

d'être éliminé de la profession qu'il a choisie. Frappant l'atteinte à la « capacité de concurrence », l'arrêté du 23 décembre 1934, en son art. 1, n'a-t-il pas souligné l'importance qu'il faut attacher aux conséquences de l'acte suspect de malhonnêteté ?

Ce n'est pas dans le but de paraître sage — *in medio virtus* — que nous écartons le choix d'un critère unique. La conciliation des libertés se fera par la recherche constante d'un équilibre, qui sera souvent différent pour chacun des cas d'espèce. Les conflits de droit émergent, par l'effet du boycottage, d'un terrain propice aux luttes économiques. Ils s'apparentent aux oppositions permanentes auxquelles notre civilisation est confrontée. Sécurité et progrès, liberté et autorité, personne et société, autant d'antinomies séculaires dont l'homme s'efforce d'atténuer les aspérités. Les contradictions économiques n'ont jamais connu de « solutions définitives » (1).

La concurrence est, certes, le plus grand facteur de progrès économique. Mais toute restriction de la concurrence ne doit pas être considérée « comme un mal en soi », d'autant plus qu'elle procède « d'une évolution qui est inéluctable à certains égards » (2).

Le traitement des contraintes économiques de caractère privé exige une thérapeutique capable d'humaniser le droit de la guerre économique. Puissent les hommes de droit prolonger dans cette perspective leur dialogue avec les économistes et les hommes d'affaires et la jurisprudence poursuivre son action bienfaisante dans l'établissement d'une véritable déontologie commerciale.

(1) P. REUTER, A propos des ententes industrielles et commerciales, *Droit social*, 1953, p. 12.

(2) Proposition de loi sur la protection contre les abus de la puissance économique (Doc. parl., Ch., S. 1946-1947, n° 123, p. 1). « La concurrence est un alcaloïde; à dose modérée, c'est un excitant; à dose massive, un poison » (A. DETOEUF, Propos de L. Barenton, p. 119). Pour le professeur H. HUBER, « La liberté du commerce et de l'industrie n'est pas menacée de suppression, mais elle a déjà passé au deuxième ou au troisième rang, en raison de la transformation de la société » (La liberté du commerce et de l'industrie en droit public suisse et comparé, Genève 1954, p. 227). L'homme, selon lui, serait plus soucieux de sécurité matérielle que de liberté du commerce.

L'adage « Nemo auditor »

Considérations préliminaires

1. Depuis quelques années, l'adage « Nemo auditor propriam turpitudinem allegans » a suscité un regain d'intérêt; de nombreux commentaires lui ont été consacrés (1). A la lumière de ceux-ci, il est possible de tenter un nouvel examen du problème et un essai de synthèse.

2. Nous aborderons successivement trois questions :

- 1° la valeur de l'adage en droit positif;
- 2° la détermination de son champ d'application et de son rôle;
- 3° la recherche des principes directeurs de sa mise en œuvre.

La valeur de l'adage en droit positif

APERÇU DE L'ÉVOLUTION

3. La maxime « nemo auditor » constitue-t-elle une règle de notre droit positif ? La réponse à cette question se révèle actuellement plus aisée qu'autrefois; les controverses doctrinales se sont progressivement apaisées et notre Cour de cassation

(1) Notons entre autres : Note de HARVEN, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1947, p. 195; Note de BERSAQUES, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1949, p. 339; ROUAST, *Cours de droit civil approfondi*, 1953-54, p. 169; Maurice AUBERT, La répétition des prestations illicites ou immorales en droit français, en droit suisse et dans la jurisprudence belge, 1954; Note PONSARD, D. 1950, J. 175; CHOUCRI CARDAHI, L'exécution des conventions immorales et illicites, *Revue internationale de droit comparé*, 1951, pp. 385 et s.; Note HEMARD, *Jur. Class. périod.*, 1946, 2955; Note CARBONNIER, *Jur. Class. périod.*, 1948, 4474; BERAUD, L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente, *Jur. Class. périod.*, 1952, 1029; La maxime « nemo auditor » dans la jurisprudence française, *Journées juridiques et économiques franco-suisse de Montpellier*, 5-8 avril 1951.

tion s'est plusieurs fois prononcée. L'évolution s'est produite dans le sens d'une application nuancée et souple de l'adage. Celui-ci se voit reconnaître une place en droit positif, mais plutôt à titre de *norme facultative* que les tribunaux peuvent au besoin faire intervenir. Nous le vérifierons tant en doctrine qu'en jurisprudence.

DOMAINE DOCTRINAL

4. Dans la controverse qui s'est prolongée de 1804 à nos jours, on a vu les argumentations se développer sur deux terrains : celui des raisons d'ordre général et celui des textes du code civil.

Sur le plan des arguments d'ordre général, on a invoqué l'histoire, le droit comparé et l'utilité sociale.

Aperçu historique

5. Les recherches remontant à l'Ancien Droit et au Droit romain apparaissent plutôt favorables à l'adage ⁽¹⁾. La signification des textes anciens et la portée exacte des solutions restent toutefois entourées d'une grande imprécision ⁽²⁾; les auteurs sont forcés de constater que le passé ne nous livre une notion précise, ni de l'adage « *nemo auditur* », ni de son parent « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* ».

6. En *Droit romain*, on rencontre des textes analogues à ces deux maximes, mais le désaccord est total sur l'existence d'une filiation entre les formules romaines et les adages communément cités en droit contemporain ⁽³⁾. On retiendra pourtant que les textes romains ne visaient que le refus de répétition

⁽¹⁾ Voir DE PAGE, t. 1, Complément n° 94, p. 60. Cet éminent auteur est pourtant très réticent vis-à-vis de la maxime.

⁽²⁾ DE PAGE, même référence.

⁽³⁾ Voir SAVEY CASARD, Le refus d'action pour cause d'indignité, pp. 19 à 37; Jacques SAIGET, Le contrat immoral, pp. 4 à 17; TZARANO, Etude sur la règle « *nemo auditur* », Thèse Paris 1926, p. 16; SIOUFI, Essai sur le criterium et la nullité des obligations immorales et illicites, Thèse Paris 1925; Maurice AUBERT, La répétition des prestations illicites ou immorales en droit français, en droit suisse et dans la jurisprudence belge, p. 15 et les nombreuses références y citées; MACQUERON, L'histoire de la cause immorale et illicite dans les obligations en droit romain, 1925; R. SAVATIER, Des effets et de la sanction du devoir moral, Thèse Paris 1916, pp. 435 et s.

des prestations ⁽¹⁾ exécutées en vertu d'un contrat contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

7. Dans les siècles qui suivirent l'effondrement de Rome, l'adage apparaît pour la première fois sous sa forme actuelle dans une *décrétales d'Innocent III* datant des dernières années du XII^e siècle ou du début du XIII^e. Il s'agissait d'un procès entre deux ordres religieux. Une des parties prétendait à l'illicéité d'une donation; sa demande fut écartée, parce qu'elle alléguait pour son profit les torts de ceux qui avaient agi en son nom ⁽²⁾. En l'espèce, ces torts consistent à ne pas avoir respecté les formes requises pour la donation. On peut lire dans cette décrétale : « *Quod pro se, non contra se turpitudinem allegarent* » et « *Quia non deceptoribus sed deceptis jura subveniunt* ». L'aveu n'est pas écouté : il est intervenu dans l'intérêt du coupable et c'est à la victime seule que le droit vient porter secours.

8. *Canonistes, Bartolistes et juristes de la Renaissance* ont souvent recouru à l'adage pour refuser la nullité. Dans leur esprit, les répercussions du refus ou de l'octroi de la répétition des prestations prévues dans le contrat critiqué jouaient un rôle déterminant. Ils invitaient les tribunaux, tantôt à prononcer la nullité, si la répétition était souhaitable, tantôt à rejeter la demande en nullité en se fondant sur l'adage, si le plaideur cherchait à tirer de la répétition un avantage injustifié ⁽³⁾.

9. En *droit coutumier* ⁽⁴⁾, la maxime fut parfois opposée à l'action en exécution d'un contrat nul, mais on ne peut prétendre que tous les auteurs approuvèrent ce point de vue; Domat et Pothier ont certainement envisagé l'adage sous l'angle du refus de répétition des prestations illicites et non sous celui du refus d'exécution du contrat contraire à la loi ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ ROUAST, Cours de droit civil approfondi, 1953-54, p. 169.

⁽²⁾ SAVEY CASARD, *op. cit.*, pp. 42-43; ROUAST, *op. cit.*, p. 171.

⁽³⁾ SAVEY CASARD, *op. cit.*, pp. 42 à 60.

⁽⁴⁾ SAIGET, *op. cit.*, pp. 20 et s.

⁽⁵⁾ DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, éd. par J. Remy, Paris 1828, t. 1, livre 1, titre XVIII, sect. IV, n° 399; POTHIER, Traité des obligations, partie I, chap. 1, sect. 6, n° 43.

10. Les résultats de l'investigation historique sont maigres. La maxime « nemo auditur propriam turpitudinem allegans » remonte aux origines de notre droit. Cette tradition peut être invoquée pour justifier son existence dans le droit actuel ; mais on ne saurait y trouver, en présence des incertitudes et même des contradictions qui ont accompagné le développement de l'adage, des éléments décisifs pour surmonter les difficultés d'aujourd'hui. Le code civil n'aurait-il pas au surplus voulu rompre avec le passé en supprimant la règle en raison des indécisions de son interprétation ? On ne pourrait conclure péremptoirement à l'adoption de l'adage par le législateur de 1804, sans soulever des objections sur le terrain des textes de notre droit. Nous y reviendrons (1).

Droit comparé

11. L'étude des droits étrangers révèle que l'adage « nemo auditur » trouve son équivalent, soit dans de nombreux codes, soit à tout le moins dans les solutions couramment appliquées par la jurisprudence, qui refuse la répétition consécutive à la nullité d'un contrat illicite (2). La maxime paraît donc répondre à un besoin juridique généralisé ; cette constatation rend malaisée la position de ceux qui voudraient prétendre que le législateur de 1804 a entendu lui dénier toute valeur (3).

Efficacité sociale préventive de l'adage

12. Sur ce plan, les auteurs s'opposent complètement. D'après les uns, si l'on veut lutter efficacement contre la

(1) Voir infra, nos 14 et s.

(2) Voir en général CHOUCRI CARDAHI, L'exécution des conventions illicites et immorales, *Revue internationale de droit comparé*, 1951, p. 385 et particulièrement, pp. 394-395 ; TZARANO, Etude sur la règle « nemo auditur », Thèse Paris 1926, pp. 47 et s. ; GROSPIRON, L'exécution des conventions immorales, Thèse Paris 1938, pp. 87 et s.

On se référera aux codes autrichien (art. 1174), portugais de 1867 (art. 692), espagnol de 1888 (art. 1305), allemand de 1896 (art. 817), suisse (code des obligations, art. 66), égyptien de 1948 (art. 201, al. 3), ainsi qu'au projet de code franco-italien des obligations. Pour le droit soviétique et la jurisprudence anglaise, on consultera MALAURIE, L'ordre public et les contrats, t. I, pp. 204-205, nos 306 et 337.

(3) Voir DE PAGE, Complément, t. I, n° 94, p. 66.

conclusion de contrats contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, il faut annuler ces contrats et assurer la précarité de leurs effets par la restitution des prestations (1). D'après les autres, la maxime, en permettant le refus de restitution, offrirait seule un remède préventif efficace. En laissant les contractants à leur mauvaise foi respective, en décourage la conclusion de contrats illicites, les parties ne voulant pas encourir les dangers d'une exécution à leurs risques et périls (2).

13. En réalité — des travaux récents l'ont démontré (3) — c'est la combinaison des deux solutions qui permettra de sauvegarder le mieux l'effet préventif de la nullité (4).

La sauvegarde de la société ne commande ni l'application constante de la répétition, ni l'emploi automatique de l'adage, en vue d'un effet préventif entrevu abstraitement et sans lien avec la réalité particulière de chaque litige. Elle réclame au contraire chaque fois une analyse attentive des répercussions concrètes de chacune des deux solutions.

Débat autour de certains textes du code

14. Partisans et adversaires de l'adage se sont rendus compte qu'aucun argument décisif ne résultait de l'appel à l'histoire, au droit comparé et à l'idée de la protection de la société ; ils ont alors essayé de rattacher leur thèse aux dispositions mêmes du code civil.

15. Aucun texte ne reproduit la formule de l'adage. Bien

(1) DEMOGUE, t. II, n° 878 ; PIEDELIÈVRE, Des effets produits par les actes nuls, p. 266 ; GROSPIRON, L'exécution des conventions immorales, Thèse 1938, pp. 67-68 ; DE PAGE, t. I, Complément, n° 94, E, 50.

(2) PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, 3^e éd., t. II, n° 886 ; SAIGET, Le contrat immoral, p. 353 ; MAZEAUD, *Rev. Trim. droit civil*, 1946, 30 ; SAVATIER, Cours de droit civil, 2^e éd., t. II, n° 886 ; KAYSER, Nullité d'ordre public, *Rev. Trim. droit civil*, 1933, 1140 ; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., p. 194, M. DE BERSAQUES insiste sur les effets préventifs du refus de restitution, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1949, pp. 344-345.

(3) DE BERSAQUES, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1949, pp. 344-345 ; ROUAST, Cours de droit civil approfondi, 1953-54, p. 185 ; AUBERT, *op. cit.*, p. 196 ; HEMARD, note *Jur. Class. périod.*, 1946, II, 2955 ; TUNC, note D. 1946, J. 105 ; PLANIOL et RIPERT, 2^e éd. par ESMEIN, t. VII, n° 748.

(4) Voir infra n° 58.

mieux, au cours des travaux préparatoires, le Tribunal civil de Grenoble avait fait observer qu'il y aurait lieu d'ajouter au texte de l'article 1131 du code civil : « Si la cause blesse les bonnes mœurs de la part des deux parties, il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné (1) ». Mais le libellé de l'article ne fut pas modifié.

16. Le législateur de 1804 s'est-il abstenu de statuer sur le sort réservé à l'adage « nemo auditur » ? Plusieurs auteurs l'ont admis, mais d'autres ont cherché dans la rédaction même de l'article 1131 du code civil les éléments pour décider de l'adoption ou du rejet de l'adage. L'adjonction proposée par le Tribunal de Grenoble aurait donc été inutile. L'article 1967 du code civil allait aussi être regardé par certains comme révélateur de la volonté législative. Il en fut de même des articles 1235 et 1376.

17. L'article 1131 du code civil a été invoqué tant par les adversaires que par les partisans de la maxime.

Ces derniers ont considéré que l'article 1131 avait expressément interdit la répétition des obligations dérivant d'un contrat nul et partant, intégré, dans notre droit positif, la règle qu'énonçait l'adage. L'obligation sur cause illicite ne peut avoir aucun effet ; or, on donne nécessairement effet à la convention, en accordant la répétition à la partie ou aux parties qui ont exécuté l'accord illicite. De l'article 1131, découle non seulement l'interdiction de l'action en exécution d'un contrat nul, mais aussi celle de l'action en répétition d'une obligation dérivant de pareil contrat. Dans les conclusions qu'il a développées à l'occasion de l'arrêt rendu par notre Cour de cassation, le 4 juin 1903, l'Avocat Général Terlingen avait longuement exposé ce point de vue, en se référant notamment à l'avis de Larombière (2).

