

COLLECTION
DROIT CIVIL
dirigée par Christian Larroumet

SÉRIE : Etudes et Recherches

Emmanuel GAILLARD

Professeur à l'Université de Lille II

**LE POUVOIR
EN
DROIT PRIVÉ**

**Préface
de Gérard CORNU**

*Professeur à l'Université de Droit,
d'Economie et de Sciences sociales de Paris*

Ouvrage couronné par l'Université de Paris II
(prix Georges Ripert)
et honoré d'une subvention de l'Université de Lille II



ECONOMICA

49, rue Héricart, 75015 Paris

1985

© Ed. ÉCONOMICA, 1985

Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution
réservés pour tous les pays.

PREFACE

Ce livre se passe de préface. Car le temps de la prédiction n'est plus. En nous donnant à fêter son succès, M. Gaillard nous épargne la vanité de l'annoncer.

Quant à chercher une introduction à l'ouvrage, sautez d'emblée à la conclusion de l'auteur. Les dix-huit positions de thèse émaillent le chemin. C'est par là qu'il faut y entrer, pour s'y raccorder, thèse lue.

L'ayant à nouveau parcouru, nous avons à écrire: il n'y a plus à douter qu'en droit privé français, la notion de pouvoir existe telle que M. Gaillard l'a élaborée.

La quête d'un tel pouvoir était vertigineuse. Car pour sceller cette notion dans l'ordre juridique, il fallait côtoyer d'abord l'abîme où mille bouches prononcent le mot sur des choses diverses. En premier, il paraît pourtant anodin que le pouvoir, au sens pur que forge l'auteur, se distingue du droit subjectif. Si l'on définit un tel droit comme un certain pouvoir, ce mot vient alors, par commodité, de la langue naturelle, sans charge juridique. Mais peu à peu, l'analyse s'élève. La notion se construit. Répondant à un critère de finesse qui rend applicable un régime de droit, elle prend la solidité d'une catégorie juridique. Finalisé, le pouvoir — au sens fin du terme — est, entre les mains de celui qui en est investi, une prérogative qu'il a mission d'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. Ainsi ordonné, l'exercice du pouvoir a en propre d'être soumis à un contrôle juridictionnel spécifique, non celui de l'abus du droit, mais typiquement, celui du détournement de pouvoir, c'est-à-dire celui de la fidélité de l'exercice à la finalité de l'investiture. Sous cet intérêt bien éclairé, le critère retenu unit maints pouvoirs de source légale ou conventionnelle: pouvoir de l'époux sur la masse de biens communs dont il est gérant en titre, pouvoirs des titulaires de l'autorité parentale, pouvoirs du chef d'entreprise, pouvoir disciplinaire dans les syndicats et associations, etc.

Le gain de la partie est immense. Ce n'est pas seulement au sein de l'ordre juridique que le pouvoir, détaché du droit subjectif, gagne sa juste place. C'est au fait — brut et brutal — qu'il vient d'être arraché. Car le pouvoir — diabolique — est aussi puissance (doublet de *potentem*, *possientem* donne puissant) et *potentia* conduit à potence. Et le voilà, d'un tour de thèse, docile et policé, nécessairement contrôlé, pouvoir bien tempéré, vidé d'omnipotence.

En droit processuel, l'office du juge aurait donné à l'auteur un renfort. Pour le juge, il n'est point de pouvoir sans devoir. Au-delà de la distinction de ce qu'il a obligation de faire ou faculté d'apprécier, il y a toujours, au creux de ce qu'il peut, le sceau de ce qu'il doit, un devoir gardien — comme une âme — de l'exercice du pouvoir. Tous les pouvoirs sont, à double face, des pouvoirs-devoirs. Il n'en est pas de pleins, mais seulement d'habités. Dans les mains parentales, les attributs de l'autorité enchâssent au centre de leurs prérogatives cette mesure incorporée. C'est cette image d'une structure animée que le droit privé renvoie au droit public, modèle des fonctions et des missions, dans un état de droit. *Omnis potestas...* Tout pouvoir est donné par... et pour...

Quelles conséquences tirer ? La linguistique juridique intervient ici. Car le vocabulaire juridique n'acceptera pas volontiers de perdre un des plus beaux fleurons de la polysémie. Dans le chaos du fait, le pouvoir restera sans doute aussi — arc-bouté de vouloir plus que de devoir — une force, suffisante de l'être (et pleine d'elle-même), plus avide d'avoir que de savoir. Et le langage du droit aurait des raisons de s'y référer pour définir telle maîtrise de fait (la garde d'une chose inanimée). Même dans l'ordre juridique, il n'est pas exclu que le terme pouvoir conserve un emploi neutre pour désigner les prérogatives qu'un droit confère à son titulaire (les pouvoirs d'usage, de jouissance, de disposition ou d'administration pour un propriétaire). Même alors, il faudrait apprendre à dire que le pouvoir affiné, le pouvoir proprement dit, est le « pouvoir à ne pas détourner ». Et « ce proprement dit » valait bien une thèse.

N'y aurait-il donc rien à contredire ? La haute querelle doctrinale que l'auteur ravive sur son dernier penchant, à l'encontre des « thèses personnificatrices » qui voient des personnes morales partout, enchantera les individualistes sans rallier tout à fait ceux qui en aperçoivent de réelles çà et là. Même en ce tournoi spéculatif émergent cependant de fermes plages d'accord, si chacun admet que le pouvoir n'exclut ni ne postule nécessairement la représentation. Celui qui l'exerce a souvent qualité de représentant (d'une personne physique ou morale). Parfois il n'est qu'« agent juridique » doté du pouvoir propre d'émettre « des actes unilatéraux contraignants pour autrui ». L'opposition se reporte alors, dans les applications, sur le discernement des cas où l'imputation des actes du champion des intérêts à faire valoir s'opère avec ou sans représentation : question explicative ouverte après un superbe parcours. Ce qui est sûr, c'est qu'à son tour celui-ci contient en promesse — voilà une prédiction dont, pour lors, nul ne pourra nous frustrer — un avenir magnifique.

Gérard CORNU

Professeur à l'Université de Droit,
d'Economie et de Sciences sociales de Paris.