

Droit civil

Introduction

26^e édition refondue

Jean Carbonnier



Droit civil

Introduction

THÉMIS

COLLECTION FONDÉE ET DIRIGÉE PAR MAURICE DUVERGER

THÉMIS DROIT PRIVÉ

SOUS LA DIRECTION DE CATHERINE LABRUSSE-RIOU
Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne

JEAN CARBONNIER

Droit civil

Introduction



PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

Sommaire

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.	11
-----------------------------------	----

PRÉFACE DE LA PREMIÈRE ÉDITION	13
--	----

PREMIÈRE PARTIE

PREMIÈRE IDÉE DE LA MATIÈRE

TITRE I. — Le droit

CHAPITRE I. — Les phénomènes du droit	21
---	----

1 / <i>La règle de droit et le jugement comme phénomènes du droit</i>	21
---	----

1. La règle de droit	21
--------------------------------	----

La loi	23
------------------	----

La coutume	26
----------------------	----

2. Le jugement	28
--------------------------	----

Les jugements selon les règles de droit	29
---	----

Les jugements selon l'équité	32
--	----

3. L'équité sans règle ni jugement	41
--	----

2 / <i>Les phénomènes du droit dans leur contexte social</i>	44
--	----

Le droit comme phénomène de communication	44
---	----

Le droit comme phénomène de régulation	45
--	----

Le droit comme phénomène de culture	55
---	----

CHAPITRE II. — La science du droit	61
--	----

1 / <i>Les sciences proprement juridiques</i>	62
---	----

1. Les sciences du droit positif	62
--	----

2. La science de la législation	64
---	----

ISBN 2 13 050512 0

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1955

26^e édition refondue : 1999, novembre

© Presses Universitaires de France, 1955

108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

2 / <i>Les sciences collatérales du droit</i>	67
1. Les sciences collatérales classiques	67
2. Les sciences collatérales nouvelles	68
CHAPITRE III. — La philosophie du droit	80
1 / <i>L'opposition des tendances</i>	81
1. La tendance positiviste	81
Le positivisme clos sur le droit	81
Le positivisme ouvert sur le fait	82
Le positivisme transcédé	83
2. La tendance idéaliste	90
Le droit naturel	90
La justice	96
L'appel à la religion	102
2 / <i>La diversité des idées</i>	105
1. Les philosophies militantes	106
2. Les philosophies sages	107
Les théories	107
Les hypothèses explicatives	108

**TITRE II. — Le droit civil
et les institutions judiciaires de la France**

CHAPITRE I. — Le droit civil français	123
1 / <i>Le développement historique du droit civil français</i>	123
1. Avant le Code civil	123
L'Ancien Droit	124
Le droit intermédiaire (ou droit révolutionnaire)	125
2. Le Code civil	128
Les auteurs du Code civil	128
L'esprit du Code civil	130
Les collatéraux du Code civil	131
3. Depuis le Code civil	137
Les transformations du droit civil depuis le Code Napoléon	137
La révision du Code civil	140

2 / <i>Le droit civil français en face des systèmes juridiques étrangers</i>	145
1. Les principaux systèmes juridiques	146
2. Les influences réciproques	149
CHAPITRE II. — Les institutions judiciaires françaises	157
Le service public de justice	157
Les modes alternatifs de résolution des conflits	159
1 / <i>Les juridictions de l'ordre judiciaire</i>	166
1. Les juridictions de droit commun	167
Les tribunaux de grande instance	167
Les cours d'appel	171
La Cour de cassation	172
2. Les juridictions à compétence exceptionnelle	174
2 / <i>Les corps judiciaires</i>	176
1. Les magistrats et leur greffier	176
Les magistrats	176
Le greffier	180
2. Les auxiliaires de justice	180

SECONDE PARTIE

THÉORIES GÉNÉRALES DU DROIT CIVIL

TITRE I. — Le droit objectif

CHAPITRE I. — Les sources du droit civil	197
1 / <i>La loi</i>	198
1. Distinction des lois	199
Les distinctions du droit privé	199
Les distinctions du droit public	200
2. Contrôle de constitutionnalité	215
3. La force des lois	225
Entrée en vigueur	225
Force obligatoire	227
Abrogation	229

4. Sphère d'application de la loi dans le temps	236
Le principe de la non-rétroactivité des lois s'impose au juge	236
Le principe de la non-rétroactivité des lois ne s'impose pas au législateur	238
2 / <i>La coutume</i>	247
1. La coutume d'origine populaire	247
Pouvoir délégué de la coutume	248
Pouvoir autonome de la coutume	251
2. La coutume d'origine savante	253
Les maximes juridiques	253
Les principes généraux du droit	254
3 / <i>Les textes procédant des traités</i>	259
1. L'ouverture de l'a. 55 de la Constitution	259
2. Les applications de l'a. 55	260
CHAPITRE II. — Les autorités en droit civil	269
1 / <i>La jurisprudence</i>	269
1. Formation de la jurisprudence	270
Le processus général	270
La fonction régulatrice de la Cour de cassation	272
2. Force juridique de la jurisprudence	275
2 / <i>La doctrine</i>	286
1. Les modes d'expression de la doctrine	287
2. Rôle de la doctrine	289
3 / <i>La méthode de la jurisprudence et de la doctrine</i>	297
1. Principes d'une méthode d'interprétation	297
La méthode exégétique	297
Les méthodes modernes	299
2. Règles pratiques d'interprétation	300
Procédés d'interprétation	300
Maximes d'interprétation	302

TITRE II. — **Les droits subjectifs**

CHAPITRE I. — Création des droits subjectifs	315
1 / <i>Les différentes espèces de droits</i>	317
1. Le droit réel	317
2. Le droit personnel	320
3. Le patrimoine	321
2 / <i>Les différentes sources de droits</i>	322
1. Classification des sources	322
2. L'acte juridique	323
3. La responsabilité	327
CHAPITRE II. — Réalisation des droits subjectifs	329
1 / <i>Les préalables à toute réalisation des droits</i>	330
1. Les délais	331
2. Les preuves	334
La preuve extrajudiciaire	335
La preuve judiciaire	336
2 / <i>La réalisation extrajudiciaire des droits</i>	351
1. L'exercice des droits	352
2. Les transmissions	353
3. Les renonciations	355
3 / <i>La réalisation judiciaire des droits</i>	359
1. L'action en justice et le procès	360
2. Les principes directeurs du procès civil	361
Les principes d'équité dans le procès	362
Les principes de technique dans le procès	364
3. Les effets des jugements	365
INDEX	373

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- a. = article.
- al. = alinéa.
- Arch.* = *Archives de Philosophie du droit.*
- Arg. = tirer argument de.
- A.S.* = *L'Année sociologique.*
- B.G. = Bibliographie générale du sujet.
- B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand de 1900).
- Bull.* = *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles).*
- C. = Code.
- C.E.D.H. = Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg).
- Cep. = Cependant.
- C. Just. = Code Justinien (529).
- Codes français : C. Ass. = Code des assurances (1976).
- C.C. ou C. Nap. = Code civil ou Code Napoléon (1804).
- C. Com. = Code de commerce (1807).
- C. consom. = Code de la consommation (1993 ; cf. t. IV, n° 6).
- C.C.H. = Code de la construction et de l'habitation (1978).
- C. Fam. = Code de la famille et de l'aide sociale (1956).
- C.G.I. = Code général des impôts (1975).
- C.O.J. = Code de l'organisation judiciaire (1978).
- C.P. = Code pénal (1810), remplacé depuis 1994 par le N.C.P.
- C. Pr. C. = Nouveau Code de procédure civile (1975)*.
- C. Pr. Intell. = Code de la propriété intellectuelle (1992).
- C. Pr. P. = Code de procédure pénale (1958), réformé en 1992, reréformé en 1993, sans être remplacé.
- C. Ru. = Nouveau Code rural, mis en vigueur par livres successifs (1983-1996)**.
- C.S.P. = Code de la Santé publique (1953).