Le raisonnement fut adopté par la Cour de cassation (3).

(1) Voir FENET, t. III, p. 558.

(2) Voir *Pas.*, 1903, I, 276 ; LAROMBIÈRE, Obligations, art. 1333, n° 10 ; voir aussi DELAMARRE et LE POTTEVIN, Traité théorique et pratique de droit commercial, Paris 1861, t. I, p. 111.

(3) Les attendus ci-après sont particulièrement significatifs :

« Attendu que c'est violer l'article 1131 que de donner audience à une partie qui, pour revenir sur l'exécution qu'elle a volontairement donnée à une telle

Dans un arrêt postérieur, la Cour exprima laconiquement la même opinion, en disant : « Attendu que les termes de l'article 1131 s'étendent à toutes les conséquences qui découlent de la convention nulle, et, notamment, font obstacle à la restitution de ce qu'une partie a payé en exécution de la convention... (1) ».

Bonnecase écrit : « D'après nous, la règle « nemo auditur » s'est en quelque sorte fondue dans les articles 1131 à 1133 du code civil (2) ».

18. Les adversaires de l'adage, Laurent notamment, observent que : « La maxime est en opposition avec le texte » et que « c'est donner un effet très important à l'obligation que d'empêcher la répétition » (3).

Plus récemment, M. De Page dira que les adages « *Nemo auditur* » et « *In pari causa turpitudinis* » violent directement le texte et l'esprit de l'article 1131 (4).

Dans la jurisprudence, on trouve parfois cette opinion exprimée avec vigueur : « Attendu que l'article 1131 porte que l'obligation sans cause ou sur cause illicite ne peut avoir aucun effet ; il faut conclure de ces derniers mots non seulement que toute action pour en obtenir l'exécution doit être rejetée, mais encore que si cette exécution a eu lieu volontairement et sciemment, il est permis de poursuivre la répétition de l'indu, puisque la partie a payé ce qu'elle ne devait pas » (5).

» convention, appelle le secours de la justice en invoquant elle-même l'oubli » qu'elle s'est permis de la morale et de la loi ;

» Attendu qu'il en est ainsi tant dans le cas où elle demande la résiliation de » la convention, comme si celle-ci avait eu existence légale, que dans celui où » s'appuyant, au contraire, sur son inexistence, elle poursuit la restitution de » ce qu'elle a payé, comme étant indu ;

» Que c'est toujours faire apprécier par le pouvoir judiciaire pour y puiser » un droit, une convention que la loi veut qu'il ignore parce qu'elle est illicite. » *Pas.*, 1903, I, 276.

(1) Cass., 31 mars 1938, *Pas.*, 1938, I, 125.

(2) BONNECASE, t. VI, Supplément à l'œuvre de BAUDRY-LACANTINERIE, p. 82, n° 54.

(3) LAURENT, t. XVI, n° 164 ; PIEDELIÈVRE, Des effets produits par les actes nuls, p. 263.

(4) DE PAGE, t. I, Complément n° 94, E, 4°, p. 66.

(5) Liège, 22 mars 1902, *Pas.*, 1902, II, 308.

19. Il nous semble que le raisonnement des adversaires correspond mieux à la *lettre de la formule* « aucun effet » (1).

Nous estimons pourtant que le problème n'est pas porté sur son vrai terrain. La formule de l'article 1131 n'a pas pour objet de rejeter ou d'intégrer la maxime. Les auteurs du code ne se sont pas placés sur le plan des conséquences de la nullité, mais uniquement sur celui du caractère, absolu ou relatif, de cette nullité. Ils ont voulu insister sur son caractère absolu, en considérant qu'il s'agissait d'une nullité « de plein droit ».

Il suffit pour s'en convaincre de consulter les textes invoqués par l'Avocat Général Terlinden dans les conclusions précitées (2). L'exposé des motifs de Bigot-Preameneu (3), le rapport de Favart (4) et la déclaration de Joubert (5) identifient le refus d'effet avec le refus d'existence, par opposition aux engagements qui sont seulement susceptibles d'être rescindés et aux actions qui ne peuvent être repoussées que par une exception.

L'article 1131 est *étranger au problème* de l'octroi ou du refus de répétition. Il se meut uniquement dans le cadre d'un contrat non exécuté; le législateur s'est attaché à condamner l'opinion selon laquelle il aurait fallu admettre dans une certaine mesure la force obligatoire du contrat nul (6). Certes en insistant sur le caractère absolu de la nullité, il a consacré en principe le mécanisme de la « *restitutio in integrum* », mais il ne s'est pas prononcé sur le refus exceptionnel de répétition et la survivance de l'adage traditionnel.

20. L'article 1967 du code civil ne pouvait manquer d'être invoqué dans le débat. Il refuse la répétition à celui qui a volontairement payé la dette de jeu. Les uns considèrent qu'il

(1) DE PAGE, même référence que ci-dessus.

(2) Voir *supra*, n° 17.

(3) Voir LOCRE, t. II, p. 152.

(4) Voir FENET, t. XIII, p. 319.

(5) Voir LOCRE, t. VI, p. 219.

(6) Voir SAVEY CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité*, pp. 60 et s. La force obligatoire du contrat nul avait été défendue par GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduction BARBEYRAC, Bâle, 1768, livre II, chap. XI, 9.

Aux XVII^e et XVIII^e siècles de nombreux théologiens (LESSIUS, MOLINA, MEDINA, LUGO et saint ALPHONSE DE LIGORI) se montraient à des degrés divers très réticents vis-à-vis de l'absence de force obligatoire des contrats nuls.

s'agit d'une confirmation de la maxime, sous-entendue par l'article 1131 du code civil; les autres raisonnent a *contrario* et déclarent que l'article 1967 est un texte exceptionnel (1).

En mars 1915, notre Cour de cassation a rendu un arrêt où elle refusait d'appliquer l'article 1967 aux fins d'interdire la répétition de l'objet donné en gage pour couvrir des opérations de bourse viciées par le jeu (2). L'arrêt précise qu'en vertu des articles 1131, 1133 et 1376 combinés, la restitution devait découler de la nullité, sans qu'il y ait d'autre exception à ce principe que celle de l'article 1967 strictement interprété.

Pas plus que l'article 1131, l'article 1967 ne peut être retenu. Les rédacteurs du code ont en effet voulu affirmer le refus de répétition dans l'hypothèse du jeu, *sans référence à l'idée exprimée par l'adage*. Ils avaient discuté spécialement ce problème et s'étaient arrêtés à une solution précise en complète opposition avec le droit romain et une partie de l'Ancien droit (3). Actuellement, une partie de la doctrine tend d'ailleurs de plus en plus à penser que les articles 1965 à 1967 ont été édictés sans liaison directe avec l'idée d'une contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs: le jeu constitue une activité dépourvue d'intérêt social et ne permet pas l'exercice d'une action en justice, même en l'absence d'immoralité (4).

21. Les articles 1235 et 1376 du code civil furent aussi invoqués (5). Ils imposeraient la restitution; l'absence de répétition créerait un enrichissement sans cause.

Les partisans de l'adage ont rétorqué que le principe de la répétition de l'indu supposait l'erreur dans le chef du

(1) Voir GROSPIRON, *L'exécution des conventions immorales*, Thèse 1938, pp. 59-60; DE PAGE, 2^e éd., t. I, n° 94, et t. V, n° 300; Complément au t. I, n° 94, D, 3^o et E, 1^o-2^o; Complément au t. V, n° 300, C, et DE HARVEN, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1947, p. 202.

(2) 11 mars 1915, *Pas.*, 1915, I, 208.

(3) DE PAGE, Complément au t. V, n° 300, note I, p. 301; SAVEY-CASARD, *op. cit.*, n° 39, p. 75.

(4) J. GHYSEN, *Rev. de la banque*, 1942, pp. 398 à 400 et J. C. B. 1941, pp. 182 et 183; P. DEMEUR, note sous Bruxelles, 3 mars 1948, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1949, pp. 331 et 332; R. PHILIPS, note sous Bruxelles, 26 avril 1954 et *Civ. Bruxelles*, 10 février 1955, J. T. 1956, pp. 442 et 443.

(5) GROSPIRON, *L'exécution des conventions immorales*, Thèse 1938, pp. 59-60; PIEDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nuls*, p. 265; JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, note 1, p. 400.

solvens (1). Ils ont ajouté qu'on ne pouvait confondre absence de cause et cause immorale; seul le paiement effectué sans cause permet l'action de in rem verso (2).

Notre Cour de cassation a formellement déclaré que le refus de répétition ne violait pas les articles 1235 et 1376 du code civil (3).

Ces textes n'ont pas eu pour objet de statuer sur le sort de la maxime. D'ailleurs, à supposer même que l'on admît que les restitutions consécutives à la nullité fussent justifiées par le principe de la répétition de l'indu, le problème posé par l'adage demeurerait entier. Son rôle, en effet, s'il en a un, est précisément de mettre obstacle aux restitutions, indépendamment de leur fondement théorique (4).

Portée du silence du code

22. Les articles 1131, 1265, 1376 et 1967 du code civil étant écartés, force est de constater que ce dernier ne contient aucune mention directe ou indirecte, expresse ou implicite quant au maintien de la maxime.

23. Ce silence ne devait qu'aviver la controverse.

Pour des auteurs comme Laurent (5) et Demolombe (6) l'absence de texte équivaut au rejet par le code. Les partisans des adages considèrent au contraire qu'un oubli accidentel n'impose pas le rejet de la maxime. Une partie de la doctrine va même au delà et soutient que le législateur a volontairement

(1) Voir infra, n° 51.

(2) RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., p. 193; MAURY, La notion d'équivalence en droit civil, Thèse Toulouse 1920, t. II, p. 16 et s.

(3) Voir infra, nos 27 et s.; contra Liège, 22 mars 1902 (supra, n° 18) et Cass., 11 mars 1915 (supra, n° 20).

(4) Voir infra, nos 48 et s.; BEGUET, L'enrichissement sans cause, nos 159-160, note DUBOIS, sous Cass. fr., 15 décembre 1873, S. 1874, I, 241; AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VI, par. 442bis, note 8; COLIN et CAPITANT, 10^e éd., t. II, nos 400 et 402; PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, 3^e éd., t. II, n° 1238; PLANIOL et RIPERT, 2^e éd., t. VII par ESMEIN, n° 740, 5 in fine et 744; Y. LOUSSOUARN, La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'acte, Rev. Trim. droit civil, 1949, pp. 212, 225 et 230.

(5) LAURENT, t. XVI, n° 164.

(6) DEMOLOMBE, éd. belge, t. XII, n° 381.

omis d'insérer un texte, afin d'assurer aux maximes une action particulièrement souple (1).

D'après Savey-Casard (2), les travaux préparatoires du code civil et tout particulièrement le discours de Portalis, prouvent que le législateur de 1804 a voulu accueillir les maximes au sein du droit positif comme des principes généraux auxquels il devait être possible de déroger, d'après les particularités des cas d'espèces. Un texte n'aurait pas permis cette liberté.

Tout récemment, M. Rouast a écrit dans le même sens : « Le code a préféré ne rien dire du cas où l'exécution a eu lieu. Il semble que sur ce point, il ait adopté la même attitude qu'à l'égard des adages que nous avons étudiés précédemment. Il n'ignore pas l'adage, mais il ne veut pas le consacrer expressément, de manière à laisser la jurisprudence entièrement libre à son sujet. Portalis avait dit le rôle que doivent jouer les coutumes et les principes généraux. Les auteurs du code ont estimé que cela suffisait et ils étaient d'autant plus décidés à la prudence que les précédents étaient un peu incertains » (3).

24. Les auteurs qui ont, dans un sens ou dans l'autre, invoqué le silence du code, n'ont guère fait œuvre utile, dans la mesure où ils ont tenté soit d'assurer à l'adage la valeur d'une règle absolue et automatique, soit au contraire de lui refuser toute influence (4).

Absence de conclusions fermes

25. Pas plus que les arguments d'ordre général, ni que certains textes, le silence du législateur n'impose l'adoption ou le rejet de l'adage en droit positif. L'ensemble de l'argumentation, et tout particulièrement l'attitude générale des rédacteurs du code civil vis-à-vis des maximes, nous paraissent toutefois créer un climat plutôt favorable à l'existence de

(1) M. le Procureur général TAHON a récemment défini le rôle des adages dans notre droit. Il les considère comme des principes d'orientation qu'on ne peut appliquer sans discernement (Mercuriale de rentrée du 15 septembre 1956, J. T. 1956, 525).

(2) SAVEY-CASARD, op. cit., pp. 76-77.

(3) ROUAST, op. cit., p. 174; voir aussi LÉON JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L'ordre public en droit privé interne, Etudes Capitant, p. 392.

(4) On consultera NAQUET, note S. 1913, I, 297 et SAIGET, op. cit., p. 324.

l'adage dans notre droit ⁽¹⁾, mais écarter l'idée d'une règle rigide imposant systématiquement l'octroi ou le refus de répétition.

26. Pour parvenir à une conclusion plus formelle à ce sujet, il faut approfondir l'analyse.

Il serait cependant inutile de persévérer dans la recherche, si l'examen des décisions de jurisprudence révélait que nos tribunaux ont adopté une attitude tranchée et définitive, soit en refusant l'application de l'adage, soit en dégageant une notion nette de son rôle et de ses critères d'application.

LA JURISPRUDENCE

27. La position de notre jurisprudence est dominée par quatre arrêts de cassation rendus en 1903, 1915, 1938 et 1942.

Les efforts de la doctrine devaient avoir leur répercussion sur la pensée de notre Cour de cassation. Nous avons déjà signalé ⁽²⁾ que certains arguments, à notre sens critiquables ⁽³⁾, avaient été adoptés en termes formels par tel ou tel arrêt.

⁽¹⁾ Les premiers commentateurs du code civil ont d'ailleurs admis que l'adage constituait une règle du droit positif français : BERNARDI, Cours de droit civil français, Paris an XII, t. IV, p. 192 ; MERLIN, éd. 1823, Questions de droit, v^o Causes des obligations, t. III, p. 248 ; CHARDON, Traité du dol et de la fraude, 1823, t. III, p. 91 ; DURANTON, t. VI, n^o 374 ; TOULLIER, VI, n^o 126, et XI, n^o 62 ; MAZERAT, Questions sur le code civil, Paris, 1835, p. 175 ; BOZERIAN, *Rev. Prat. dr. fr.*, 1858, t. V, pp. 15-20 ; LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations, t. I, pp. 320 et s. : cet auteur admet toutefois toujours la répétition, lorsque la convention est contraire à l'ordre public, mais non aux bonnes mœurs.

