait pas : devrait être qualifié d'abus tout exercice d'une prérogative légale en violation d'un devoir moral. L'objection tombe si l'on admet qu'il existe des degrés de validité : la sécurité dans l'exercice des droits cède uniquement devant le devoir, impérieux, de ne pas nuire intentionnellement à autrui (cf. supra n° 53 et infra n° 162). MM. Ghestin et Goubeaux affirment également que la règle morale joue un rôle en matière juridique si et seulement si elle fait l'objet d'une réception par le droit. Néanmoins, force est d'admettre que, comme le démontre Ripert, la règle appliquée par les tribunaux n'est pas, sauf exception, une règle juridique (cf. supra n° 30 et 57). En outre, exclure l'application des règles proprement morales par les tribunaux suppose que leur domaine et celui des règles juridiques soient distincts, ce qui ne semble pas être le cas (cf. supra n° 11 et 12), ou quelles règles morales ne bénéficient pas d'une validité comparable à celle de la norme positive (cf. supra n° 18 et 20).

(273) Cf. supra, n° 16 et s.

(274) Loc. cit., note 259.

(275) Ripert, op. cit., n° 171, p. 320.

(276) Op. cit., n° 172, p. 324.

légale est une forme juridique, qui, comme toute autre, peut être utilisée abusivement par les intéressés. Néanmoins les règles relatives à la publicité légale obligent à ne pas tenir compte de la connaissance de la première aliénation par le second acquéreur, et, en conséquence, interdisent qu'on le sanctionne sur le fondement du précepte qui interdit de nuire consciemment à autrui (277).

157 - Sur ce terrain, toute la difficulté consiste à déterminer les hypothèses dans lesquelles la loi exclut le recours à la fonction normative de la règle morale (278). Pour Ripert, le principe est qu'il ne faut pas tolérer que la forme juridique soit utilisée en violation de devoirs moraux (279). Les dispositions qui font échec à la fonction normative de la règle morale semblent donc devoir être interprétées restrictivement.

158 - L'identification de ces dispositions repose sur leur niveau de précision et la nature de leur contenu. Si le système juridique contient une règle incompatible avec la règle juridique dérogatoire qui pourrait sanctionner, si elle existait, le devoir moral en cause, alors la règle morale ne peut pas être appliquée directement. En effet, il est alors certain que la loi exclut, dans l'hypothèse concernée, le recours à la fonction normative de la règle morale, puisque, pour cette hypothèse, elle édicte une règle incompatible avec la règle morale.

159 - Ainsi, en matière de transfert de droits immobiliers, le système juridique contient une règle aux termes de laquelle celui qui a acquis et publié son droit peut en exercer les prérogatives même à l'encontre de celui qui l'aurait acquis avant lui. Le devoir moral en cause est celui qui interdit de nuire consciemment à autrui. Pour l'hypothèse concernée, ce devoir pourrait être sanctionné sous la forme de la règle dérogatoire suivante : celui qui a acquis un droit en ayant connaissance d'une première aliénation ne peut l'opposer au premier acquéreur. Manifestement cette règle est incompatible avec celle que contient effectivement le système juridique, de plus elle a le même degré de précision : l'une permet exactement ce que l'autre interdit.

β - Le degré de validité juridique matérielle

160 - Le principe de la sécurité juridique exclut, dans certaines hypothèses, l'éviction d'une règle de droit par une règle morale ou aménage les modalités de la mise en œuvre de la fonction normative de la règle morale. Or la sécurité juridique est en relation avec la validité matérielle de la règle de droit : la sécurité consiste dans la confiance que l'on porte aux règles juridiques, et cette confiance est une forme d'assentiment au droit.

161 - Ainsi, les contrats de spéculation ne peuvent-ils être rescindés pour lésion. Les contrats de spéculation sont ceux à propos desquels la spéculation est admise (280). La spéculation consiste à contracter en considération du fait que l'avenir accroîtra l'avantage retiré du contrat. Elle suppose une confiance absolue dans la loi contractuelle. Pour Ripert, les contrats dans lesquels la spéculation n'est

(277) Loc. cit., note 272. La jurisprudence a évolué, elle admet désormais que la connaissance, au moment de l'acquisition, d'une aliénation antérieure prive le nouvel acquéreur des avantages résultant de la publicité foncière (Civ. 3^e, 13 octobre 1981, bull. civ., III, N° 153).

(278) Ripert, op. cit., N° 172, p. 324.

(279) Op. cit., N° 4, p. 9.

(280) Op. cit., N° 73, p. 126.

pas autorisée, et qui peuvent donc être rescindés pour lésion (281), doivent être définis restrictivement : il s'agit des conventions qui créent une confiance légitime entre les parties, de celles qui sont conclues entre des personnes dont les forces respectives sont, à l'évidence, disproportionnées, et des contrats nécessaires à la vie courante (282).