* Le nouveau C. Pr. C. n'étant pas encore complet, une partie de l'ancien (1806) demeure provisoirement en vigueur. Les références au C. Pr. C. sans autre précision visent le nouveau code ; les références à l'ancien sont signalées par la mention [ancien].

** Une partie du Code antérieur (1955) demeure active ; les références qui y sont faites sont signalées par la mention [ancien].

- C.S.S. = Code de la Sécurité sociale (1956).
 C. Tr. = Code du Travail (1973).
 C. Urb. = Code de l'Urbanisme (1973).
 C.C.It. = Code civil italien de 1942.
 C.C.S. = Code civil suisse de 1907.
 C.O. = Code des obligations (suisse, 1911).
 C.R.C.C. = Commission de révision du C.C. (V. *infra*, n° 81).
 cf. = conférer, comparer.
 d. = décret.
 d.-l. = décret-loi.
 D. = Dalloz (v. *infra*, n° 145).
 D.I.R. = Dalloz, Informations rapides.
 D. Som. = Dalloz, Sommaires de jurisprudence.
 Dig. = Digeste (533).
Droits = *Droits*, revue française de théorie juridique.
Dr. fam. = *Droit de la famille* (revue fondée en 1996).
Dr. pros. ou *R.R.J.* = *Droit prospectif*, revue de la recherche juridique (Aix-en-Provence).
et al. = *et alii*, et les autres auteurs d'un ouvrage collectif, qui nous pardonneront de ne pas les citer nommément.
G.P. = *Gazette du Palais* (V. *infra*, n° 145).
J.C.P. = *Juristoclassers périodiques* (*Semaine juridique*, V. *infra*, n° 145).
 l. = loi.
 n. = note (de jurisprudence).
 N.C.P. = (nouveau Code pénal, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994), qu'il est souvent utile d'opposer au C.P. de 1810.
 o., ord. = ordonnance.
 opp. = opposer.
P. fam. = *Personnes et famille* (revue fondée en 1998).
Pop. = *Population* (revue de l'I.N.E.D., Institut national d'Etudes démographiques).
 R. = *Revue*.
R.H.D. = *Revue historique de droit*.
R.I.D.C. = *Revue internationale de droit comparé*.
R.T. = *Revue trimestrielle de droit civil*.
 Rép. = Répertoire.
Rép. not. = *Répertoire du notariat Defrénois*.
 S. = *Sirey* (V. *infra*, n° 145).
 sol. impl. = solution implicite (d'un arrêt).
 Th. = Thèse de doctorat (en droit).
 U.E. = Union européenne.
 V. = Voir.

Les articles cités sans autre référence se rapportent, en principe, au C.C.

Pour la commodité des renvois, les développements ont été divisés en numéros, chiffrés **gras** entre crochets en début de ligne et en haut des pages.

A un moment où il était fort question de rénover les études juridiques, il nous a été demandé de faire l'essai d'une nouvelle méthode pour l'enseignement du droit civil. La nouveauté (prudente) de la tentative sera la plus apparente excuse de l'imperfection du résultat présenté.

L'idée principale de la méthode qui a été suivie ici tient dans la distinction de deux sortes de développements. Pour chaque matière, on trouvera d'abord un exposé systématique, mais assez rapide, du droit positif — un exposé dépouillé (s'il est possible) de vues personnelles, allégé de tout l'appareil des citations jurisprudentielles (cette sobriété peut n'être pas une discipline superflue pour le civiliste de notre époque). En petits caractères, on trouvera ensuite l'état des questions ; non pas des suppléments de connaissances pour affronter nous ne savons quel examen supérieur, mais une série (non uniforme) de portes, ouvertes sur des horizons parfois inhabituels, de la théorie et de la pratique, de la critique législative et de la sociologie, de l'histoire et du droit moderne ; nous voudrions qu'en nous lisant celui qui est curieux de droit, étudiant ou non, pût avoir la tentation de franchir ces seuils, de pénétrer plus avant dans ces questions et de s'évader de nous.

C'est dire que cet ouvrage n'est rien sans les autres. Déjà, il va de soi que l'exposé du droit positif ne peut être utilement lu que le Code à la main. Mais, pour suivre l'état des questions, nous supposons un lecteur

qui a à sa disposition, outre les recueils de jurisprudence, les grands traités classiques du droit civil.

Il nous faut terminer par une précision d'ordre personnel : même quand il arrive à ce livre de paraître refléter un parti pris (qui n'en a pas ?), que l'on veuille bien sous-entendre, au-delà de ce parti pris, une sympathie très profonde pour toutes les opinions qui divisent la doctrine, pour tous les sentiments qui font la France.

1955.

[1] Il est d'usage qu'une introduction à l'étude particulière du droit civil puisse valoir, de surcroît, comme introduction à l'étude générale du droit. C'est que le droit civil a dans sa vocation traditionnelle d'offrir des modèles aux autres disciplines juridiques. Non pas nécessairement qu'il ait le domaine d'application le plus considérable : s'il l'avait il y a un siècle, il ne l'a sans doute plus aujourd'hui, ayant beaucoup perdu au profit d'autres secteurs du droit (tels que droit administratif, droit du travail, etc.). Mais ce qui reste vrai, c'est qu'il présente le plus haut degré d'achèvement et, si l'on veut, de perfection :

- Fondamentalement, d'abord, parce qu'il répond le plus purement à l'image que l'on se fait de l'essence du droit, équilibre imposé d'en haut à deux individus, balance aux mains d'une déesse ;
- Techniquement, aussi, parce que, plus ancien, il a approfondi davantage ses concepts, si bien que les autres disciplines juridiques n'ont pu mieux faire que de les lui emprunter ensuite.

Quelque chose de cette double exemplarité du droit civil apparaîtra à travers les deux parties de la présente introduction, où il s'agira successivement : 1° de donner une *première idée*, une première teinture de la matière (du droit et du droit civil) ; 2° d'exposer, une fois pour toutes, certaines *théories générales*, qui fournissent les instruments, les notions-outils indispensables pour pénétrer plus tard dans les institutions concrètes (du droit civil et du droit).