MARCADE fut le premier adversaire notable des adages, *Éléments de droit civil français*, Paris, 1849, 3^e éd., t. IV, p. 412. Par après d'autres auteurs s'opposèrent également à l'adage : PILLETTE, *Revue Pratique*, t. XV, 1863, p. 167 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n^o 49bis, IV ; DEMOLOMBE, Les contrats, t. I, n^o 382 ; LAURENT, t. XVI, n^o 164 ; HUC, t. VIII, n^o 392 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, Des obligations, t. I, n^o 316 ; BUENOIR, Propriété et contrat, p. 654 ; Lyon-Caen note sous Lyon 23 janvier 1884, S. 1884, 2, 49 ; MEYNAL, note sous Caen, 18 janvier 1888, S. 1890, 2, 97 et sous Paris, 16 novembre 1888, S. 1891, 2, 89 ; APPERT, note sous Cass., fr., 1^{er} avril 1895, S. 1896, I, 289 ; HAMEL, De la cause dans les libéralités, Thèse Paris 1920, p. 57 ; SAVATIER, Des effets et de la sanction du devoir moral, Thèse Poitiers 1916, pp. 429 et s. ; GLASSON et TISSIER, Traité de procédure civile, 3^e éd., 1925, t. I, n^o 170, p. 415 ; HEMARD, Nullité des sociétés, 2^e éd., n^o 69.

⁽²⁾ Voir supra, n^{os} 17 et 20.

⁽³⁾ Voir supra, n^{os} 19 et 20.

28. Entre l'arrêt du 4 juin 1903 ⁽¹⁾ et celui du 11 mars 1915 ⁽²⁾ l'opposition est manifeste, puisque le premier proclame que l'article 1131 serait violé si la répétition était accordée, tandis que le second affirme que la restitution est postulée par les articles 1131, 1133 et 1376 combinés, sans autre exception que celle de l'article 1967.

En 1938 ⁽³⁾ la Cour suprême revint à la formule de 1903, mais dans l'arrêt rendu en 1942 ⁽⁴⁾ la Cour a choisi une motivation toute nouvelle qui n'a pas assez attiré l'attention.

29. La Cour a abandonné la *formule positive* selon laquelle l'article 1131 faisait obstacle à la répétition, pour une *formule négative* : « Attendu qu'en décidant que le demandeur était non recevable à répéter en justice les sommes qu'il avait volontairement payées au défendeur en exécution de pareille convention, l'arrêt attaqué n'a violé aucune des dispositions légales versées au moyen, à savoir les articles 1131, 1133, 1235, 1376 et 1377 du Code civil ».

En 1942 comme en 1938, la Cour de cassation refuse de casser un arrêt qui avait refusé la répétition d'une prestation illicite. La nouvelle formulation nous paraît dès lors comporter un revirement de jurisprudence. La cour a voulu mettre fin à cette espèce de contradiction où elle se sentait engagée, si elle continuait à s'en tenir aux formules de 1903 et 1938. Que vienne en effet à se présenter une hypothèse où, comme en 1915, la répétition apparaîtrait souhaitable, la Cour serait obligée de revenir à une formule analogue à celle de 1903. Puisque le recours à l'adage se révélait tantôt souhaitable, tantôt indésirable, ne valait-il pas mieux laisser au juge du fond le soin d'apprécier ? Pour lui conférer cette liberté, la Cour devait refuser de casser les arrêts appliquant l'adage, tout en se gardant de proclamer que l'emploi de l'adage était exigé par tel ou tel texte. La formule de 1942 offrait cet avantage. Pour que son importance se manifeste avec éclat, il faudrait que notre

⁽¹⁾ Voir Cass., 4 juin 1903, *Pas.*, 1903, I, 276 et voir supra, n^o 17.

⁽²⁾ Voir Cass., 11 mars 1915, *Pas.*, 1915, I, 208 et voir supra, n^o 20.

⁽³⁾ Voir Cass., 31 mars 1938, *Pas.*, 1938, I, 125 et voir supra, n^o 17.

⁽⁴⁾ Voir Cass., 21 octobre 1942, *Pas.*, 1942, I, 238.

Cour suprême la reproduise en rejetant un pourvoi dirigé contre un arrêt autorisant la répétition des prestations.

30. S'il est vrai que la Cour admet qu'aucun texte du code civil n'impose l'admission ou le refus de la répétition des prestations annulées, il semble que la liberté du juge du fond ne puisse qu'être totale. On considère en effet généralement que notre Cour de cassation ne peut censurer une décision pour violation d'une maxime ⁽¹⁾.

31. Il n'en va pas de même en France où la Cour de cassation a abandonné la distinction d'abord admise entre les maximes d'origine romaine et les autres. Toutes les maximes sont maintenant susceptibles de fonder un pourvoi ⁽²⁾, et la Cour de cassation de France a d'ailleurs statué en sens très divers ⁽³⁾ à propos de l'adage « nemo auditur ». Ayant à se prononcer plus fréquemment que notre Cour de cassation, la Cour suprême de France a pu mieux vérifier cette disparité des hypothèses, la maxime jouant un rôle tantôt salutaire, tantôt nocif.

Même si les maximes peuvent étayer un pourvoi, il paraît bien que la variété des cas d'espèces requiert la possibilité d'une application souple et nuancée. On ne voit pas, ni en droit, ni en fait, la Cour de cassation apprécier concrètement chaque cas d'espèce. Il faudrait donc qu'elle définît les directives juridiques que les juridictions du fond devraient prendre en considération pour décider. Ces juridictions conservant entière liberté pour conclure à l'existence ou à l'inexistence des faits pertinents, la cassation ne serait encourue que si le juge, après avoir précisé les faits de la cause, optait pour la répétition ou pour son refus, en s'appuyant sur un critère d'application en contradiction avec celui formulé par la Cour.

Tout est plus simple, si la maxime ne peut fonder un pourvoi. Quelle que soit la solution adoptée par le juge du fond : octroi ou refus de répétition, les plaideurs n'encourront pas la censure de la Cour de cassation.

⁽¹⁾ Voir BRAAS, Précis de procédure civile, 3^e éd., t. II, n^o 619, p. 815.

⁽²⁾ Voir ROUAST, Cours de droit civil approfondi, 1953-54, p. 18.

⁽³⁾ ROUAST, *op. cit.*, pp. 181-182; CARBONNIER, critique l'intervention de la Cour : note sous Cass. fr., 3 juillet 1947, *Jur. Class. périod.*, 1948, 4474.

32. Ainsi dans son dernier état, notre jurisprudence rejoint les résultats de l'effort doctrinal où la même idée d'une *liberté d'appréciation* s'affirme progressivement ⁽¹⁾.

Son attitude n'est pourtant pas exempte de toute hésitation. Elle confirme simplement, sans la transformer en certitude, l'impression favorable à l'adage, qui se dégageait déjà des développements doctrinaux.

Il faut poursuivre l'effort de réflexion, scruter le processus de la nullité, examiner les incidences pratiques de l'octroi ou du refus de répétition et ainsi déterminer la portée exacte de l'adage, en fixer les limites et les critères d'application.

Le champ d'application et le rôle des adages

LES STADES DE L'ANALYSE

33. Il peut paraître étrange de vouloir délimiter le champ d'application de la maxime, avant d'en avoir défini exactement toute la portée.

On notera cependant que les deux problèmes sont intimement liés ; le rôle de l'adage peut en effet se trouver fondamentalement modifié, selon l'aire d'action qui lui est assignée. La règle n'est pas édictée par un texte, elle se présente comme un principe général que le juge pourra ou non appliquer ⁽²⁾ ; dès lors, la prudence commande de ne point l'invoquer là où le résultat voulu peut être atteint sans elle ⁽³⁾. Manier inconsidérément une idée juridique générale peut conduire à la violation de la loi. Il n'est pas de justification rationnelle du recours à la maxime « nemo auditur », lorsqu'il existe un texte ou un principe sûr de droit positif qui est applicable.

En conséquence, nous tenterons d'abord de délimiter la

⁽¹⁾ Voir supra n^{os} 23 et 25. Il est intéressant de signaler qu'en France, lors des travaux de la Commission de Réforme du code civil, d'éminents juristes ont divergé d'opinion à propos de l'adage. Les membres de la Commission ont finalement refusé de l'écartier, mais ont aussi évité de l'insérer dans un texte (Travaux de la Commission 1947-48, pp. 328 à 331).

⁽²⁾ Voir supra, n^{os} 25 et 32.

⁽³⁾ Voir la Méreurielle prononcée à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Liège du 15 septembre 1956 (J. T. 1956, 525), par M. le Procureur général TAHON.

zone dans laquelle le recours à l'adage s'impose aux tribunaux, s'ils veulent consacrer certains résultats jugés désirables. Nous verrons qu'en maintes occasions, la jurisprudence justifie par l'adage des solutions qui n'impliquent nullement ce recours. Après avoir circonscrit la zone d'application de l'adage, nous en analyserons la portée sociale et en définirons le rôle.

LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ADAGE

Exclusion de l'adage en dehors de la matière des contrats illicites

34. Les magistrats sont justement soucieux d'opposer une fin de non-recevoir aux plaideurs qui utilisent les techniques juridiques pour tirer profit d'une conduite répréhensible. En dehors de la matière des contrats contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ce but peut être atteint sans le recours à l'adage. D'autres procédés s'offrent au choix. Les juges considéreront par exemple que celui qui a subi un dommage doit en supporter seul le préjudice, s'il a commis lui-même une faute grave.

La notion de « dommage » reçoit en droit une signification technique qui ne coïncide pas toujours exactement avec le sens usuel du mot ; on fera donc aussi intervenir l'exigence de la lésion d'un droit ou à tout le moins d'un intérêt juridiquement protégé. Dans d'autres cas, il sera possible d'en appeler à l'adage « *fraus omnia corrumpit* » ou encore au principe qu'il n'est pas de faute sans volonté libre. Parfois, en régime de communauté, le caractère propre d'une indemnité versée à titre de dommage moral, suffira à résoudre la difficulté.

35. Ainsi, les tribunaux auraient pu repousser ⁽¹⁾, sans recourir à la maxime, les prétentions suivantes :

1^o celle de la mère qui met au monde un enfant adultérin et invoque le bénéfice de l'article 340c du code civil ⁽²⁾ ;

⁽¹⁾ Nous n'entendons pas nous prononcer sur l'opportunité d'opposer une fin de non recevoir à la partie demanderesse dans les espèces qui vont être citées, mais uniquement signaler qu'il n'était pas besoin de recourir à l'adage pour débouter la demanderesse.

On consultera aussi Civ. Liège, 25 février 1937, *Pas.*, 1937, III, 159.

⁽²⁾ Cass., 24 mars 1938, *Pas.*, 1938, I, 106.

- 2^o celle de l'époux qui réclame le divorce après avoir organisé la séduction de sa femme ⁽¹⁾ ;
- 3^o celle de l'épouse qui voulait faire rentrer dans l'actif de la communauté une somme obtenue par son mari à titre de réparation morale de l'adultère commis ⁽²⁾ ;
- 4^o celle du bénéficiaire d'une réquisition illégale qui s'obstine à demeurer dans les lieux et invoque la violation de domicile parce que le propriétaire excédé a crochété la serrure ⁽³⁾ ;
- 5^o celle du mari et des enfants d'une femme galante qui avait trouvé la mort lors d'une promenade avec un automobiliste maladroit parti à la recherche d'un hôtel discret (les demandeurs réclamaient des dommages et intérêts) ⁽⁴⁾ ;
- 6^o celle de l'avortée ou de ses parents qui demandent réparation du préjudice subi, lorsque l'opération a entraîné des suites nocives pour la santé de la patiente ⁽⁵⁾ ;
- 7^o celle du changeur qui s'était mis au service d'un cercle de jeu et réclamait les salaires perdus à l'auteur d'un accident dont il avait été victime ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾.

Nous avons insisté sur le lien qui unissait champ d'action

⁽¹⁾ TZARANO, Etude sur la règle « *nemo auditur* », Paris 1926, p. 58 ; note MAYNE sous Cass. fr., 26 mars 1948, *J. T.* 1948, 526 et *Jur. Class. périod.*, 1950, 5782.

⁽²⁾ Cass. fr., 5 février 1873, *D.* 1873, I, 209 ; LAURENT, t. XXI, n^o 236.

⁽³⁾ Corr. Seine, 15 mars 1949, *Jur. Class. périod.*, 1949, II, 4839 ; Comp. Trib. Seine, 5 janvier 1949, *D.* 1949, J, 113 : un locataire principal assignait pour contester le droit de maintien dans les lieux d'un sous-locataire qu'il avait expulsé par des violences. MM. HEBRAUD et RAYNAUD repoussent l'adage au profit de la règle « *Spoliatus ante omnia restituendus* », *Rev. Trim. Droit civil*, 1949, pp. 288 et 289.

⁽⁴⁾ Dijon, 26 janvier 1950, *D.* 1950, J., 175, note PONSARD.

⁽⁵⁾ Montpellier, 6 juillet 1950, *Jur. Class. périod.*, 1951, II, 5963 et Cass. fr., 7 juin 1952, *Jur. Class. périod.*, 1952, II, 7074.

⁽⁶⁾ Corr. Bruxelles, 23 septembre 1929 et Bruxelles, 22 janvier 1930, *R. G. A. R.*, 1930, 616.

⁽⁷⁾ Récemment le Conseil d'Etat belge a rejeté un recours en annulation relatif à la concession du casino de Blankenberghe. L'intérêt en cause ne répondait pas aux exigences de l'article 11 de la loi du 23 décembre 1946. Cons. d'Etat, 24 déc. 1955. *Rec. Jur. Dr. Adm.*, 1956, p. 203.

⁽⁸⁾ Nous pensons que le refus de dommages et intérêts en faveur de la concubine qui perd son compagnon à la suite d'un accident provoqué par la faute d'un tiers est également indépendant de l'intervention de la maxime ; contra RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., n^o 107, p. 190.

et fondement rationnel de l'adage (1); nous en constatons ici les effets. Toutes les applications précédentes relèvent de la conception selon laquelle les adages ont pour fonction de protéger la dignité de la justice. Les causes honteuses ne pourraient sur le plan civil retenir l'attention des magistrats (2). Cette idée est de plus en plus abandonnée et critiquée (3). Prise à la lettre, elle aboutirait à ce que le juge ne puisse même pas se prononcer sur la nullité des contrats contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

36. Le respect de la dignité des prétoires peut toutefois être proposé sous une forme plus acceptable. Il s'agirait d'empêcher qu'une des parties ne fonde sa demande sur un fait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs et ne le transforme en titre de tel ou tel droit (4). Nous admettons que ce souci est souvent salutaire, mais nous pensons que satisfaction peut lui être donnée par d'autres moyens (5). Cette idée que le juge refuse d'écouter le plaideur invoquant un fait illicite, conduit à des conséquences regrettables et parfois illégales : dénégation à l'auteur d'une reconnaissance mensongère de paternité du droit de la contester postérieurement (6); rejet de la preuve par toutes voies de droit de l'illicéité de l'acte secret se présentant sous l'apparence d'un acte juridique régulier (7); interdiction d'établir le caractère équivoque d'une possession en invoquant le concubinage (8).