162 - De même le principe de la sécurité juridique justifie un aménagement particulier de l'action en rescision pour lésion (283) : les délais d'action doivent être brefs ; la réfaction du contrat doit être préférée à son annulation (284).

163 - Le degré de validité juridique, formelle ou matérielle, apparaît comme une cause d'exclusion de la règle morale. Le degré de validité morale conditionne son application.

b - Le degré de validité morale

164 - Ripert justifie, à plusieurs reprises la fonction normative de la règle morale par le caractère impérieux du devoir qui lui sert de fondement (285). Le degré de validité morale, qui est matérielle, se mesure à l'assentiment des destinataires de la norme ; à ce titre la conviction du juge est déterminante (286). Reposant sur un fondement subjectif, l'autorité de la règle morale, et, par conséquent, sa fonction normative sont contingentes : "Ces règles morales le législateur et le juge peuvent ou les rendre obligatoires par la sanction les ignorer et même les combattre" (287).

165 - Le fondement de la validité morale, qui est équivoque, repose également sur un système objectif de valeurs (288). "Le problème est... d'assurer l'épanouissement des idées morales, parce que la véritable civilisation consiste à rendre la société plus parfaite par l'homme meilleur, et en même temps de respecter la liberté humaine en arrêtant l'autorité civile devant le respect des consciences et en ne demandant pas compte aux hommes des raisons qui leur dictent l'obéissance à la loi" (289).

166 - En fin de compte, la mise en œuvre de la fonction normative de la règle morale résulte, dès lors qu'une qualification mixte est en cause, d'une combinaison des échelles de validité : il s'agit de déterminer si, au regard de leur degré respectif de validité, on peut admettre que la règle morale évince la règle juridique.

(281) Le raisonnement est le même lorsqu'un contractant est victime d'une réticence dolosive. "Pour apprécier si une obligation mensongère constitue un dol, il faut tenir compte de la nature du contrat, des relations des parties et de la confiance réciproque qu'elle s'accordent". Op. cit., N° 48, p. 88.

(282) Op. cit., N° 72, p. 124 et 125.

(283) Combiné avec le caractère impérieux du devoir moral, le principe de sécurité juridique est pris en compte dans le cadre de l'abus des droits, cf. supra n° 55 et infra n° 164.

(284) Ripert, op. cit., n° 71, p. 122.

(285) Op. cit., n° 74, p. 130.

(286) "[Le juge] a la conviction qu'il doit faire régner la justice", loc. cit., note 259.

(287) Ripert, op. cit., n° 14, p. 23.

(288) Sur cet aspect de l'autorité morale, op. cit., Conclusion, 397 et s.

(289) Loc. cit., note 276.

CONCLUSION

167 - La fonction normative s'analyse en un système de conflit (290) : elle permet de choisir entre deux règles, qui s'appliquent à une même situation et qui contiennent des sanctions opposées. Néanmoins, la structure utilisée par Ripert n'est pas assimilable au système de conflits de lois utilisé en droit international privé. La méthode des conflits de lois procède par désignation (291). Elle détermine la règle substantielle applicable au litige international. La fonction normative est un système d'éviction : la solution du litige résulte principalement de la négation (292) d'une règle applicable (293). En outre les techniques utilisées diffèrent profondément. Le droit international privé se compose de règles de conflit (294), distinctes des normes conflictuelles et dont la mise en œuvre suppose deux qualifications : l'une s'effectue à partir de l'hypothèse de la règle de conflit et permet de rattacher le litige à un ordre juridique déterminé, l'autre résulte de l'hypothèse de la règle substantielle désignée et conduit à résoudre le litige au fond. La fonction normative ignore la règle de conflit. Le choix entre la règle juridique et la règle morale est le fruit d'une comparaison d'échelles de validité ; il se fait en fonction de critères inhérents aux normes conflictuelles. La qualification du litige est unique et mixte ; elle permet de détecter les situations au regard desquelles l'incompatibilité entre la règle juridique et la règle morale se matérialise.

168 - La fonction normative est donc un système de conflit, qui réalise (295) concurremment des normes incompatibles. L'utilisation qu'en font les tribunaux démontre que le droit positif interne procède en partie d'une méthode conflictuelle. Aussi l'unité du droit objectif n'est-elle pas matérielle mais structurelle : la cohérence des normes qui le composent ne se juge pas au regard de leur contenu ; elle résulte des principes grâce auxquels elles s'organisent et se réalisent.

(290) Sur la notion de conflit de normes, cf. P. Mayer, "Droit international privé", 3ème édition, Monchrestien, 1987, n° 87, p. 57.

(291) Op. cit., n° 114, p. 73.

(292) Cf. supra, n° 130.

(293) La norme juridique à vocation à régir tous les litiges soumis aux tribunaux.

(294) P. Mayer, op. cit., n° 115, p. 74.

(295) Cf. supra, n° 75.