B.G. — A toutes les époques, des ouvrages ont été écrits *spécialement* afin de guider les premiers pas des étudiants en droit. Ceux-ci abordent une discipline qui, à la différence des lettres ou des sciences, ne leur a pas été déjà enseignée dans les lycées. Assez naturellement, les auteurs dont il s'agit ont été amenés à se servir de la philo-

sophie, figurant au programme des classes terminales, comme d'un pont pour atteindre la philosophie du droit, puis la théorie générale du droit, enfin le droit lui-même. Cette démarche est très apparente dans quelques ouvrages déjà anciens portant le titre d'*Introduction à l'étude du droit* : Bonnecase, 3^e éd., 1939 ; Brêthe de La Gressaye et Laborde-Lacoste, 1947 ; Julliot de La Morandière, P. Esmein, H. Lévy-Bruhl, G. Scelle, *Le Bras et autres*, 2 vol., 1951-1953 ; Coulombel, 1969. Très différent est le type d'enseignement initiatique consistant à donner dès le départ une vue rapide et purement descriptive de toutes les institutions juridiques — ce que l'on a appelé tantôt (en Belgique) encyclopédie du droit, tantôt (en Italie, sur le modèle de Justinien) *institutes*. On évite ainsi l'inconvénient qui résulterait d'un approfondissement successif, lentement découpé, des différentes matières du droit (du droit civil) : telle matière que l'on rencontre dès la première année (ex. mariage) nécessite, pour être comprise, la connaissance de notions et de mots (ex. acte juridique) qui n'arriveront dans le *cursus studiorum* qu'un an après. En fait, les introductions modernes combinent les deux modes, et dans une initiation à dominante historico-philosophique font une certaine part à l'esprit des *Institutes* (ex. *infra*, n^{os} 163-170). — Le C.C. lui-même a une introduction, mais très technique, son *titre préliminaire : De la publication, des effets et de l'application des lois en général*. Chez les exégètes du siècle dernier (cf. *infra*, n^o 152), dont la pensée, par principe de méthode, collait au C.C., l'introduction se limitait à un commentaire des a. 1 à 6. Plus tard, l'horizon s'est élargi : ex. Planiol, réédité par Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, t. I, 1956 ; Colin et Capitant, réédité par Julliot de La Morandière, *Cours de droit civil*, I, n^{os} 4-51, 178-332. Aujourd'hui, les introductions sont souvent très amples : J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 7^e éd., 1998 ; Rémy Cabrillac, *Introduction générale au droit privé*, 1999 ; Monique Chemillier-Gendreau, *Introduction générale au droit*, 1990 (avec une orientation de droit public) ; G. Cornu, *Droit civil : Introduction, les personnes, les biens*, 8^e éd., 1997 ; G. de Geouffre de La Pradelle, *Essai d'introduction au droit français*, I : *Les normes*, 1990 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, 4^e éd., 1994 ; J.-P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français, notions fondamentales du droit*, 1994 ; J.-P. Hue, *Introduction* [qui se veut résolument] *élémentaire au droit*, 1997 ; Ph. Jestaz, *Le droit*, 1996 ; Chr. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, 1988 ; Ph. Malaurie, *Droit civil : Introduction générale*, 1995 ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit* (cadres juridiques des relations économiques), 6^e éd., 1992 ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., 1972 ; Mazeaud et F. Chabas, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., 1996 ; A. Piédelieuvre, *Introduction pour l'étude du droit*, 1981 ; F. Rigaux, *Introduction à la science du droit* (belge), 1974 ; J.-L. Souriaux, *Introduction au droit*, 2^e éd., 1990 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, 4^e éd., 1996 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., 1998. — Cf., pour faire contraste, une *Introduction* [espagnole] *à l'étude du droit*, d'Alvaro d'Ors (trad. Sériaux, 1991), où la doctrine catholique est très affirmée.

PREMIÈRE PARTIE

[2] *Première idée de la matière*

Il n'est pas question d'entrer dans le droit civil sans savoir — essayer de savoir — ce qu'est le droit dont le droit civil est une branche. Il est permis, cependant, de varier les méthodes pour s'approcher du tout et de la partie. Au *droit* en général, convient une vue très générale, dépouillée des circonstances de temps et de lieu. Au droit civil, une étude concrète : non pas le droit civil dans l'abstrait, mais *le droit civil (et les institutions judiciaires) de la France*.

TITRE I

[3]

Le droit

Le mot, très général, est susceptible d'acceptions diverses. On entend par là tantôt des *phénomènes* sociaux (c'est en pensant à eux que le grand juriste allemand Jhering a écrit : « Le droit doit être... tel qu'il est ») ; tantôt une *science*, un peu à part (celle que l'on apprend en « faisant son droit », ... « comme on fait ses dents de sagesse », ajoutait un romancier un peu grinçant) ; tantôt, enfin, par-delà les phénomènes et au-dessus de la science, un absolu, thème de *philosophie* (le droit pour lequel, dans les révolutions et les guerres, si facilement on meurt). Ces divers sens sont légitimes ; ils aident à révéler un contenu trop riche.

B.G. — Michel Villey, Une définition du droit, *Arch.*, 59, 47 ; L. François, *Le problème de la définition du droit*, Liège, 1978 ; Jestaz, Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, *R.T.*, 79, 480 ; *Droits*, 1989 (10), 1990 (11), Définir le droit.

Entre le butoir de la sociologie (« la forme la plus organisée du contrôle social ») et l'attraction de la morale (« la réalisation du bien et du juste ») il existe tout un éventail de définitions (ex. « un système de communication et d'échange » ; « un modèle de conduites construit par le pouvoir » ; « une procédure pour maintenir la paix entre les hommes » ; « l'antidote du péché »). Dites-vous déjà que le droit est un métier (= ministère, service), celui auquel vous avez été appelé peut-être, et que vous le définirez en l'accomplissant le plus exactement possible (est-il si facile de définir la médecine ou l'armée ?).

Ces phénomènes sont nombreux, hétérogènes. Pour un premier contact avec le droit, il suffira d'en présenter deux, la *règle de droit* et le *jugement*, qui conditionnent tous les autres. Sauf ensuite à replacer l'ensemble des phénomènes du droit dans leur *contexte social*.

1 / La règle de droit et le jugement comme phénomènes du droit

De même que le droit s'incarne pour le peuple dans le législateur et dans le juge (Moïse et Salomon, Solon et Minos), il se manifeste, aux yeux du juriste, dans deux phénomènes : la *règle de droit* et le *jugement*. Ce sont deux phénomènes primaires, irréductibles l'un à l'autre.

1 | LA RÈGLE DE DROIT

C'est une règle de conduite humaine, à l'observation de laquelle la société peut nous contraindre par une pression extérieure plus ou moins intense. Ainsi, quand l'a. 205 C.C. dispose que les enfants doivent des aliments à leurs père et mère qui sont dans le besoin, c'est une règle de droit qu'il formule. Quand l'a. 221-3 N.C.P. déclare « tout coupable d'assassinat est puni de la réclusion criminelle à perpétuité »,

il adresse directement au juge un commandement : doivent être punis de cette peine les individus qui seront reconnus coupables d'assassinat. Et, par-delà le juge, c'est à tous les hommes qu'il adresse virtuellement un commandement : celui de ne pas commettre d'assassinat. L'a. 221-3 N.C.P. formule, lui aussi, une règle de droit.

Dans toute société comme dans tout groupe, il faut un chef (peu importe comment il aura été désigné) qui donne des ordres pour que la vie en commun se déroule dans l'ordre. En établissant une règle, il se dispense d'avoir à réitérer ses ordres à chaque individu chaque fois que le besoin s'en fera sentir. C'est pour lui une économie de forces. Ainsi la règle de droit a été inventée, dans des temps très anciens, comme un précieux réservoir, accumulateur de commandements individuels.