37. Les faits illicites sont certes regrettables. Comme les autres faits sociaux, ils peuvent produire des répercussions qu'il

(1) Voir supra, n° 33.

(2) Voir AUBRY et RAU, 5^e éd., t. 6, par. 442bis, note 8, p. 322.

(3) Voir SAVEY CASARD, *op. cit.*, pp. 163 et s.; MEYNAL, note S., 1890, 2, 97; DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1923, t. II, p. 809; AUBERT, *op. cit.*, pp. 185-186; J. LARGUIER, La maxime « nemo auditur » dans la jurisprudence française, *Journées juridiques et économiques franco-suisse*, Montpellier, 5-8 avril 1951, p. 162, n^{os} 31 à 33.

(4) PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, 3^e éd., t. 2, n° 886; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., p. 191; BERTRAND, La notion d'ordre public en matière de nullité, Thèse Lille 1939, p. 47; TUNC, note sous Cass. fr., 12 juillet 1945, D. 1946, J., 105 : telle serait pour cet auteur la seconde signification de l'adage.

(5) Voir supra, n° 34.

(6) Paris, 22 janvier 1855, D. 1855, 2, 144.

(7) Bruxelles, 3 juin 1949, J. T. 1949, 530; contra DE PAGE, t. 2, Complément, n° 629.

(8) Liège, 16 décembre 1948, *Pas.*, 1949, 2, 3.

n'est pourtant pas possible d'ignorer. Un plaideur doit pouvoir agir en matière d'état ou de capacité, opposer une exception prévue par la loi, même si les éléments de preuve sont révélateurs d'un comportement illicite ou immoral. Les exemples cités ci-dessus démontrent le danger d'abandonner une technique juridique précise pour s'inspirer d'une maxime, simple idée générale directrice (1).

L'adage et l'annulation

38. Le domaine où les adages sont le plus fréquemment invoqués reste celui des *prestations contractuelles contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs*.

39. Une partie de la doctrine (2) soutient que l'adage intervient pour provoquer la nullité; il permettrait de *repousser l'action en exécution* du contrat illicite. La maxime se voit ainsi substituée, sans aucune utilité, à une technique juridique positive. L'interdiction de demander l'exécution de la convention illicite dérive directement de l'illicéité; l'article 1131 du code civil refuse d'accorder la force obligatoire à un accord de volonté dirigé contre la société. Là où la loi édicte une nullité absolue, le juge ne peut évidemment conférer la force exécutoire; il doit même décréter d'office la nullité. L'acte, ainsi frappé, perd toute force juridique, n'oblige plus et ne permet donc pas de réclamer l'exécution. L'adage n'a ici *aucun rôle à jouer*.

40. Au cours de son évolution juridique, la maxime a sans doute parfois servi à empêcher l'exécution d'un contrat (3), mais nous ne sommes plus à une époque où les juges ne disposent pas de la nullité, comme mode de sanction, pour lutter contre les conventions illicites.

(1) Voir supra, n° 33.

(2) DE PAGE, t. 1, Complément, n° 94, p. 64; R. SAVATIER, Des effets de la sanction du devoir moral, Thèse Poitiers 1916, p. 342 et A. WAGNER, La nullité de la cause illicite, Paris 1900, pp. 8 et s.

(3) DE BERSAQUES, note sous Gand, 9 novembre 1949, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1949, p. 349 et DE HARVEN, note sous Gand, 16 mai 1947, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1947, pp. 195-196.

L'adage et l'irrecevabilité de l'action en nullité

41. Nous écarterons également l'application de l'adage en tant qu'il permettrait de déclarer *irrecevables certaines actions en nullité*. Le regard sur le passé nous a appris que l'adage a eu parfois cette portée dans l'ancien droit ⁽¹⁾, mais nous croyons que cette tendance ne peut être suivie. Nous allons tenter d'étayer notre opinion, tantôt en montrant que l'irrecevabilité se justifie sans le recours à l'adage, tantôt en contestant le principe même de cette irrecevabilité.

42. Tout d'abord, il faut repousser l'adage, là où le seul mécanisme de la nullité empêche un individu d'invoquer l'irrégularité du contrat. La classification des nullités relatives et des nullités absolues permet seulement de dégager des grandes lignes et de grouper certaines règles caractéristiques. La sanction doit être parfaitement adaptée aux besoins sociaux et des distinctions beaucoup plus nombreuses s'imposent ⁽²⁾.

43. M. Japiot ⁽³⁾ invoque l'adage pour justifier l'absence d'action en nullité dans le chef de l'interdit légal et des personnes visées aux articles 909 et 1597 du code civil ; mais il découvre lui-même dans l'esprit de l'organisation de la sanction les raisons de la privation d'action. Le refus découle de la teneur même du droit de critique prévu par la loi ⁽⁴⁾ pour sévir contre ces personnes.

44. Dans la même ligne de pensée, on pourrait être tenté d'expliquer par l'adage le refus d'action en nullité à l'employeur qui engage un salarié en enfreignant les prescriptions d'ordre public des lois sociales ⁽⁵⁾ ; mais ce refus dérive directement

⁽¹⁾ Voir supra, n° 9.

⁽²⁾ Claude RENARD, Droit civil, fasc. 1, n° 133.

⁽³⁾ JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, Thèse Dijon 1909, p. 620.

⁽⁴⁾ Nous ne pouvons examiner ici le bien-fondé de cette privation du droit de demander la nullité, la question est actuellement controversée : voir MARTY et RAYNAUD, Droit civil, t. I, n° 943 ; AUBRY et RAU, 6^e éd., t. I, p. 85, texte et note 6.

⁽⁵⁾ Cass., 7 juin 1928, *Pas.*, 1928, 1, 175. On trouvera une autre tentative de justification dans PIEDELIÈVRE, Des effets produits par les actes nuls, pp. 230 à 232.

du caractère protecteur des règles édictées. Seul le locateur de services dispose de l'action en nullité relative ; dans l'arrêt de notre Cour de cassation du 7 juin 1928 et les conclusions qui le précèdent, le parallélisme avec la nullité pour incapacité est d'ailleurs clairement dégagé.

45. Notre critique portera dans d'autres cas sur l'*irrecevabilité* elle-même. On veut opposer une fin de non-recevoir au plaideur qui use d'une demande en nullité pour se procurer un avantage inadmissible au regard de la justice et de l'équité ⁽¹⁾. La nullité serait accordée ou refusée, selon que la répétition serait ou non souhaitable ⁽²⁾. C'est confondre nullité et conséquence de la nullité. La nullité doit être prononcée, mais la maxime pourra, ainsi que nous le verrons ⁽³⁾, empêcher la restitution et le profit abusif.

46. Cependant puisque le plaideur se verra refuser la répétition malgré la nullité, l'irrecevabilité ne découle-t-elle pas d'un défaut d'intérêt dans le chef du demandeur ? L'objection méconnaît les caractéristiques des *nullités d'intérêt social*. M. Japiot ⁽⁴⁾ a bien montré qu'en ce domaine, le juge agit sans être tenu par le principe général de la passivité, en vertu d'un pouvoir essentiellement propre attaché à sa fonction publique. Il est institué défenseur de l'ordre social et son action s'oppose à celle des parties.

M. Japiot s'exprime en ces termes : « Le juge et le ministère public interviennent sans intérêt pécuniaire, sans intérêt précis, mais cela n'a rien que de parfaitement naturel, puisque ces nullités tendent avant tout à protéger un intérêt social et

⁽¹⁾ Comm. Bruxelles, 9 juin 1920, J. C. B. 1920, 450 ; Bruxelles, 17 octobre 1930, B. J. 1931, col. 38 ; Bruxelles, 13 juillet 1953, J. P. A. 1955, 74 ; Paris, 1^{er} février 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, I, 600.

⁽²⁾ Voir supra, n° 8 ; M. G. COHENDI (Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public, *Rev. Trim. droit civil*, 1914, p. 46) paraît admettre cette opinion ; contra KAISER, Nullités d'ordre public, *Rev. Trim. droit civil*, 1933, pp. 1137 et 1138.

⁽³⁾ Voir infra, nos 55 à 58 ; TUNC note sous Cass. fr., 12 juillet 1946, D. 1946, J., 105 ; HÉBRAUD et RAYNAUD, *Rev. Trim. droit civil*, 1949, p. 288.

⁽⁴⁾ JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, Paris 1909, pp. 337, 597 à 600 ; voir aussi BERTRAND, La notion d'ordre public en matière de nullités, pp. 104 et 105.

qu'elles s'élèvent par leur but au-dessus de toutes considérations d'intérêt individuel » (1).

47. La notion d'intérêt dans le chef de la partie demanderesse ne joue donc qu'un rôle secondaire, lorsque l'intérêt social est menacé. Le juge a été régulièrement saisi; il peut en toute liberté remplir sa fonction de défenseur de la société et prononcer la nullité sans ordonner les restitutions, si l'annulation présente tout de même une utilité pour la société. La nullité et la rétroactivité sont parfois susceptibles d'agir avec une intensité restreinte (2), mais elles se manifestent dans leur pleine vigueur pour la défense de l'ordre public et des bonnes mœurs. La réaction de la société est alors radicale et porte sur tous les effets passés, présents et à venir des obligations illicites. La nullité a une signification morale et son utilité est réelle, même quand la restitution est refusée au demandeur. Elle entraîne pour le défendeur l'impossibilité d'opposer la force obligatoire du contrat et celle de se prévaloir en aucun cas de l'existence de la convention annulée pour prétendre à la reconnaissance d'un droit.

Ainsi l'acheteur complice de l'illicéité, mais dispensé de la restitution, ne pourrait exercer une action en garantie pour éviction ou vice de la chose; c'est une conséquence, parmi d'autres, de l'anéantissement de l'effet obligatoire de la convention.

Lorsqu'une chose a causé un dommage, la jurisprudence admet souvent une action délictuelle contre le fabricant fournisseur du vendeur. L'acheteur ne pourrait invoquer la faute du vendeur qui a mis en circulation un objet dangereux et déficient, lorsque sa réclamation est indissociable du contrat illicite anéanti. De même un acheteur ne saurait, si la vente est illicite, bénéficier de l'article 2280 du code civil pour exiger du tiers revendiquant le remboursement du prix. Telles sont deux conséquences de l'impossibilité d'invoquer l'existence de la convention. Le fait que la nullité a sa raison d'être, même

(1) JAPIOT, même référence.

(2) JAMBU-MERLIN, Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, *Rev. Trim. droit civil*, 1948, pp. 274 et s.

lorsque le juge estime souhaitable de ne pas ordonner la restitution des prestations, condamne cette idée que l'adage serait parfois une fin de non-recevoir à la demande en annulation.

L'adage et le refus de répétition des prestations annulées

48. Après avoir ainsi progressivement rétréci le champ d'application de l'adage, nous constatons que restent les cas, très nombreux d'ailleurs, où le juge oppose la maxime pour refuser les restitutions réclamées après l'annulation d'un contrat contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Contester ici une utilité à l'adage reviendrait à lui dénier toute efficacité en droit positif.

Le champ d'action de la maxime étant ainsi délimité, le moment est venu d'en définir le rôle et la portée.

LE ROLE DE L'ADAGE

Le principe de la répétition

49. Dans l'article 1131 du code civil, le législateur ne s'est pas expressément occupé de la restitution des prestations (1). Le législateur n'avait pas à préciser sa volonté, car la notion même de la nullité offre une construction technique comportant une organisation du système applicable aux prestations accomplies. La nullité est la sanction qui tend à provoquer l'intervention du juge en vue d'anéantir le contrat (2). On dira que la nullité est une « restitutio in integrum » et que cette restitution en est inséparable (3).

50. Peut-être quelques exagérations ont-elles été commises ? D'après certains, la rétroactivité ne produit pas des effets toujours identiques et ne joue pas d'une manière uniforme. Le législateur se sert d'elle pour renforcer le droit de critique

(1) Voir supra, n° 19.

(2) GAUDEMET, Théorie générale des obligations, 1937, pp. 61 et 150.

(3) DE HARVEN, note sous *Rev. Crit. Jur. belge*, 1947, p. 103.

par une atteinte à l'efficacité des actes passés, selon des modalités diverses et avec une vigueur fort variable ⁽¹⁾. Quoi qu'il en soit, il est certain que la répercussion sur le passé est associée à l'idée de nullité et qu'en matière de nullité d'intérêt social, toute hésitation sur ce point se trouve d'office exclue. Le législateur a voulu la sanction dans toute sa rigueur ; la destruction de ce qui a été accompli rentre sans aucun doute dans les effets normalement attachés à la nullité. Si le contrat a été exécuté, l'anéantissement passera du plan de l'existence des obligations à celui de l'exécution des obligations. Dans toute la mesure du possible, *les parties seront remises dans l'état où elles se trouveraient, si elles n'avaient pas contracté*. Elles sont tenues de se restituer mutuellement ce qu'elles ont reçu ; ces devoirs de restitution font vraiment partie du contenu de la sanction prononcée ; ils ont leur source dans les articles qui commencent la nullité ⁽²⁾.

Le refus de répétition ne peut donc apparaître que comme une solution exceptionnelle. En principe, la nullité des contrats contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs entraîne la répétition et la restitution de toutes les prestations qui ont été exécutées. Cette solution n'a pas été spécialement édictée par la formule « aucun effet » de l'article 1131 du code civil, mais elle est postulée par la nullité même que cet article édicte.

51. Les théories de l'enrichissement sans cause et du paiement de l'indu ont souvent été proposées comme fondement des obligations de restitution ⁽³⁾. Mais pourquoi invoquer l'action de « in rem verso », à laquelle on attache très généralement

(1) JAMBU-MERLIN, Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, *Rev. Trim. droit civil*, 1948, pp. 174 et s.

(2) PLANIOL, t. 2, n° 1278 ; PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, 3^e éd., t. II, n°s 874 et 876. L'article 1312 du code civil paraît d'ailleurs bien démontrer qu'en principe la répétition découle de la nullité.

(3) DEMOLOMBE, t. XXXI, p. 275 ; DEMANTE, Cours 1884, 15, p. 65 ; JAPIOT, *op. cit.*, pp. 388-389 ; LAURENT, t. XVI, n° 164 ; PIEDELIÈVRE, Des effets produits par les actes nuls, p. 265 ; DE HARVEN, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1947, p. 203 ; Bruxelles, 29 février 1896, *Pas.*, 1896, 2, 365 ; Cass., 10 juin 1897, *Pas.*, 1897, 1, 222 et Cass., 11 mars 1915, *Pas.*, 1915, 1, 208 ; voir supra, n° 21.

un caractère subsidiaire ⁽¹⁾, là où le concept même de nullité absolue peut suffire ? ⁽²⁾

M. De Page a démontré que la technique de ces actions ne pouvait être appliquée aux restitutions dérivant d'une nullité ; MM. Lerebours-Pigeonnière et Rodière ⁽³⁾ ont vivement attaqué l'inclusion dans le domaine du paiement de l'indu des cas où le paiement a eu lieu en exécution d'une obligation immorale ou illicite. Ils se basent sur le fait que la répétition de l'indu tire son origine de la *condictio indebiti* et que cette action s'est dégagée du groupe des *condictiones sine causa*. La condition d'un paiement par erreur dans le chef du solvens ne peut être séparée de la *condictio indebiti*, et, partant, de la théorie du paiement de l'indu. L'extension est donc abusive et les hypothèses de la cause illicite et de l'absence de cause ne peuvent être confondues ⁽⁴⁾.

Les limites et les dangers de la répétition

52. Les restitutions ordonnées par le juge se présentent comme la conséquence directe de la nullité prononcée. On a méconnu l'importance de ce principe. La restitution s'intègre dans la sanction. Le juge n'agit donc nullement dans l'intérêt des parties, mais se préoccupe de l'intérêt social. Pour sauvegarder ce dernier, la restitution est efficace ; elle supprime les séquelles des agissements frauduleux et les situations dont l'illicéité a précisément déterminé le législateur à édicter la nullité. Le juge recherche les traces de l'illicéité au moment

(1) DE PAGE, t. 2, 1^{re} éd., n° 817 et t. 3, n° 12 ; Comm. Liège, 16 octobre 1948, *J. L.* 1948-49, p. 125 : l'enrichissement sans cause ne peut permettre d'obtenir indirectement ce que la loi refuse d'une façon formelle ; ROUAST, *Rev. Trim. droit civil*, 1922 et BEGUET, L'enrichissement sans cause, n°s 159-160.

On se reportera aussi aux arrêts de notre Cour de cassation du 4 juin 1903, du 31 mars 1938 et du 21 octobre 1942 où le refus de répétition a été admis bien que l'article 1376 fut explicitement invoqué (voir supra n° 21).

(2) DE PAGE, t. 2, 1^{re} éd., n° 817 *in fine*, et t. 3, n° 12a.

(3) BEUDANT, 2^e éd., t. 9bis, n° 1721 ; voir aussi AUBRY et RAU, 5^e éd., t. 6, par. 442, note 2, p. 304.

(4) D'après JAPIOT (*op. cit.*, p. 400), l'action en nullité n'a pas d'existence propre et n'est autre que l'action en répétition de l'indu, lorsqu'il ne s'agit pas d'un corps certain. Notre Cour de cassation a pourtant clairement indiqué que l'article 1376 du code civil n'empêchait pas le refus de répétition (voir supra, n°s 21, 28 et 29).

où il va prononcer la nullité. S'il existe encore un fait qui constitue une répercussion de l'agissement anti-social, le rétablissement de la situation antérieure est ordonné dans la mesure où il est possible. Dans cette perspective de sanction, aucune considération de lésion des intérêts des contractants, de réparation du préjudice subi par eux, de maintien d'un équilibre entre les inconvénients et avantages pour chacun d'eux ne doit influencer le magistrat.

53. Il n'existera donc *pas d'exécution par équivalent*. Celle-ci ne sera jamais ordonnée ; elle ne profiterait qu'aux parties, ne serait pas une véritable « restitutio in integrum », ne supprimerait pas ce qui a été accompli. Seule, la *restitution en nature* revêt une utilité pour la défense de l'ordre public. Lorsqu'elle est impossible, le juge n'ordonnera rien ; il ne prescrira pas, par exemple, l'allocation de dommages et intérêts pour compenser la prestation de la jouissance d'un immeuble.

Toute référence aux principes habituels de protection d'une partie par rapport à l'autre, notamment à l'exceptio non adimpleti contractus, serait inadéquate.

54. Une incertitude règne tant au point de vue de l'exclusion des dommages et intérêts qu'à celui du rejet de l'exceptio non adimpleti contractus (1). Elle provient d'une confusion entre les nullités absolues de protection de l'ordre social et les autres nullités. Lorsque la nullité doit assurer la protection d'un intérêt particulier ou même la sauvegarde d'une règle qui ne rentre pas dans le cadre des impératifs de l'ordre public et des bonnes mœurs, on peut admettre la restitution par équivalent

(1) Voir PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, 3^e éd., t. II, n^o 876 ; Traité pratique de droit civil français de PLANIOL et RIPERT, 2^e éd., t. VI par ESMEIN, pp. 406-407 et 2^e éd., t. X par HAMEL, n^o 397. Ce dernier auteur invoque un arrêt de cassation (Cass. fr., 17-12-1928, D. H. 1929, 52), mais il s'agit d'une application de l'article 1596, donc d'une nullité qui n'est pas essentielle à la sauvegarde de l'ordre social. DEMOGUE avait parfaitement souligné l'importance du caractère relatif de la nullité dans les cas de cette espèce, voir *Rev. Trim. droit civil*, 1929, p. 450. Voir aussi Cass. fr., 17-12-1928, D. H. 1929, 52 ; Paris 8 février, 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, I, 275 ; Orléans, 13 juillet 1892, D. 1893, 2, 329 ; Cass. fr., 29 juillet 1891, 2 arrêts S. 1891, 1, 313 ; Comm. Anvers, 8 janvier 1951, J. P. A., 1951, 42 et J. T. 1952, 305 ; Répertoire de droit civil Dalloz, v^o Nullité, n^o 165.

et l'exceptio non adimpleti contractus (1). Lorsque, au contraire, la nullité est directement dirigée contre les deux parties contractantes et que la sauvegarde sociale est seule en cause, les inégalités de l'annulation devront, comme le dit M. De Page, être considérées comme un risque, dont chacune des parties conserve, pour sa part, la charge (2). On se rend ainsi mieux compte des dangers de rattacher la répétition à l'enrichissement sans cause (3).

55. Les limites du mécanisme de la répétition ressortent maintenant plus clairement. La restitution en nature ne saurait avoir lieu, lorsque la prestation accomplie consistait dans un facere. Au surplus, même en matière d'obligation de dare, il faut compter avec les destructions, dégradations, pertes et aliénations. Pour ces dernières, on songera à la règle « *nemo ad alium plus juris transferre potest quam ipse haberet* » ; mais en matière immobilière, l'article 2279 du code civil consolidera bien souvent l'opération.

A elles seules, toutes ces limites, en affectant différemment les prestations des parties, engendrent déjà souvent des inégalités. La charge des risques, pour reprendre l'expression citée (4), sera bien plus lourde pour une des parties que pour l'autre. Mais combien cette disproportion apparaîtra encore plus marquée et plus fréquente, si l'attention se porte sur les caprices des mouvements économiques. La valeur de tel objet aura augmenté, tandis que celle de tel autre aura diminué, surtout à notre époque de fluctuations monétaires.

Ainsi, pour l'un ou l'autre des contractants, l'action en nullité peut devenir l'occasion de réaliser un profit. Celui-ci peut encore naître d'autres circonstances. Une des parties découvre, par exemple, que le marché originaire a été réalisé dans des conditions désavantageuses et lésionnaires. Chacune d'elles peut aussi désirer rentrer en possession de l'objet cédé : besoin de liquidités, perspectives d'un marché plus profitable, etc...

(1) DE PAGE, t. II, n^o 818.

(2) DE PAGE, t. II, note sous n^o 818.

(3) Voir supra, n^o 51 et Rennes, 21 février 1890, *Gaz. Pal.*, 1890, I, 624.

(4) Voir supra, n^o 54.

56. La nullité est une sanction restitutive ; comme toute sanction, elle est pourtant destinée à avoir des répercussions préventives et répressives. Normalement la fonction répressive prédomine, mais le caractère préventif n'en est pas moins réel ⁽¹⁾. Lorsque la sanction présente l'occasion d'un profit, elle perd toute efficacité préventive. Faut-il quand même appliquer le principe de la restitution au risque d'encourager un des contractants, parfois même les deux, à renouveler des opérations du même genre ? Ne vaut-il pas mieux alors refuser la restitution et renoncer à revenir sur le passé ?

Les fonctions de l'adage

57. Le problème du rôle de l'adage se trouve ainsi posé dans la réalité de la vie. Si le juge décide d'opter pour le refus de répétition, il justifie cette dérogation en invoquant l'adage. Ce dernier permet de sauvegarder l'efficacité de la sanction. En détrompant les parties, ou l'une d'entre elles, dans ses espérances de voir la sanction se métamorphoser en bénéfice ⁽²⁾, l'adage maintient l'effet préventif de cette sanction, sans en supprimer le caractère répressif, puisque la nullité entraîne des inconvénients immédiats ou futurs.

58. Sans l'adage, la protection de l'ordre public aurait parfois été vouée à l'échec. Une fois introduit dans notre droit positif, il offre un précieux instrument de lutte contre les conventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Son intervention dans notre droit se révèle nécessaire, mais il ne doit pas pour autant avoir pour seule fonction d'éviter la faillite de la nullité. Puisque l'analyse démontre que l'adage est indispensable, toutes les hésitations qui subsistaient quant à son existence en droit positif disparaissent. Cette règle de notre droit pourra, dans l'aire d'action qui lui est impartie,

⁽¹⁾ Voir RIPERT et BOULANGER, 1956, t. I, n° 625.

⁽²⁾ La jurisprudence a parfois expressément indiqué la présence d'un tel intérêt. Voir Amiens, 1^{er} avril 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, II, 136 ; Alger, 19 novembre 1893, D. 1894, II, 528 ; Comm. Nantes, 11 décembre 1895, D. 1897, II, 170 ; Amiens, 1^{er} juillet 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, II, 644.

intervenir *chaque fois que l'utilité s'en fera sentir*. Dans la perspective d'une nullité d'intérêt social, pourquoi le magistrat ne pourrait-il pas choisir entre octroi de répétition et refus de répétition, selon que l'un ou l'autre lui paraît le plus souhaitable pour la défense de la société ? Dans chaque espèce, seront examinées les répercussions de chacun des deux systèmes et si le refus de répétition se présente comme désirable, même en l'absence de recherche, par l'une des parties, de ce profit dont nous avons parlé ⁽¹⁾, le juge aura la possibilité d'opposer l'adage. La maxime parachève la lutte contre les contrats illicites. Adjointe à la technique normale de la nullité, elle contribue largement à la perfection de la réaction du droit contre ceux qui voudraient se servir du contrat pour nuire à la société. L'idée de sauvegarde sociale se trouvait donc au centre du problème. La liberté d'appréciation vers laquelle doctrine et jurisprudence se sont lentement orientées ⁽²⁾, se révèle inséparable du rôle que l'adage remplit ⁽³⁾. C'était s'orienter dans une direction fallacieuse que de poser comme principe rigide soit la répétition, soit le refus de répétition.

L'adage « In pari causa turpitudinis cessat repetitio »

59. Nous avons jusqu'ici parlé de l'adage « nemo auditur », sans nous occuper de l'adage « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* ». Les développements qui précèdent permettent de comprendre que les deux formules sont en réalité *l'expression d'un seul et même principe* ; l'une s'applique au cas où le refus de répétition vise les prestations d'une des parties, tandis que l'autre concerne le même refus, mais relatif aux prestations des deux parties. Une étude unique s'avérait donc suffisante et pour ne pas alourdir notre exposé, nous continuerons à parler de l'adage « nemo auditur ».

⁽¹⁾ Voir supra, n° 55.

⁽²⁾ Voir supra, nos 3, 23, 29 et 32.

⁽³⁾ M. DE PAGE, critique cette liberté du juge au nom de la sécurité juridique (t. I, Complément, n° 94 F, note 1, p. 67). Mais quel intérêt y a-t-il à assurer la sécurité de ceux qui contractent à l'encontre de l'ordre public ou des bonnes mœurs ? L'insécurité des contractants n'est-elle pas ici le meilleur atout de la sécurité de la société ?

Examen d'une objection

60. Selon une opinion qui a recueilli quelque succès, la correspondance entre l'objet de la répétition et le contenu d'une obligation annulée rendrait automatiquement irrecevable la demande en répétition, sans que la maxime puisse être utile. La répétition serait en tant qu'exécution indirecte du contrat refusée sur la seule base de l'article 1131 du code civil (1).

61. La situation n'est pas rare. Elle se présente chaque fois que la convention annulée contenait une obligation de restituer : prêt (2), dépôt et gage (3), mais aussi dans l'hypothèse d'un contrat contenant une clause de résolution de plein droit (4) (5).

62. L'argument repose sur un subtil jeu de l'esprit ; il méconnaît le régime technique des nullités. On peut difficilement soutenir que la restitution soit l'exécution d'une obligation du contrat, puisque la nullité vient d'anéantir ce contrat et toutes les obligations qu'il comportait. Le droit ne peut à la fois prétendre détruire jusque dans le passé, les obligations stipulées et immédiatement après, admettre que la répétition constitue l'exécution de ces obligations.

(1) PLANIOL et RIPERT, t. VII, n° 750, 4 ; ESMEIN, note sous Cass. fr., 4 décembre 1929, S. 1931, 1, 49 ; note DE HARVEN, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1947, 193 et DE BERSAQUES, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1949, p. 335 et s., spécialement p. 349.

(2) Gand, 16 mai 1947, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1947, p. 193 ; Gand, 3 novembre 1949, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1949, p. 335.

(3) En matière de gage, la répétition de l'objet confié en gage est d'ailleurs généralement admise (voir infra, n° 105).

(4) Amiens, 1^{er} avril 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, II, 136. Il s'agissait d'une cession de bail d'une maison de tolérance prévoyant la résolution de plein droit en cas de non paiement des loyers. La nullité fut prononcée, mais la restitution refusée sous prétexte qu'elle aurait abouti à donner effet à une des clauses du contrat.

(5) On a encore cité le cas du remboursement au mandataire de ce qu'il a avancé pour le compte de son mandant et celui du versement au tiré des sommes ayant fait l'objet d'une émission d'effets de complaisance ; SAVEY CASARD, *op. cit.*, p. 89 et AUBERT, *op. cit.*, p. 191. Il est vrai dans les deux cas que ces remboursements d'argent constituent ce qui a été voulu dans la convention illicite. A notre avis, il n'y a cependant pas exacte correspondance entre les deux prestations : remboursement n'est pas vraiment restitution et surtout restitution en nature. Le versement de la somme destinée à dédommager le mandataire des avances ne supprimerait pas les paiements qu'il aurait effectués à des tiers et l'arrivée en mains du tiré d'un montant équivalent aux traites souscrites ne détruit aucune des prestations fournies par lui. Ces cas sont donc étrangers à l'hypothèse dont nous traitons présentement (voir infra, n° 91, note).

63. On rétorquera peut-être que la rétroactivité est une fiction qu'il est dangereux de faire pénétrer dans trop d'enchaînements logiques. Mais l'objection soulève encore d'autres critiques. L'identification entre la répétition et l'obligation de restitution est superficielle. Des différences très nettes se révèlent. L'une sera, par exemple, toujours immédiatement exigible ; l'autre peut être affectée d'un terme. Au contraire de l'obligation de répétition, l'obligation de restitution est en général productrice d'intérêts. L'absence d'exécution par équivalent distingue nettement la répétition d'un corps certain, de l'obligation de restituer pareil objet (1).