Les règles de droit (*normes de droit*, en un langage plus élevé ou plus recherché) ne vivent pas dispersées : elles se groupent en *institutions juridiques*. L'institution juridique se définit comme un composé de règles de droit qui embrasse une série de relations sociales tendant aux mêmes fins. Si vous ajoutez à l'a. 205 les a. 206 à 211, vous avez toute une série de règles de droit dérivées de cette idée fondamentale qu'il faut, entre proches parents, se secourir en cas de besoin. C'est l'institution juridique de l'obligation alimentaire. De même, toute une série de règles de droit relatives au fait de l'union des sexes constitueront l'institution juridique du mariage. Il y a dans l'institution juridique quelque chose d'organique et de vivant ; les institutions juridiques sont de véritables corps juridiques. Toute une école a insisté sur cet aspect de l'institution. Les institutions juridiques s'ordonnent d'ailleurs entre elles, se groupent, se hiérarchisent. Ainsi l'institution de l'obligation alimentaire et l'institution du mariage se rassemblent pour former, avec d'autres, une institution juridique plus vaste qui est l'institution de la famille.

Toutes ces règles de droit (l'expression au pluriel est dans les a. 12 et 1474 C. Pr. C.), toutes ces institutions juridiques coordonnées entre elles suivant un enchaînement logique, rationnel, forment un vaste ensemble qui est l'*ordre juridique* ou, comme on disait au début du siècle, l'*ordonnancement juridique* — le *système juridique*, préfère-t-on dire maintenant.

Les règles de droit n'apparaissent pas sans cause ; un certain nombre de données profondes (*sources réelles des règles de droit*) expliquent leur genèse. Si nous envisageons la règle de droit inscrite à l'a. 205, nous trouvons à sa base d'abord une donnée sentimentale, un sentiment de pitié filiale qui ne se raisonne pas ; puis une donnée

rationnelle, une considération d'équilibre, d'équivalence, de réciprocité (justice commutative : ce que les fils parvenus à l'âge d'homme doivent à leurs père et mère n'est que la rétribution de ce qu'ils en ont reçu étant enfants), une donnée utilitaire encore, il ne faut pas que la collectivité, que l'assistance publique, ait à sa charge tous les vieillards abandonnés par leurs enfants ; enfin, et ce n'est pas la moins forte, une donnée historique, il faut qu'il continue à en être ainsi, parce que toujours, dans le passé, il en a été ainsi.

Les préceptes de conduite extérieure proposés à l'homme doivent, pour s'imposer à lui sous la pression de la contrainte sociale, c'est-à-dire pour prendre le caractère contraignant qui est propre à la règle de droit, emprunter certaines formes (ce qu'on appelle les *sources formelles des règles de droit*). On peut en distinguer deux : la loi et la coutume.

[5] ▶ La loi

Nous prenons le terme dans son sens générique, car il est aussi susceptible d'un sens spécialisé, plus technique, propre aux régimes constitutionnels qui, tel le nôtre, connaissent un Parlement (où la loi est la règle émanant du Parlement, par opposition au règlement, au décret, qui émane du chef de l'Etat, ou du chef du Gouvernement). Ici, nous ne faisons pas cette distinction, et nous entendons par loi *toute règle de droit voulue par l'Etat sous la sanction de la contrainte*. Il convient d'analyser cette définition.

1° *La loi est une règle*. — Il y a des commandements étatiques qui n'ont pas le caractère de règle. Ainsi, la nomination ou la révocation d'un fonctionnaire est un acte juridique, un acte de volonté étatique, qui produit des conséquences de droit, mais ce n'est pas une règle ; c'est un acte individuel. Un acte individuel ne peut pas être une règle de droit, même s'il revêt la forme extérieure d'une loi (ce qui arrive parfois, par ex., si l'Assemblée nationale vote une loi pour décerner des obsèques nationales à un serviteur de la nation).

Une règle, c'est une disposition abstraite, c'est-à-dire *générale* dans l'espace, *permanente* dans le temps, qui suppose une répétition de cas, une virtualité d'application à un nombre indéfini d'hypothèses futures.

Parce qu'elle est abstraite, la loi est impersonnelle. Et cette impersonnalité de la loi est une garantie contre l'arbitraire : les sujets n'ont pas à craindre que la loi soit faite en faveur ou au préjudice d'un individu. D'où, plus de sécurité, plus d'égalité, et l'égalité désarme l'envie,

chacun accepte facilement de se soumettre à une loi, si dure qu'elle soit, dès qu'il sait que c'est la loi commune.

2° *La loi vient de la volonté de l'Etat.* — C'est une manifestation de volonté, d'une volonté consciente, réfléchie. En quoi la loi se différencie de la coutume qui est instinct et non pas volonté.

Mais volonté de qui, au juste ? Dans les monarchies absolues, c'est la volonté d'un homme. Aujourd'hui encore, du reste, le décret, qui est, *lato sensu*, une loi, se présente comme une manifestation de la volonté du chef de l'Etat ou du chef du Gouvernement. En régime parlementaire, c'est une assemblée qui vote la loi et cette circonstance pose de délicats problèmes. La loi apparaît comme l'émanation d'une volonté collective. Mais peut-il y avoir une volonté collective, distincte des volontés individuelles ? Est-ce la volonté de la majorité ou, par une sorte de fiction, la volonté de l'ensemble, qui doit être considérée comme créatrice de la règle de droit ? Est-ce la volonté des représentants ou du représenté, c'est-à-dire du peuple (ce qui pose, rebondissement possible, la question de la minorité) ? Allant jusqu'au bout de la fiction, l'a. 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 proclame : « La loi est l'expression de la volonté générale. »

Si la loi est une manifestation de volonté, il doit en résulter une conséquence quant à son interprétation. Cette interprétation ne doit-elle pas être psychologique ? Ne faut-il pas rechercher ce que le législateur a voulu dans sa pensée intime et profonde ? C'est ainsi que l'on interprète, dans les contrats privés, la volonté des parties, quand elle est obscure (cf. a. 1156). L'interprétation de la loi par l'intention du législateur a été courante au XIX^e s., notamment en droit civil : toute une école de juristes, que l'on a surnommée l'école de l'Exégèse, eut pour méthode le recours à l'*intention du législateur*. Pour la découvrir, il fallait interroger les *travaux préparatoires* de la loi, l'exposé des motifs qui l'avait précédée, les rapports qui avaient été présentés pour en recommander le vote dans les Assemblées parlementaires. Les documents de cette sorte peuvent éclairer ce que le législateur a voulu dire et qu'il a, par hypothèse, imparfaitement dit puisque la loi a besoin d'être interprétée. Le procédé n'en est pas moins aujourd'hui en décadence. Au fur et à mesure que l'élaboration de la loi recule dans le passé, la figure du législateur devient moins formidable (c'est comme le testament d'un mort un peu oublié). Ce que le législateur a voulu il y a deux siècles, le voudrait-il encore, les circonstances ayant changé ? A l'heure actuelle, nos tribunaux, nos juristes interpréteront plus facilement par l'intention du législateur une loi récente que le C.C. de 1804. Au reste, pour respecter l'intention du législateur, il faudrait

pouvoir y croire, mais dans la genèse parlementaire, ce qu'on appelle ainsi est quelque chose de si inconsistant : des débats confus, des opinions contradictoires, des réflexions parfois saugrenues lancées à contretemps. Où saisir, à travers cela, une volonté éclairée, sûre d'elle-même, tendue vers un but ?