64. Au surplus, nous avons vu combien l'existence d'une liberté d'appréciation pour le juge du fond était indispensable à la réussite de la lutte contre les contrats illicites. Or, dans l'opinion critiquée, le refus de répétition devient une mesure automatique, à laquelle il ne saurait y avoir d'exception, puisque les articles 6 et 1131 ne permettent jamais l'exécution d'un contrat contraire à l'ordre public.

Nous croyons donc que les règles générales restent valables en l'espèce. Le juge prononcera la nullité et disposera de l'adage s'il veut refuser la répétition.

Autres justifications parfois proposées pour expliquer l'adage

65. Il nous reste à énoncer notre point de vue sur certaines autres propositions de justification de l'adage.

66. Selon une conception courante (2), l'adage aurait pour fonction de réprimer le caractère immoral de l'acte posé. Ce n'est pas la sauvegarde de l'efficacité de la nullité, mais bien la violation de la loi antérieure à la déclaration de cette nullité, qui devrait être envisagée par le juge.

67. Il nous paraît que l'immoralité de l'acte illicite est combattue par la nullité elle-même et non par la maxime. Le système critiqué conduit d'ailleurs au refus systématique de répétition, lorsqu'il s'agit d'une convention contraire aux

(1) Voir supra, nos 53 et 54.

(2) RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, n° 108 ; contra HÉBRAUD et RAYNAUD, *Rev. Trim. droit civil*, 1949, p. 288.

bonnes mœurs. Il tend aussi à écarter la maxime en matière de contrats contraires à l'ordre public *sensu stricto* (1). Or, les faits, nous l'avons constaté, se chargent de démontrer que la liberté du juge ne peut être étouffée à ce point (2). La conception courante n'est donc pas satisfaisante, mais elle n'a pas été tout à fait inutile, car elle côtoie l'idée d'une influence de la culpabilité des parties en cause sur l'octroi ou le refus de répétition. Cette influence est réelle. (3)

68. Le concept d'*obligation naturelle* a séduit certains. L'adage viendrait barrer la route à une obligation naturelle d'exécuter les prestations prévues au contrat annulé. C'est ce qu'a pensé M. l'Avocat général Terlinden (4), en se référant aux paroles de Bigot-Préameneu (5) relatives aux obligations dont la cause est trop défavorable pour engendrer une action. Mais la cause est ici si défavorable qu'elle ne peut même engendrer une obligation naturelle. Le contractant n'a guère obéi à l'honneur et à la conscience, lorsqu'il a accepté de participer au contrat. Comment l'obligation illicite laisserait-elle subsister un devoir d'équité ? (6) (7).

69. L'adage a enfin été rattaché au souci d'éviter la réalisation d'un enrichissement injuste. La théorie de l'enrichissement sans cause peut séduire, puisqu'il s'agit de combattre les possibilités de profit qu'un plaideur peut tirer de la nullité (8); cependant nous avons dit que le juge pourrait aussi repousser la répétition, même en l'absence de pareille situation, si ce

(1) Voir infra, n° 79.

(2) Voir supra, n° 58.

(3) Voir infra, nos 82 et 87 et s.

(4) *Pas.*, 1903, I, 276.

(5) LOCRE, t. VI, p. 161.

(6) AUBERT, *op. cit.*, pp. 175-176; AUBRY et RAU, 5^e éd., t. 4, par. 297, note 25, p. 13; SAVATIER, Cours de droit civil, 1944, t. II, p. 212, n° 443; RIPERT, La règle morale dans les obligations, 4^e éd., 1949, p. 346, n° 198; DE HARVEN, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1947, p. 198; DE PAGE, t. III, n° 161, B, 3^o.

(7) M. AUBERT (*op. cit.*, p. 176), a démontré que la notion d'une obligation naturelle de restitution n'était pas plus défendable que celle d'une obligation naturelle d'exécution.

Par suite de la nullité, les parties sont en principe astreintes à des obligations de restitution, mais ces obligations font partie de la sentence prononcée. On ne peut les réduire en simples obligations naturelles (voir supra, n° 50).

(8) Voir supra, nos 56 et 57; note SAVATIER, sous Poitiers, 8 février 1922, D. 1922, 2, 33; PLANIOL et RIPERT, 2^e éd., t. VII, par ESMEIN, n° 749.

refus apparaissait, à raison d'autres circonstances, comme la solution la plus souhaitable pour la protection de la société (1). L'adage mène parfois au refus de répétition, malgré l'enrichissement qui peut en découler pour un des plaideurs (2). La considération d'un profit ou enrichissement par la répétition exerce certes souvent une influence sur l'option du juge en faveur de l'application de la maxime (3). Elle n'apporte pourtant pas une justification générale du recours à l'adage, puisque le refus de répétition est parfois prononcé, malgré l'enrichissement qu'il crée pour un des contractants. La thèse attire à bon escient l'attention sur les inconvénients d'un refus de répétition qui engendrerait un profit tel que l'une des parties se féliciterait de la nullité. Le profit qu'engendre le refus de répétition suscite pour la protection sociale un danger tout aussi grand que celui que peut créer la répétition. A la réflexion, si la théorie de l'enrichissement indu ne fournit pas un fondement à l'adage, elle achemine vers une limite de l'application de ce dernier (4).

RÉSULTATS DE L'ANALYSE

70. La réflexion logique sur les réalités concrètes permet de consolider en droit positif la place que l'adage n'avait pu s'assurer de façon solide par d'autres argumentations.

71. L'adage se rattache à la matière des contrats contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Il permet de faire échec à la répétition, qui reste en principe la conséquence normale de la nullité. Il est indispensable à la sauvegarde de la société, lorsqu'un des plaideurs désire obtenir la nullité pour tirer d'une répétition un profit anormal. Il peut encore, en d'autres

(1) Voir supra, n° 58.

(2) Voir AUBERT, *op. cit.*, pp. 118-119-124-125; Cass. fr., 25 octobre 1927, *Gaz. Pal.*, 1927, 2, 876.

(3) La jurisprudence a parfois indiqué qu'elle entendait réprimer un enrichissement; Cass. fr., 11 février 1884, S. 1884, I, 265; Cass. fr., 10 décembre 1878, S. 1880, I, 61; Cass. fr., 25 janvier 1921, D. 1924, I, 134; Cass. fr., 16 janvier 1905, S. 1905, I, 391; Cass. fr., 6 janvier 1913, D. 1914, I, 13; Conseil d'Etat, 19 juillet 1924, S. 1925, 2, 15; Trib. des Bouches-du-Rhône, 23 mai 1928, D. H. 1928, 410 et Digne, 23 juillet 1925, *Gaz. Trib.*, 1927, II, 309.

(4) Voir infra, nos 85 et 104.

circonstances, se révéler utile, lorsque les intérêts de la société rendent souhaitable le refus de répétition. Finalement l'adage joue donc le rôle d'un instrument complémentaire à la technique de la nullité absolue, dans la lutte contre l'emploi du mécanisme contractuel à des fins anti-sociales. Dans ces conditions, le juriste se trouve amené à entamer de nouvelles recherches. Quels seront les critères d'un emploi salubre et optimum ? La troisième étape de notre étude se trouve ouverte.

Les lignes directrices du recours à l'adage

NÉCESSITÉ DE QUELQUES CRITÈRES FONDAMENTAUX

72. Puisque nous avons reconnu au juge du fond une liberté d'appréciation, faut-il tenter de dégager des normes, fût-ce à titre de directives simples et peu contraignantes ?

Nous le pensons. Influencés par les diverses théories qui ont été défendues, la jurisprudence présente peu d'harmonie dans ses décisions. Il serait heureux qu'elle se libérât de toute tendance à appliquer systématiquement soit l'adage, soit la répétition. Il paraît souhaitable que les magistrats se persuadent qu'ils disposent d'une liberté qui ne conduit ni à la confusion ni au désordre. Pour y aboutir, il faut dégager quelques critères fondamentaux.

73. Cela est d'autant plus nécessaire que le refus de répétition est une *exception* et que la sauvegarde sociale, au nom de laquelle intervient l'adage, est une notion très générale sous le couvert de laquelle des interprétations pourraient mener à une *extension abusive* de la maxime.

EXAMEN DE QUELQUES PROPOSITIONS INSATISFAISANTES

74. Lorsque la doctrine commença à admettre que les adages résistaient à une application systématique, *deux distinctions* furent imaginées.

75. Dans les contrats contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la réprobation sociale pèse tantôt surtout sur la *situation matérielle* consécutive à l'exécution du contrat, tantôt surtout sur les *mauvaises intentions* manifestées par les parties. Dans

ce second cas, l'exécution des prestations contractuelles n'a qu'un retentissement négligeable pour la sauvegarde de la société ; le législateur se préoccupe surtout de réprimer l'indigence morale des parties. Accordée dans la première hypothèse, la répétition serait ainsi rejetée dans la seconde (1).

76. Ce système reste marqué d'un *automatisme* qui contredit la liberté d'appréciation dont l'importance a été soulignée (2). Lorsque le retour à l'état antérieur au contrat n'intéresse pas directement l'ordre social, la répétition s'imposerait, même si la recherche d'un profit avait inspiré la demande en nullité (3).

77. De cette distinction, on retiendra toutefois qu'il faut *prêter attention au trouble social inadmissible* qui pourrait parfois résulter du maintien de la situation consécutive au contrat nul (4).

78. La seconde distinction allait partiellement dériver de la précédente. Quand la loi réproouve-t-elle surtout le comportement des parties ? Quand désapprouve-t-elle davantage la situation créée par l'exécution du contrat ? Une précision très simple parut de nature à supprimer toute difficulté. Le comportement et les intentions sont surtout visés dans les *contrats contraires aux bonnes mœurs* ; les conséquences des actes sont surtout envisagées dans les *contrats contraires à l'ordre public* (5).

79. Une fois formulée, l'opposition des contrats contraires aux bonnes mœurs et des contrats contraires à l'ordre public, allait pourtant s'émanciper des influences qui l'avaient fait naître. Ceux qui cherchaient le fondement de l'adage dans la *répression du caractère immoral de l'acte* (6) trouvaient dans l'opposition entre l'immoral et l'illicite, un moyen de consolider

(1) On trouvera l'exposé et la critique de cette opinion dans une note de MEYNAL sous Caen, 18 juin 1898, S. 1899, 2, 97.

(2) Voir supra n° 58.

(3) Voir supra, nos 56 et 57.

(4) Voir infra, nos 84 et 97 et s.

(5) Voir LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations, t. I, pp. 320 et s.

(6) Voir supra, nos 66 et 67.

leur analyse. L'adage s'ajoute à la nullité pour punir l'immoralité ; seuls les contrats immoraux subiront donc sa censure (1).

80. Cette conception est toujours défendue en doctrine, mais séduit de moins en moins nos juges (2). Elle a subi de nombreuses critiques, fondées surtout sur le caractère artificiel de la séparation entre l'ordre public et les bonnes mœurs et l'impossibilité d'établir une quelconque classification précise parmi les contrats qui leur sont contraires (3). L'argument est pertinent, mais il faut y ajouter un reproche plus essentiel. Si le critère était valable, la fonction sociale déterminante impartie à l'adage ne pourrait être remplie ; l'occasion et le désir de transformer la nullité en une opération profitable, peuvent en effet de toute évidence se présenter tout autant dans le cas des contrats contraires aux bonnes mœurs que dans celui des contrats contraires à l'ordre public (4).

LES QUATRE DIRECTIVES PRÉCONISÉES

81. Dans la mise en œuvre de l'adage, nous proposons quatre directives. Deux d'entre elles invitent à abandonner le principe de la répétition au profit de l'exception du refus de répétition ; elles ouvrent donc la porte à l'adage. Au contraire, les deux autres conseillent le retour à la répétition, même si l'analyse de l'espèce avait permis de déceler de prime abord les motifs habituels d'application de la maxime ; elles refrènent le dynamisme de la solution exceptionnelle.

(1) Voir CAPITANT, De la cause des obligations, n° 118, pp. 244-245 ; DEMOGUE, t. II, n° 878, pp. 809-810 ; PIC, note D. 1898, 2, 521 ; OLIVIER, Sanction des obligations immorales et illicites, Paris 1904.

Il existe même une tendance à limiter ici la morale au domaine de la sexualité ; voir LAMASSOURE, La règle « nemo auditur », Thèse 1936, pp. 125 et s.

(2) Voir DE PAGE, t. I, Complément, n° 94, F, 1° ; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., p. 195 ; H. et L. MAZEAUD, Rev. Trim. droit civil, 1946, p. 30 et 1950, p. 183 ; Aix, 28 mars 1945, Jur. Class. périod., 1946, II, 3063 ; contra Comm. Bruxelles, 8 mars 1944, Rev. prat. Not., 1946, 77 ; Bruxelles, 26 mai 1950, J. T. 1950, 450.

(3) Voir DE HARVEN, note Rev. Crit. Jur. Belge, 1947, p. 203 et s. ; R. SAVATIER, Des effets et de la sanction du devoir moral, p. 444 ; DE BERSAQUES, note Rev. Crit. Jur. belge, 1949, p. 348 ; AUBERT, op. cit., pp. 106-107 et même DE PAGE, t. I, n° 92, pp. 110-111.

(4) Voir supra n° 55 à 57.

82. Énonçons d'abord les deux premières directives. Nullité et répétition sont les remèdes normaux contre les contrats illicites. Deux circonstances peuvent pourtant orienter vers le refus de répétition. Nous connaissons la première (1) ; il s'agit de la menace qui pèse sur le caractère préventif de la sanction, par suite des avantages que la nullité offre à un plaideur ; nous ne reviendrons pas sur ce critère déjà longuement développé. Nous avons eu l'occasion de pressentir la seconde (2) ; dans certaines hypothèses, la protection de la société ne sera convenablement assurée que si la sanction frappe le plus sévèrement possible une des deux parties contractantes (3). Cette situation provient de deux sources différentes. Tantôt il apparaît que la culpabilité ou la nocivité sociale d'un des contractants est beaucoup plus accentuée que celle de son partenaire. Tantôt il se révèle que la formation de certains contrats illicites repose surtout sur le fait d'un contractant qui joue dans l'opération tel rôle type et prédéterminé.

83. La tendance vers le refus de répétition est moins pressante, lorsqu'il s'agit de la seconde règle. A vrai dire, l'intérêt social ne conseille pas directement le refus de répétition ; il invite simplement à la recherche de la solution la plus défavorable et la plus pénible pour telle partie. A l'examen, il se confirmera peut-être que le principe de la répétition est excellent ; mais d'autres fois l'application de l'adage se révélera nécessaire.

84. Les deux critères qui vont comprimer l'expansion de l'adage relèvent également du sens commun. Il a été reconnu (4) que le maintien de la situation créée par les parties à la suite de l'exécution des prestations illicites, constituait parfois un trouble permanent, attentatoire au bon ordre social. On ne saurait renoncer à le détruire par souci d'empêcher un des

(1) Voir supra n° 55 à 57.

(2) Voir supra, n° 67.