3° *La loi a force contraignante.* — La loi est assortie d'une sorte de formule exécutoire, qui est une invocation implicite à la force. « La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat », telle est la clause qui termine les textes. La loi peut être ramenée à exécution de diverses manières : par la *contrainte directe* (il est interdit de monter dans une rame de métro sans être muni d'un billet : le voyageur sans billet sera mécaniquement empêché de passer sur le quai) ; par la menace d'une *peine* prévue contre celui qui l'enfreindra ; par l'*annulation* de l'acte juridique fait en violation de ses prescriptions (ex. le mariage n'est permis à l'homme qu'à 18 ans, un mariage contracté au-dessous de cet âge serait atteint de nullité : la nullité est une *sanction* au même titre que la peine, une sanction civile au lieu d'une sanction pénale). Mais il est une manière indirecte de ramener la loi à exécution qui est plus proprement celle du droit civil : si un fils ne s'acquitte pas de la dette alimentaire qu'il a envers son père, celui-ci le fera *condamner* par les juges à payer ; s'il n'exécute pas volontairement cette condamnation, le père, créancier, fera *saisir* les biens de son débiteur de fils, c'est-à-dire les fera mettre par huissier sous la main de la justice, puis les fera vendre aux enchères publiques, afin de se payer finalement sur l'argent provenant de la vente. Tous ces procédés sont des procédés de contrainte, de violence. La loi nous apparaît comme un mécanisme d'Etat, et l'Etat a le monopole de la violence.

Il ne faut pas, cependant, rester sur cette impression sans nuance. Si la possibilité de la violence est sous-jacente à la loi, il s'en faut de beaucoup que toute loi ait constamment besoin de la violence pour se soutenir. Il n'est pas vrai que le bourreau soit, comme l'imaginait Joseph de Maistre, l'ombre fatale qui doit accompagner partout le législateur. Ce n'est que par épisode que la loi prend ce caractère tragique. Dans l'infinité majoritaire des cas, elle s'applique sans nécessiter l'appel à la force. Si, par définition, elle s'impose du dehors à l'individu il ne faut pas se la représenter, pour autant, comme une volonté qui ferait irruption avec quelque chose d'hostile et de répressif. Ce serait méconnaître la résonance qu'elle rencontre dans son sujet lui-même.

L'individu le plus souvent est prêt à accueillir la loi, à se conformer volontairement à elle, parce qu'il en voit l'utilité (ou du moins il ne

voit pas l'utilité de la remettre en question). Si, dans la circulation routière, tout le monde roule à droite et non à gauche, c'est plutôt volontairement que par contrainte. L'homme est un animal raisonnable, et la raison, bien mieux que la crainte, lui dicte ce qu'il a à faire. Nous éprouvons dans la vie sociale le sentiment d'un rythme qui nous semble plus spontané que contraint (*nomos*, en grec, c'est le rythme aussi bien que la loi).

Et puis, la loi peut compter sur l'appui du sentiment, de forces affectives plus ou moins troubles. La psychanalyse a projeté des lumières crues sur ce mécanisme psychologique de la loi, surtout de la loi pénale. La loi est appelée par l'homme, c'est un support extérieur qu'il réclame, qu'il donne à ses instincts sociaux contre un retour offensif de ses tendances antisociales (la règle, un désir qui se rend impossible ?). Et n'y a-t-il pas une volupté d'obéir, aussi bien que de commander ? Dans une sphère plus noble, nous connaissons le respect religieux de l'Antiquité pour les lois de la patrie (Socrate a préféré mourir plutôt que de les enfreindre, pourtant elles étaient injustes), ainsi que ce Psaume 119, sur la joie de la loi, que Renan, trop libéral pour le goûter pleinement, déclarait prodigieux : « Combien j'aime ta loi, je fais mes délices de tes préceptes... »

Il est vrai que les lois révérees des temps anciens n'avaient pas grand-chose de commun avec la plupart de nos lois modernes, telles qu'on les relève à la file dans un numéro du *Journal officiel* : lois de pure réglementation bureaucratique, arbitraires et sans profondeur. Dans les lois de jadis, au contraire, s'exprimait la vie d'un peuple : c'étaient des lois portées par la *coutume*.

[6] ► *La coutume*

La coutume (usage, tradition) est une règle de droit qui s'est établie, non par la volonté du chef, du prince, de l'Etat, émise en un trait de temps, mais par une pratique répétée des sujets eux-mêmes. C'est du droit qui s'est constitué par l'*habitude*.

On oppose souvent la coutume à la loi comme du droit non écrit à du droit écrit. Quoique cette différence matérielle soit frappante, elle n'est pas essentielle : les coutumes peuvent être rédigées sans perdre leur nature : c'est ainsi que nos coutumes françaises furent rédigées aux XV^e et XVI^e s., mais, rédigées, elles n'en restaient pas moins coutumes (car elles pouvaient disparaître par désuétude et se compléter de nouvelles coutumes, ce qui eût été impossible si elles étaient devenues lois).

Il est plus significatif d'opposer la coutume à la loi comme du droit inconscient, instinctif, à un droit conscient, volontaire. La coutume ne vient pas de la volonté de l'Etat ; vient-elle même de l'Etat ? Mérite-t-elle le nom de mécanisme d'Etat que nous avons donné à la loi ? La réponse semble devoir être négative si l'on identifie l'Etat avec les gouvernants, par opposition à la masse des gouvernés, car la coutume paraît venir, non d'en haut, mais d'en bas ; non des gouvernants, mais de la masse. Seulement, dans un Etat populaire, dans une démocratie, il n'est pas de séparation entre gouvernants et gouvernés, du moins en théorie, et l'on peut dire que la coutume vient de l'Etat-nation en ce sens qu'elle ne vient pas de l'individu : elle vient de la nation, comme la loi. Au surplus, c'est toujours un mécanisme d'Etat, car elle crée des droits qui sont sanctionnés par l'action en justice. L'Etat lui prête, par l'intermédiaire de ses juges, l'appui de la force. La violation de la coutume sera sanctionnée par la contrainte comme la violation de la loi.

1° *La notion de coutume*. — Une analyse classique y distingue deux éléments : un élément *matériel* (objectif) et un élément *psychologique* (subjectif).

L'élément matériel, c'est la pratique effective d'une certaine conduite en un cas donné. Mais cette pratique doit présenter quelque épaisseur dans l'espace et dans le temps, des caractères de généralité (la coutume, c'est ce que les autres font) et de constance (la coutume, c'est ce qui s'est toujours fait). Ce dernier caractère est celui qui frappe le plus l'esprit. La coutume n'est pas un acte isolé, c'est une répétition. Sans doute le nombre de cas importe peu, mais *une fois n'est pas coutume*. Il faut, d'autre part, que cette répétition s'étale dans la durée. Il n'est certes pas besoin que la coutume soit immémoriale, que son origine se perde dans la nuit des temps (la force de la coutume ne lui vient pas de ce que les hommes qui y sont soumis ignorent son origine). Tout de même, une pratique récente ne pourrait prétendre au titre de coutume (sans que l'on puisse, pour autant, fixer un minimum probatoire, comme l'avait fait parfois l'Ancien Droit, à quarante années).

L'élément psychologique de la coutume, c'est la persuasion, chez les intéressés, qu'ils sont obligés, et obligés *par le droit*, d'agir comme ils le font (*opinio necessitatis* ou *opinio juris*), comme le font les autres (*communio juris*). La coutume est un phénomène d'opinion publique (mais d'opinion statique et lente, en contraste avec la mode, phénomène d'opinion publique elle aussi, mais dynamique et changeante). Ce qui a fait penser, quelquefois, que la coutume était propre aux sociétés agraires, où les mentalités bougent plus lente-

ment. Mais cela n'est pas entièrement exact ; comme l'attestent, plus mobiles que d'autres, les coutumes (usages) du commerce et les coutumes ouvrières.

2° *Harmonie et discordance entre la coutume et la loi.* — La coutume peut être latente sous la loi. Celle-ci se contente bien souvent de mettre en forme une coutume préexistante, qui continuera à vivre sous elle. La présence d'une coutume créée peu à peu par le peuple, sous la loi qui est sortie tout armée des cerveaux parlementaires ou gouvernementaux, est pour celle-ci un élément de vie, et une chance de survie. Or, la coïncidence est fréquente (surtout pour le droit civil classique). Lorsque l'a. 205 C.C. commande aux enfants de fournir des aliments à leurs père et mère dans le besoin, il rejoint une coutume inscrite au plus profond de la conscience populaire. Lorsque l'a. 1393 établit une communauté de biens entre les époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage, il est en accord avec une coutume française. Lorsque l'a. 745 appelle les enfants en première ligne à la succession de leur père, il ne fait que mettre en loi une règle que la masse des Français estime nécessaire, et qu'ils continueraient à suivre si le C.C. venait à disparaître sans être remplacé par aucune loi.

Néanmoins, la coutume peut être en contradiction avec la loi, et ce conflit pose un problème diversement résolu selon les systèmes juridiques et que nous retrouverons plus spécialement en droit civil. Tantôt une loi est édictée pour faire cesser la coutume, tantôt la coutume surgit contre la loi, ou plutôt la pratique se retire de la loi, et c'est la *désuétude* (coutume négative, pourrait-on dire). L'issue de ce conflit entre l'appareil étatique, de qui la loi procède, et la masse populaire, d'où est issue la coutume, est douteuse, mais on ne peut se tenir de croire qu'une loi qui est répudiée par la masse des intéressés n'est que fantôme.

[7] 2 | LE JUGEMENT

C'est l'acte de volonté par lequel un personnage, le juge, investi de cette fonction par l'Etat, *dit le droit* pour un *cas particulier*. Non plus une règle de droit susceptible d'être appliquée à un nombre indéfini de cas, mais une solution qui vaut pour un cas unique ; non plus une disposition impersonnelle et abstraite, mais une décision prise sur des êtres concrets ; non plus une direction imposée à la conduite future de tous les individus, mais un jugement de valeur porté sur la conduite

passée d'un homme, ou de deux hommes. Un jugement de valeur, c'est bien ce qui donne son nom au jugement.

Les jugements sont des pièces constitutives de l'ordre juridique, à l'égal des règles de droit. Assez souvent, on n'entend cela que des jugements qui se présentent comme l'application d'une règle de droit — règle de droit préexistante, ou même règle de droit élaborée par le juge pour les besoins de la cause. Il paraît alors tout naturel de les intégrer dans l'ordre juridique, conçu comme l'ensemble des règles de droit. Mais, à côté de ces *jugements selon les règles de droit*, il existe, pratiquement innombrables, des jugements qui ne se fondent nullement sur une règle, ni ne prétendent aucunement s'ériger en règles, des *jugements selon l'équité* : il serait très peu réaliste de ne pas les traiter comme des phénomènes juridiques.

[8] ► *Les jugements selon les règles de droit*

a) Ce que l'on appelle plus spécialement la juridiction, c'est la fonction étatique qui consiste à découvrir (généralement à la suite d'une contestation, d'un litige, d'un procès) quelle est, parmi les règles de droit préexistantes, celle dont les dispositions abstraites recouvrent les circonstances concrètes du cas (de *l'espèce*), de déclarer ainsi la règle de droit applicable, et d'en faire application. C'est cela qui est proprement dire le droit (*juris dictio*).

L'activité juridictionnelle est couramment décrite comme un *syllogisme*. La majeure est la règle de droit ; la mineure est donnée par les faits que le juge a constatés dans l'espèce ; la conclusion sera la décision du juge, logiquement inévitable. Sans doute, dès que l'affaire sera un peu complexe, un syllogisme n'y suffira plus, il en faudra une chaîne. Mais l'élément est toujours le syllogisme.

Pour rendre plus frappante la division syllogistique de l'acte juridictionnel, empruntons un exemple à la procédure des cours d'assises telle qu'elle fonctionnait à l'état pur (au début de ce siècle encore, avant qu'elle n'ait été altérée par des réformes qui vont probablement se poursuivre). A cette époque, la règle de droit était dans l'a. 302 du C.P. de 1810 : tout coupable d'assassinat sera puni de mort. Le jury, interrogé, répondait uniquement sur le fait, en déclarant l'accusé X coupable (ou non) d'avoir assassiné N, et c'était à la cour, composée de magistrats professionnels, de tirer la conclusion du syllogisme en condamnant X à la peine prévue par la loi (ou en l'acquittant).

Sous ce premier aspect de jugement logique, l'acte juridictionnel peut donc être défini comme un acte qui tend à accomplir la règle de droit dans un cas particulier. Il n'est que cela : l'application de la règle de droit préexistante, soit la règle légale, que le juge n'a qu'à lire, soit la règle coutumière, qu'il n'a qu'à constater. Tout au plus, si la règle est obscure, pourra-t-il y avoir lieu de l'interpréter. Mais l'interprétation ne fait que redécouvrir la règle dans ce qu'elle avait de latent.

Dans cette conception, le juge apparaît comme un esclave enchaîné par la logique à la règle de droit et surtout à la loi. Ce fut la conception du législateur révolutionnaire : le souvenir des Parlements de l'Ancien Régime (et de leurs empiétements politiques) lui inspirait une invincible défiance à l'égard d'un pouvoir judiciaire qui aurait eu dans ses attributions d'ajouter à la loi.

b) Les auteurs du C. Nap., au contraire, avaient bien compris que le juge ne pourrait être réduit à une fonction machinale ; et c'est une vérité communément reçue à l'heure actuelle, que, même dans l'application des règles de droit, qui est sa mission première selon l'a. 12 C. Pr. C., il dispose d'une assez large liberté, et en plus d'une façon :

1° Retournons au syllogisme : la mineure, en toute hypothèse, ne peut se passer du juge. Il doit constater les faits, donc en apprécier la preuve ; au besoin les interpréter, car ils peuvent être chargés de plusieurs sens. Soit une affaire d'héritage : la succession est dévolue d'abord aux descendants, c'est la règle de droit (a. 745) ; X, Y, Z sont les enfants du défunt, c'est la donnée de fait (cf. a. 6 C. Pr. C.). Si ces enfants produisent des actes de l'état civil, le juge, n'aura qu'une vérification assez mécanique à opérer. Mais supposons que l'un d'eux prétende prouver sa filiation par la possession d'état (a. 320, 334-8). La possession d'état est un agrégat de faits (a. 311-1) : ces faits devront être prouvés, et ils peuvent avoir besoin d'une interprétation.