(3) Voir PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, 3^e éd., t. II, n° 885 ; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., p. 191 ; PLANIOL et RIPERT, t. VII, n° 749 ; TZARANO, op. cit., p. 117 ; DE BERSAQUES, note sous Gand, 9 novembre 1949, Rev. Crit. Jur. belge, 1949, p. 347.

(4) Voir supra, n° 77.

contractants de retirer un bénéfice ou de punir plus sévèrement une des parties. Dans notre matière, le recours à l'exception n'est légitime, que si cette dernière se révèle supérieure au principe, parce qu'elle assure mieux que celui-ci l'efficacité de la sanction. La menace de la persistance d'un trouble social grave l'emporte non seulement sur une possibilité de mieux châtier un des deux cocontractants, mais aussi sur l'existence d'un avantage obtenu, grâce à la nullité, par une des parties.

85. On n'emploie pas un remède pire que le mal. Il est souhaitable de ruiner le profit désiré par un des cocontractants ou de sévir plus intensément contre l'individu le plus dangereux ; mais si les circonstances de fait révèlent que l'adage va créer pour l'une des parties un *enrichissement exorbitant* et sans rapport avec le bénéfice qu'elle devait normalement retirer du contrat, il faut y renoncer, sous peine d'encourager directement la conclusion de contrats illicites.

Qui croirait servir la sanction, ne ferait que la trahir. Que des avantages secondaires et minimes découlent, pour l'une ou l'autre des parties, tantôt des restitutions, tantôt du refus de répétition, n'est pas inquiétant, si dans son processus global la sanction reste pour chacun une peine et une leçon. Mais lorsque ces avantages deviennent une incitation à la récidive, la réaction s'impose ⁽¹⁾. Si l'application de l'adage, à première vue normale, conduit à ce résultat, il faut y renoncer et revenir au principe de la répétition.

86. Il convient de faire œuvre concrète. Nous rechercherons maintenant des cas d'espèces dans la jurisprudence. Notre examen ne tend pas à expliquer toutes les décisions rendues. Le but est de découvrir des exemples permettant de confirmer la valeur et les effets heureux des directives proposées.

Nous pensons avoir déjà donné toutes indications utiles quant à la première d'entre elles, lorsque nous avons recherché le fondement et la définition du rôle essentiel de l'adage ⁽²⁾ : nous n'y reviendrons plus.

⁽¹⁾ Voir supra, nos 56 et 57.

⁽²⁾ Voir supra, nos 49 à 58.

LE CHOIX DE LA SOLUTION LA PLUS DÉFAVORABLE
A UN DES CONTRACTANTS

87. Nous avons expliqué sous quelle forme apparaissait l'utilité de rechercher la solution la plus défavorable à un des deux contractants ⁽¹⁾.

Le choix entre la répétition et l'appel à la maxime permet de rendre la sanction plus sensible pour l'un des contractants. Cette possibilité ne doit pas conduire à donner comme fondement à l'adage l'illicéité même du contrat ; celle-ci est normalement réprimée par la nullité et sa conséquence : la répétition. Elle ne doit pas davantage aboutir à une distinction entre les contrats contraires à l'ordre public et ceux contraires aux bonnes mœurs. Elle permet simplement d'accroître l'efficacité de la réaction sociale contre l'illicéité des contrats, en déracinant le mal là où la culpabilité est la plus grave, en frappant l'individu qui a été le pivot de l'entreprise illicite.

88. Par exemple, en matière de *ventes* dites « *boule de neige* », la jurisprudence annule les contrats et veut atteindre sévèrement l'organisateur. La conception selon laquelle ce dernier commettrait une escroquerie a d'ailleurs progressé. Au contraire, les consommateurs se signalent plutôt par leur niaiserie que par leur immoralité ⁽²⁾.

89. Le refus de répétition est la meilleure solution pour décourager les *séducteurs professionnels* qui cherchent à récupérer les objets (fourrures, bijoux) ou les sommes d'argent qu'ils offrent en cadeaux ⁽³⁾.

90. En matière de *médecine illégale*, les tribunaux exerceront une action préventive particulièrement salutaire en traitant le plus rigoureusement possible ceux qui confondent médecine et charlatanisme ⁽⁴⁾. Il en va de même dans les ventes de remèdes secrets ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Voir supra, n° 82.

⁽²⁾ Civil Seine, 19 novembre 1901, *Gaz. Pal.*, 1902, I, 289 ; Cass. fr., 7 mai 1951, *Jur. Class. périod.*, 1951, II, 6314, note COLOMBINI et D. 1951, J. 489, note VOIRIN ainsi que S. 1952, I, 21, note LEGAL.

⁽³⁾ Bruxelles, 18-3-1902, *Pas.*, 1902, II, 317 et 26-11-1930, *Pas.*, 1931, II, 1.

⁽⁴⁾ Contra BESANÇON, 19-1-1872, S. 1872, I, 34.

⁽⁵⁾ Cass. tr., 25 janvier 1921, D. 1924, I, 134.

91. Pour réprimer la pratique dangereuse des *effets de complaisance* ne vaut-il pas mieux essayer de sévir tout particulièrement contre le tiré ? On statuera en conséquence ⁽¹⁾.

92. On n'hésitera pas à décourager les *usuriers* en leur refusant la restitution des sommes prêtées. Ce refus suppose que le juge ait prononcé la nullité du contrat et ne s'en soit pas tenu à la simple réduction ⁽²⁾.

93. Pour frapper les organisateurs de *loteries* et les *courtiers matrimoniaux*, la répétition se révélera au contraire souvent avantageuse ⁽³⁾.

94. Dans le *domaine économique*, on discerne en France une tendance très nette à frapper toujours le vendeur, dans toutes les opérations de fraude à la législation économique. Lorsque les prix sont réglementés, on veut par tous les moyens réduire à néant les dépassements de taxe qui tendent à se prolonger en cascade. A cette fin, c'est la restitution des soultes ou « dessous de table » qui apparaît comme le moyen le plus efficace ⁽⁴⁾.

La jurisprudence belge refuse au contraire constamment la répétition en matière économique ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Cass., 31-3-1938, B. J. 1938, col. 202 ; STAES, Effets de complaisance, pp. 7 et s. ; DE PELSMAECKER, Effets de complaisance, J. C. B. 1907, p. 238 ; SAIGET, *op. cit.*, p. 353 ; DE BERSAQUES, note *Rev. Crit. Jur. belge*, 1949, p. 345 ; NAQUET, note sous Cass. fr., 27 novembre 1909, S. 1913, I, 297.

L'idée d'enrichissement abusif est-elle susceptible d'intervenir et de permettre le recours contre le tireur (voir PLANIOL et RIPERT, 2^e éd., t. VII par ESMEIN, n^o 749, 2^o et note 2, p. 41) ? Il s'agit à notre avis d'une action en exécution et non d'une action en répétition (voir supra, n^o 61, note).

⁽²⁾ DE BERSAQUES, *Rev. Crit. Jur. belge*, 1950, p. 347 ; contra : Bruxelles, 3-5-1921, *Rev. prat. Not.*, 1922, p. 375.

⁽³⁾ AUBERT, *op. cit.*, p. 117 ; Trib. Seine, 19-11-1901, S. 1904, 2, 49 ; Pau, 30-7-1913, D. 1914, 2, 119 ; Besançon, 6-3-1895, S. 1895, 2, 196.

⁽⁴⁾ Note BERAUD, L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente, *Jur. Class. périod.*, 1952, 1029 ; Trib. P. Reims, 16-6-1943, *Gaz. Pal.*, 1943, 2, 153 ; Comm. Bordeaux, 7-3-1944, *Gaz. Pal.*, 1944, 2, 60 ; Comm. St-Dié, 8-10-1947, *Gaz. Pal.*, 1947, 2, 199 ; Nancy, 29-10-1948, *Gaz. Pal.*, 1948, 2, 216 ; Civ. Seine, 23-12-1948, D. 1949, J. 275 et DE BERSAQUES, note *Rev. Crit. Jur. belge*, 1949, p. 347.

⁽⁵⁾ Voir Cass., 21-10-1942, *Pas.*, 1942, I, 238 ; vente de farine sans timbres ; Comm. Bruxelles, 22-4-1947, J. T. 1947, p. 421 ; vente irrégulière sur le plan de la facturation ; Comm. Bruxelles, 17-2-1944, J. C. B. 1948, 159 ; transport à prix supérieur au prix légal ; Civil Audenarde, 20-1-1948, *Pas.*, 1948, III, 81 ; négociation illégale du certificat de trésorerie.

95. En France, on a fait intervenir l'adage et les théories récentes relatives à l'autonomie du droit pénal dans le *domaine de l'action civile ayant pour objet la réparation du dommage causé par une infraction* ⁽¹⁾. Nous ne pouvons suivre la doctrine française sur ce plan, car nous avons assigné comme champ d'application à l'adage, la répétition consécutive à l'annulation du contrat. Nous sommes en dehors du domaine des conséquences d'une *action en nullité*, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les conséquences d'une escroquerie commise à l'occasion d'une opération de marché noir ⁽²⁾, sur le vol d'un objet de contrebande ⁽³⁾ ou la contrefaçon d'un remède secret ou de produits vendus par une officine illicite ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾. L'adage ne s'oppose pas à la *poursuite d'infractions* du genre de celles qui viennent d'être énumérées. L'action civile en réparation, sera à notre avis dominée par d'autres règles de la responsabilité civile ⁽⁶⁾.

96. Il peut toutefois se présenter une difficulté qui rentre directement dans notre sujet. Que se passera-t-il, lorsque la réparation réclamée en justice à la suite d'une infraction correspond à la répétition d'une prestation exécutée en vertu d'une convention illicite ? Si un seul des deux contractants a commis une infraction pénale, il arrivera souvent que l'immoralité de celui-ci dépassera l'immoralité de l'autre. La recherche du résultat le plus néfaste pour le coupable est alors recommandable. Si les contractants ont tous deux commis une infraction

⁽¹⁾ Cass. fr., 17-6-1945, *Jur. Class. périod.*, 1946, 2, 2955 note HÉMART ; Cass. fr., 7-6-1945, D. P. 1946, J. 149, note SAVATIER ; *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1946, 173 obs. HUGUENEY ; *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1946, p. 31, obs. H. et L. MAZEAUD ; BERAUD, note *Jur. Class. périod.*, 1952, 1029 ; VOUIN, Justice criminelle et autonomie du droit pénal, D. 1947, Chr., p. 81 ; Eugène SCHAEFFER, La faute de la victime et la réparation, n^{os} 56 et 57 dans Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal par STEPHANY et Consorts, 1956, pp. 401-402.

⁽²⁾ Cass. fr., 3-7-1947, *Jur. Class. périod.*, 1948, 4474 ; Cass. fr., 15-8-1943, D. 1945, J. 131 ; Cass. fr., 25-5-1956, *Jur. Class. périod.*, 1956, 2, 9413.

⁽³⁾ Cass. fr., 26-2-1892, *Gaz. Pal.*, 1892, I, 503.

⁽⁴⁾ Grenoble, 19-7-1905, D. 1906, II, 137 ; Seine, 29-4-1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 199 ; Besançon, 15-11-1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 600.

⁽⁵⁾ Pour l'émission d'un chèque sans provision en matière de jeu, voir Paris, 23-2-1928, *Gaz. Pal.*, 1929, I, 375 et Cass. fr., 4 juin 1956, *Jur. Class. périod.*, 1956, 2, 9423.

⁽⁶⁾ Voir supra, n^o 34.

pénale, on examinera la gravité respective des fautes commises. En cas de disproportion flagrante, on pourra s'en tenir au même système que dans le cas précédent. Sinon, on maintiendra le principe de la répétition, sauf s'il s'agit de décourager une tentative d'utiliser la nullité pour retirer un profit ou encore d'exercer une pression plus effective sur la partie qui joue le rôle clé dans la formation et le développement du contrat illicite. Ces considérations seront d'application pour apprécier l'action de la prostituée qui secoue la tutelle de son souteneur et lui réclame le remboursement des sommes qu'elle lui a remises (1).

L'INTÉRÊT PUBLIC, OBSTACLE A L'APPLICATION DE L'ADAGE

97. L'existence de cas où l'anéantissement rétroactif des effets du contrat se révèle indispensable à l'ordre public, à côté d'autres hypothèses où la survivance de ces effets ne crée pas un trouble social, ne doit pas mener à une distinction entre les contrats contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Elle rappelle toutefois à bon escient que l'effet rétroactif a en principe été attaché à la nullité, parce que l'ordre social y est en général intéressé; elle fournit une directive parmi d'autres : se garder de recourir à l'adage lorsque le bon ordre social réclame concrètement la « restitutio in integrum ». L'intérêt public impose alors la répétition pour mettre fin à une *situation spécialement dangereuse*.

98. Ainsi la Cour de cassation française a invoqué cet argument pour ordonner la restitution du supplément de prix stipulé clandestinement en sus du montant officiel de la *cession d'un office ministériel* (2).

99. En cas de *cession d'une pharmacie* à une personne non diplômée, on ne peut laisser entre les mains du cessionnaire un fonds dont l'exploitation par ce dernier pourrait mettre en danger la santé publique (3).

(1) Cass., 7-6-1945, *Jur. Class. périod.*, 1946, 2955 et *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1946, p. 30; Paris, 17-10-1951, *Jur. Class. périod.*, 1952, 2, 6948.

(2) Cass., 1-8-1844, S. 1844, I, 580.

(3) Cass. fr., 24-11-1902, D. 1903, I, 91; Paris, 11-12-1903, S. 1905, 2, 133.

100. En matière de *corruption de fonctionnaires* et de trafic d'influence, il faut effacer toutes les traces de malhonnêteté, afin de préserver les administrations de la défiance du public (1).

101. L'intérêt public prend parfois la forme plus précise de la protection des intérêts de tiers lésés par une convention illicite. Cette situation explique la répétition des sommes versées pour entraver la *liberté des enchères* (2).

102. En *matière fiscale*, il arrive que la répétition soit le seul moyen pratique qui permette la dénonciation des conventions frauduleuses et partant, la régularisation sur le plan fiscal et la sauvegarde des intérêts du Trésor (3).

103. L'influence particulière donnée à la notion d'intérêt public, a bénéficié d'un certain succès en doctrine (4). Encore convient-il de ne pas s'y tromper. La répétition est en principe la solution adoptée pour la sauvegarde de l'ordre social; l'intérêt public ne revêt donc d'importance particulière que dans la mesure où il aboutit à empêcher que le refus de répétition ne soit prononcé là où il l'aurait normalement été (5).

LE REFUS DE RÉPÉTITION

ÉCARTÉ A RAISON DU PROFIT EXORBITANT QU'IL SUSCITERAIT DANS LE CHEF D'UNE DES PARTIES

104. Tantôt la répétition évite la production d'avantages inadmissibles au bénéfice de l'une des parties; tantôt des profits abusifs sont au contraire éliminés grâce à la maxime. Cette situation n'autorise pourtant pas à présenter l'enrichissement sans cause comme la clé du problème.