2° Encore le C.C. (a. 311-2) a-t-il décrit, sinon défini, la possession d'état. Mais il arrive que la règle de droit se réfère à une notion sans la définir ni même la décrire, la signification en étant seulement évoquée par le mot dont on s'est servi : ex. ordre public (a. 6), fraude (a. 1167). Ce sont, dit-on, des *notions à contenu variable*, et il appartient aux juges d'en déterminer le contenu. Leur liberté peut, cependant, être restreinte par l'organisation judiciaire dans laquelle ils sont insérés. Car, parmi ces notions, il en est dont la Cour de cassation a donné une analyse qu'elle regarde comme faisant corps avec la règle de droit, si bien que cette analyse finira par s'imposer à toutes les juridictions. Il en est d'autres, à l'opposé, qu'elle préfère ne pas préciser, laissant aux

juges du fond, juges du fait, le pouvoir d'y faire entrer ou non telle ou telle situation concrète. Ainsi, elle contrôle l'application par les juges du fond, de la notion de faute dans l'a. 1382 : c'est devenu une question de droit — tandis qu'elle abandonne à leur appréciation souveraine la violation des devoirs et obligations du mariage, cause de divorce dans l'a. 242, c'est une question de fait (on pourrait y voir, il est vrai, une espèce de faute, la faute conjugale, mais on conviendra qu'elle exige des investigations psychologiques plus subtiles, ce qui justifie la compétence, pour en connaître, des juridictions les plus proches des justiciables).

3° Les doctrines modernes font ressortir avec plus d'éclat encore l'importance des jugements dans la formation du droit. Elles admettent que le juge soit créateur, non pas simplement interprète ; et que, s'il ne rencontre pas, dans le système juridique préexistant une règle de droit adéquate au cas de l'espèce, il puisse s'en forger une à l'aide de sa raison (ce que l'on a appelé la libre recherche scientifique). Ex. célèbre : entre 1920 et 1930, la multiplication des accidents de la circulation avait démontré l'urgence d'une solution qui permettrait à la victime d'obtenir réparation sans avoir à prouver la faute de l'automobiliste. Les tribunaux, suivis et guidés à la fois par la Cour de cassation, inventèrent une solution : la responsabilité du fait de la chose que l'on a sous sa garde. Sans doute la raccrochèrent-ils à l'a. 1384, al. 1. Mais tel n'avait point été à l'origine le sens de ce fragment d'article. Et il y avait bien eu là une invention.

Le juge agit alors *comme s'il avait à faire acte de législateur*. C'est bien une règle de droit qu'il élabore, encore qu'il ne la formule qu'en vue d'un cas particulier auquel il l'applique immédiatement. C'est une *règle*, car il lui attribue toujours en son for intérieur valeur de maxime universelle (lors même que, constitutionnellement, elle ne puisse valoir au-delà du cas présent). Ce qui explique qu'ultérieurement, saisi d'une espèce semblable, il aura tendance à la résoudre par les mêmes critères — tendance naturelle qui a techniquement nom *jurisprudence* (cf. *infra*, n^{os} 142 s.). Que les jugements, dans la mesure où ils impliquent des règles construites par les juges, doivent être regardés comme faisant partie de l'ensemble du droit, le point n'est plus guère contesté : on professe couramment aujourd'hui qu'à côté du droit légal, il existe un droit jurisprudentiel, un droit *prétorien* (comme on l'appelle volontiers, par allusion au *préteur*, au juge romain, qui, sous la République, avait beaucoup contribué, en effet, à la formation du droit). Mais il nous faut aller plus loin encore, même si, pour cela, nous avons l'air de revenir en arrière.

[9] ► *Les jugements selon l'équité*

Le terme d'*équité* est assez vague. Il évoque constamment une opposition à la rigidité du droit, au *droit strict*. Mais, tantôt on désigne encore par équité un corps de règles, les règles d'une justice idéale, supérieure aux droits des nations, une sorte de droit naturel (avec cette nuance qu'avant tout un équilibre y est recherché, une égalité, *aequitas*, dans la pesée des prétentions), ce qui annonce déjà les discussions de la philosophie juridique — tantôt, et c'est le sens où nous employons le mot ici, on envisage plus précisément dans l'équité un droit affranchi de règles, un droit qui cherche une solution particulière pour chaque espèce, mieux une solution individuelle pour chaque être humain.

La règle de droit, faite dans l'abstrait, peut se trouver, dans le concret, injuste. Elle dit, par ex. (a. 1382), que l'auteur d'une faute, même légère, doit réparer entièrement le préjudice qu'il a causé à autrui. Mais s'il est pauvre et sa victime riche, faut-il l'accabler sous le poids d'une condamnation pécuniaire énorme ? L'équité sera d'écarter partiellement la règle de droit, d'en modérer l'application par la considération des circonstances individuelles du cas. La règle de droit elle-même aurait pu d'avance se vouloir souple et déléguer expressément au juge ce pouvoir d'accommodement. Mais, même si elle ne le lui a pas accordé, on peut prédire qu'il se l'arrogera. Car le juge est un homme, non pas une machine à syllogismes : autant qu'avec sa connaissance des règles et sa logique, il juge avec son intuition et sa sensibilité.

Le jugement d'équité nous apparaît ainsi comme le jugement à l'état pur, un jugement qui, lui-même, ne croit pas pouvoir devenir règle (« sans tirer à conséquence », disaient les Parlements de l'Ancien Régime quand ils jugeaient en équité). Ce jugement n'en crée pas moins du droit, non pas une règle générale, mais une solution individuelle. Solution d'un litige, apaisement d'un conflit : faire régner la paix entre les hommes est la fin suprême du droit, et les pacifications, les accommodements, les transactions sont du droit, bien plus certainement que tant de normes ambitieuses.

Sans doute est-il relativement rare, dans un système juridique fondé, comme le système français, sur la prédominance de la *loi*, que les juges puissent ouvertement juger en équité : ils encourraient, à le faire, la cassation de leurs jugements (la Cour de cassation a mission de faire respecter la légalité par les tribunaux inférieurs). C'est ce

qu'affirme l'a. 12 C. Pr. C. : le juge tranche le litige conformément aux *règles de droit*, entendons les règles du droit positif, c'est-à-dire la loi ou, en quelques cas, la coutume. Ils n'ont le pouvoir de juger en équité que là où la loi le leur a expressément concédé (ex. a. 1579, 278, al. 2, 280-1, al. 2, et, sans que le mot y soit, a. 641, al. 6, 645, 1244, al. 2), ou bien lorsque les parties leur ont conféré mission (ce qui ne se voit pas souvent) de statuer comme amiables compositeurs (a. 12 C. Pr. C., *in fine*), l'amiable compositeur étant un arbitre affranchi des règles de droit (cf. a. 1474 C. Pr. C.).