(1) Cass. fr., 5-12-1911, *Pas.*, 1913, IV, 58; contra Verviers, 24 juin 1908, P. P., 1908, 739.

(2) Limoges, 16-4-1845, S. 1846, 2, 465; Paris, 12-6-1912, D. P. 1912, 2, 37.

(3) Après certaines tergiversations, la jurisprudence française a adopté cette solution pour les contraventions à la loi du 27-2-1912 qui édicte la nullité de conventions contenant une dissimulation d'une partie du prix de vente dans certains contrats : Cass. fr., 24-10-1928, *Gaz. Pal.*, 1928, 2, 747; Besançon, 10-2-1925, *Gaz. Pal.*, 1926, I, 149; Cass. fr., 27-7-1928, *Gaz. Pal.*, 1928, 2, 673; Cass. fr., 3-12-1929, *Gaz. Pal.*, 1930, I, 21; AUBERT, *op. cit.*, pp. 115-116.

(4) BONNECASE, t. VI, n° 56, p. 82; KAYSER, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1933, p. 138; HÉMARD, note sous Cass. fr., 7-6-1945, *Jur. Class. périod.*, 1946, 2955; NAQUET, note sous Cass. fr., 29-11-1909, S. 1913, I, 257; note signée G. H., B. J. 1938, 200; DE BERSAQUES, note *Rev. Crit. Jur. belge*, 1949, pp. 347-348.

(5) Voir supra, n°s 81 et 84.

Répétition et refus de répétition sont réclamés tour à tour par l'égal souci d'empêcher l'enrichissement excessif qu'une des parties retirerait de l'opération. Nous avons constaté la nécessité de refuser parfois la répétition, contrairement au principe qui normalement l'impose. Mais d'autres considérations interviennent aussi pour guider l'option du juge. Ce n'est d'ailleurs pas la théorie de l'enrichissement sans cause qui exerce ainsi parfois son influence, mais bien le danger de réalisation de profits exorbitants. Tant que ce profit n'atteint pas l'excès, il reste inopérant; mais au-delà, il devient intolérable.

La directive est importante. Elle est de nature à expliquer des réticences à l'égard de l'adage, en certains domaines : donations, ventes et baux d'immeubles, contrats de gage et d'hypothèque. Elle peut mener à des résultats satisfaisants dans la controverse qui s'est développée en matière de société et devrait atténuer l'opposition qui s'est établie entre les opérations sur meubles et celles sur immeubles.

105. Lorsque le contrat annulé comporte le transfert de la propriété ou la concession de la jouissance d'un immeuble, la jurisprudence ordonne toujours la répétition ⁽¹⁾.

Lorsqu'un gage ou une hypothèque sont déclarés nuls par suite du caractère illicite du contrat principal, l'adage est écarté ⁽²⁾ ⁽³⁾.

Cette attitude défavorable à l'adage se justifie aisément.

⁽¹⁾ Trib. civ. Uzès, 17-12-1886, *Gaz. Pal.*, 1886, I, 802; Civ. Bourges, 11-4-1894 D. 1894, 2, 358; Civ. Bruxelles, 27-12-1905, *Pas.*, 1906, 3, 33; AUBERT, *op. cit.*, p. 165.

On notera tout particulièrement un arrêt de la Cour d'appel de Douai qui, dans l'hypothèse d'une vente d'un immeuble, et du mobilier garnissant celui-ci, tout deux servant à l'exploitation d'une maison de tolérance, a refusé la restitution du mobilier, mais a ordonné la restitution de l'immeuble : Douai, 24-10-1887, S. 1890, I, 270. Contra : Civ. Orléans, 31-12-1889, *Gaz. Pal.*, 1890, I, 270.

⁽²⁾ En matière de gage, voir Cass., 6-7-1893, *Pas.*, 1893, I, 287; Cass., 11-3-1915, *Pas.*, 1915, I, 208; Appel Bruxelles, 26-3-1909, B. J. 1909, col. 950. En matière boursière, des difficultés se sont élevées, avant que n'intervienne l'article 6 de l'arrêté royal du 15-10-1934, sur la question de savoir si les titres avaient en fait été remis en gage ou en paiement. Dans ce dernier cas, la répétition était exclue par l'article 1967 c. c. Bruxelles, 15-2-1895, *Pas.*, 1895, 2, 208 et Cass., 9-7-1896, *Pas.*, 1896, I, 242.

⁽³⁾ En matière d'hypothèque, voir Bruxelles, 20-11-1908, B. J. 1909, col. 177.

Si nous envisageons d'abord le cas du bail, nous constatons que les loyers payés ne représentent pas la contre-valeur de l'immeuble loué mais seulement celle de la jouissance temporaire. Le locataire qui serait dispensé de la restitution réaliserait donc un avantage abusif. La conclusion de contrats semblables deviendrait un excellent moyen de s'enrichir.

Dans les hypothèses du gage et de l'hypothèque, la dispense de restitution aboutirait à mettre à la disposition du créancier gagiste ou hypothécaire un objet dont le contrat annulé ne lui conférerait même pas la simple jouissance.

106. Toutefois nous ne pensons pas que la même explication soit pertinente, lorsque le contrat annulé comportait un *transfert de propriété*.

D'une part, le refus de répétition ne conduit pas alors toujours à la création d'un avantage abusif. D'autre part, l'attitude de la jurisprudence se justifie par les impératifs de sécurité qui gouvernent la propriété immobilière. Il serait ici néfaste de passer d'une solution à l'autre selon les espèces. Les nullités créent déjà elles-mêmes des difficultés ⁽¹⁾. Il ne faut pas que viennent s'y adjoindre une incertitude quant à leurs conséquences. L'insécurité des plaideurs deviendrait une menace pour la *sécurité des rapports juridiques en général*. En ce domaine, le sort des actions en nullité pour contrariété à l'ordre public doit être uniforme; l'exception s'effacera complètement devant la règle de la répétition ⁽²⁾.

107. Ces considérations nous semblent plus convaincantes que les deux arguments souvent invoqués ⁽³⁾. On souligne d'abord que l'action en revendication ne met en jeu que la notion de propriété, totalement indépendante du contrat illicite et de l'usage auquel est affecté l'immeuble. On allègue ensuite l'occupation sans titre, ni droit par suite de l'annulation prononcée ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Voir l'article 3 de la loi du 16 décembre 1851.

⁽²⁾ La solution se rattache donc en réalité à l'intérêt public : voir *supra*, nos 97 et s.

⁽³⁾ Voir DE PAGE, t. I, Complément, n° 93, note 2.

⁽⁴⁾ RAYNAL, note, D. 1904, 2, 449; HEMARD, *Rev. Trim. droit commercial*, 1949, p. 522; PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, 3^e éd., t. II., n° 885; DE PAGE, t. I, Complément, n° 93, note 2; Répertoire de droit civil Dalloz, v° Nullité, n° 173.

Si le contrat illicite prévoyait le transfert de la propriété, nous pensons que ce dernier constituait bien un instrument de réalisation de la situation illicite voulue ; ayant été risquée dans l'opération, la propriété a été souillée. Les conséquences de l'illicéité atteignent donc aussi l'action en revendication corrélative à ce droit (1). S'il en allait autrement, comment le refus de répétition pourrait-il si souvent intervenir en matière mobilière ? Propriété et revendication existent en effet aussi pour les meubles et l'article 2279 du code civil ne supprime pas le problème (2).

Quant à l'occupation sans titre ni droit, elle est invoquée dans le cas de la nullité d'un contrat qui ne transférait que la jouissance. Pourtant, l'objet qui a été livré, en vertu d'un contrat de vente maintenant annulé, est aussi conservé sans titre, ni droit. Le raisonnement se greffe sur l'argumentation de l'enrichissement sans cause et du paiement de l'indu ; nous en avons dénoncé l'inexactitude (3). En réalité, la nullité mène normalement à la répétition, et c'est pour faire échec à celle-ci et pour protéger la société, que le juge se sert de l'adage L'idée de l'occupation sans titre, ni droit heurte de front l'essence même de la maxime, qui met précisément le possesseur à l'abri de la réclamation de son comparse dans l'illicéité.

108. Le problème des conséquences de la *nullité en matière de société* serait éclairci, si les tribunaux voulaient tenir compte de la directive présentement examinée, ainsi d'ailleurs que des autres observations d'ordre général qui ont été proposées (4).

Plusieurs systèmes ont été défendus tant pour la restitution

(1) Dans la thèse défendue par M. JAPIOT (Des nullités en matière d'actes juridiques, pp. 400 et s.) l'action en nullité n'est d'ailleurs que l'action même en revendication, lorsqu'il s'agit d'un corps certain.

(2) Dans l'hypothèse qui nous intéresse ici, le possesseur tient directement sa possession du propriétaire ; le propriétaire pourra souvent démontrer la précarité du titre dont se prévaut le possesseur et disposer de l'action en revendication, malgré l'article 2279 ; voir Claude RENARD, La possession, la prescription acquisitive et la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre », 2^e éd., 1956, n^o 111 (Desoer, Liège).

(3) Voir supra, n^{os} 21, 51 et 69.

(4) Voir supra, n^{os} 81 à 85.

des apports que pour le sort des bénéfiques (1). A notre avis, la liberté d'appréciation du juge du fond doit, ici comme ailleurs (2), être respectée.

109. La restitution des *apports* sera la solution de principe. Si la nullité est sollicitée dans l'espoir de tirer avantage du mécanisme de la répétition, le juge peut réagir au moyen de l'adage. La maxime s'offre encore à lui, s'il est opportun de frapper plus particulièrement l'une des parties contractantes. Mais il reviendra toutefois à la répétition, si les inconvénients du refus sont finalement plus sensibles que ceux de l'octroi de la répétition, soit à raison de la production d'un avantage vraiment exorbitant pour l'une des parties (3), soit encore à raison d'un intérêt social dont la sauvegarde s'impose.

Les occasions de profits abusifs pouvant découler de la répétition abondent dans ce domaine ; la règle qui commande d'éviter ces profits se révélera donc tout particulièrement déterminante.

Pour les immeubles dont la propriété aurait été transférée, nous avons dit que l'intérêt public requérait la répétition dans tous les cas (4).

110. Quant aux bénéfiques, le refus de répartition pourra intervenir, lorsque les éléments de l'espèce le postulent. Si l'emploi de la maxime n'apparaissait pas souhaitable, nous pensons que l'application explicite de l'article 1853 du code civil serait irrégulière, car elle supposerait un contrat de société valable.

Dans son arrêt du 24 décembre 1891 (5), la Cour de cassation a-t-elle établi le principe de la répartition selon des parts

(1) On trouvera l'exposé de ces systèmes au Rép. Prat. Dr. belge, v^o société, n^{os} 175 à 203 et au Traité de droit commercial belge de L. FREDERICQ, t. IV, n^o 15 et s.

(2) Voir supra, n^o 58.

(3) SOLUS, note, S. 1928, I, 9 ; PERCEROU, Traité élémentaire de droit commercial de Thaller, 8^e éd., V, 1, n^o 365 ; HEMARD, Théorie et pratique des nullités des sociétés, 2^e éd., n^{os} 68 et s.

(4) Voir supra, n^o 106. Contra Civ. Bruxelles, 4 décembre 1952 dans l'hypothèse d'une demande en restitution d'apports immobiliers et mobiliers introduite par un des médecins fondateurs d'une société anonyme illicite de fourniture de produits pharmaceutiques. Ce jugement a été critiqué par M. Jean-Claude DE HARVEN : *Revue des Sociétés civiles et commerciales*, 1954, pp. 51 et s.

(5) *Pas.*, 1892, I, 59.

viriles? Il est hasardeux de le prétendre. La Cour a simplement approuvé la Cour d'appel dans son refus de recourir en l'espèce à l'article 1853. Il a été précisé avec soin dans l'arrêt que la demande en partage par moitié était entièrement justifiée par les documents du procès et par l'intention des parties, telle qu'elle ressortait des faits de la cause.

Dans de nombreux cas d'espèce, il peut au contraire apparaître d'une façon certaine que les parties ont eu l'intention d'exclure le système de répartition en parts viriles.

Les difficultés s'amenuisent, lorsqu'on admet que l'article 1853 du code civil a consacré une solution qui s'imposait même à défaut de texte. En matière de copropriété, l'article 557bis du code civil prévoit en son paragraphe 3 que le copropriétaire participe aux droits et aux charges de la propriété en proportion de sa part. Même lorsque la société formée a été frappée de nullité, les parties au contrat nul se trouvent dans un *état d'indivision*. La « restitutio in integrum » doit aboutir à faire cesser cette indivision. Il faut alors considérer que les bénéfices sont des fruits qui se sont en quelque sorte greffés sur les biens mis en indivision et qui sont devenus par accession la propriété des titulaires de ces biens (1). C'est d'ailleurs la solution admise en matière d'indivision successorale (*fructus augent hereditatem*).

111. En *matière mobilière*, notre jurisprudence devrait prêter attention à la nocivité éventuelle d'un refus de répétition. Or, la prudence dont nous avons noté l'effet pour les immeubles ne paraît guère se manifester en matière d'opérations sur meubles.

Plus ou moins séduite par la distinction entre bonnes mœurs et ordre public, la jurisprudence opte trop souvent pour l'octroi ou le refus de répétition de façon automatique, sans envisager toutes les répercussions concrètes de la décision.

Conclusion

112. La nullité d'un contrat contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs emporte par elle-même la répétition des

(1) Contra : Comm. Bruxelles, 16 mars 1947, J. C. B. 1948, 164 et Comm. Bruxelles, 27 octobre 1948, *Revue des Sociétés civiles et commerciales*, 1948, p. 224.

prestations. Il est donc inutile de lier le principe de cette répétition à la technique du paiement de l'indu ou de l'enrichissement sans cause; le mécanisme même de la sanction en fournit le fondement.

Toutefois, si la répétition était admise dans tous les cas et sans aucune discrimination, la sanction perdrait parfois toute efficacité. Celle-ci s'effondre en effet, quand un des contractants retire des restitutions un profit excessif. L'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » permet alors de refuser la répétition.

La protection de l'intérêt public n'est pas toujours adéquatement assurée par une sanction dont les effets frappent de façon égale les deux parties. En optant tantôt pour la répétition, tantôt pour le refus de restitution, les Tribunaux ont découvert un moyen d'atteindre plus sévèrement le contractant le plus coupable et le plus dangereux; ils le défavorisent même si la sanction s'en trouve considérablement allégée pour l'autre partie.

Ainsi l'adage modifie les conséquences normales de la nullité, afin de sauvegarder ou de renforcer l'efficacité préventive et répressive de celle-ci. Il apparaît comme un correcteur des effets parfois aberrants de la répétition et s'insère harmonieusement dans le régime de la sanction des contrats illicites.

Dans cette perspective, il faut, abandonnant toute tendance systématique, admettre le caractère facultatif de la maxime. Cette conception ne conduit pas à l'arbitraire; certaines directives fondamentales indiquent avec une netteté suffisante quand il convient de recourir à l'exception: refuser la répétition.

Yvon HANNEQUART,

Assistant à la Faculté de Droit de Liège.