Cependant, le domaine effectif de l'équité déborde largement ces hypothèses d'équité autorisée. Il arrive que, du point de vue de la logique, un verdict d'assises étonne ou fasse scandale, parce qu'un meurtrier avéré est déclaré n'être pas coupable d'un meurtre pourtant évident : c'est que le jury a préféré nier l'évidence, plutôt que d'être cause d'une condamnation conforme à la loi, mais contraire à ce qui lui semblait l'équité. Or, il ne faut pas croire que cette manière de juger soit étrangère aux juges professionnels. Seulement, ils savent la revêtir d'une forme juridique : entre deux interprétations de la loi, entre deux théories construites pour compléter la loi, ils inclineront bien souvent à choisir non pas celle qui est, *en général*, la plus exacte, mais celle qui est, *dans le cas particulier*, la plus équitable. Bien souvent, à l'inverse du syllogisme classique, où ils devraient descendre de la règle de droit à la décision concrète, ils commencent par poser la décision concrète qui leur paraît humainement désirable, et s'efforcent de remonter ensuite jusqu'à une règle de droit. C'est le *syllogisme régressif*. Les choses ont toujours dû se passer ainsi, depuis des millénaires qu'il y a des juges, et qui pensent. A voiler ce processus psychologique, on s'exposerait, dès le départ, à prêter au droit une rigidité qui n'est pas dans les faits.

[10] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Dès 1908, le petit livre d'un avocat, Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois* avait mis en relief l'idée que les lois rencontrent souvent dans les faits des limites à leur application. Il se produit des phénomènes d'*ineffectivité* (d'inapplication totale ou partielle) du droit et des phénomènes d'*incidence* (la loi a finalement un effet différent de celui que le législateur avait voulu). Ce sont des phénomènes qu'étudie la sociologie juridique. Cf. *Flexible droit*, 1998, 140, 153.

Importance respective à attribuer à la règle de droit et au jugement. — La Révolution avait considéré la loi comme la meilleure garantie pour la liberté et l'égalité. Sous l'influence de ces idées, au XIX^e s., la loi sera tout le droit et le juge ne pourra être

qu'un interprète. En 1899, un ouvrage célèbre de Gény (1861-1959), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* (*infra*, n° 152, 155) marqua de façon décisive les limites de la loi et de son interprétation. De nos jours, il n'est plus contesté que le droit déborde de beaucoup les règles légales, et il est devenu classique d'y faire entrer la coutume et surtout la jurisprudence. Mais ce sont toujours des règles. Il y a là une dernière influence du légalisme révolutionnaire : la règle de droit continue à être le centre de l'univers juridique, même chez des auteurs qui prétendent d'ailleurs tenir compte de toutes les réalités sociales (ex. Duguit, 1859-1928, un des maîtres du droit constitutionnel) : c'est qu'il ne leur semble pas que le droit puisse être autre chose que règles. En réaction contre cette tendance s'était dressée au début du siècle l'école du *droit libre* : elle voulait libérer le juge non seulement de la loi, mais de la jurisprudence ; elle légitimait le jugement intuitif. Développée en Allemagne et aux Etats-Unis (Roscoe Pound), cette école avait eu moins d'audience chez nous ; Ed. Lambert, G. Morin, et surtout G. Gurvitch en avaient, cependant, subi l'influence. Les théories de la *régulation* (*infra*, n° 11, 16, 17), où l'on voit couramment un produit de la postmodernité, pourraient représenter une voie moyenne entre le droit libre, virant un peu à l'anarchie, et la conception classique, dogmatique, de la règle de droit.

[11]

I. — LA RÈGLE DE DROIT

a) *Notions de la règle de droit et de la loi.* — Nombreuses analyses, depuis Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, I, § 1 s.) : ex. Perelman *et al.*, *La règle de droit*, 1971. Cf. Sur le prétendu caractère primitif de la règle de droit, *Mélanges Roubier*, 1961, I, 109 s. Plus spécialement, sur la loi, Magdelain, *La loi* (lex) à Rome, *histoire d'un concept*, 1978 ; La loi, *Arch.*, 1980 ; Timsit, *Les noms de la loi*, 1991 ; ouvrage collectif, *De la logique des lois* (loi juridique et loi scientifique, y a-t-il un rapport ?), Genève, 1996 ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, 1996.

Jhering avait présenté avec un grand relief l'institution conçue comme un complexe de règles de droit. Mais de ce qui n'était qu'une description, Maurice Hauriou, célèbre professeur de droit public, fit une théorie d'où l'institution sortait presque personnifiée (d'un de ses disciples, Georges Renard, *Théorie de l'institution*, 1930). A l'arrière-plan, l'intention était de constituer un môle de résistance à l'individualisme du contrat. Le mariage, l'entreprise furent ainsi analysés en institutions. On retrouve une descendance lointaine de l'institution : 1° dans la théorie sociologique des organisations (si organisation = organisme ; cf. t. I, n° 217) ; 2° chez les auteurs qui — métaphore ou hypothèse — obtiennent un effet littéraire ou philosophique en prêtant à telle ou telle institution le dynamisme indépendant (et effrayant) d'un robot (ex. chez Kafka, le *procès* échappe à ses acteurs, magistrats, avocats, justiciable).

Un autre courant doctrinal se dessine à l'heure actuelle. On préfère dire que le droit, plutôt qu'il ne règle les conduites, les *régule* (cf. *infra*, n° 16, 17). Le mot paraît plus faible, moins contraignant, comme un chant qui rythme la marche sans l'imposer. La sanction n'est plus regardée comme essentielle (cf. Jestaz, D. 86, chr. 197). La règle de droit devient simple modèle (v. Jeammaud, D. 90, chr. 199). Le décideur s'entoure d'avis (cf. Revet *et al.*, *L'inflation des avis*, 1998 ; cf. n° 19, 111, 143). De fait, les manifestations de ce genre mou se sont multipliées dans un droit qui n'est peut-être plus

aussi positif. Au lieu de taxer le pain, l'Etat suggérera aux boulangers des « engagements de modération » ; au lieu d'interdire l'exportation des capitaux, il demandera à en être informé et à en prendre note. En procédure, le jugement qui tranche pourrait s'effacer devant la médiation qui rapproche (cf. *infra*, n° 89). En technique contractuelle, le déclic des volontés serait remplacé par la négociation (la palabre ?). La morale même se ressent du mouvement : à l'impératif catégorique la mode substitue couramment l'éthique de la discussion proposée par Jürgen Habermas (*Morale et communication*, 1986). Quoique les images soient différentes, la tendance est analogue chez ceux qui cherchent dans le droit des phénomènes de jeu (cf. les n° 17-18 de la *R. Droit et société*, 1991, et plus systématiques, Van de Kerchove/Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, 1992). Que conclure (après avoir fermé les yeux sur la part de l'hypocrisie chez les gouvernants qui se font grands adoucisseurs du droit) ? Il n'est pas étonnant que la doctrine française ait fini par s'apercevoir que le droit était plus flexible que la codification ne l'avait laissé supposer. Cela dit, la flexibilité est peut-être affaire de moment et de contexte : les adultes savent bien qu'il n'est qu'un temps pour jouer ; bientôt reprennent les dures obligations inhérentes aux métiers du droit positif.

[12] b) *Coutume.* — Au XIX^e s., au début du XX^e encore, la doctrine civiliste, jugeant de toutes les lois d'après le modèle parfait du C.C., professait pour la légalité un culte exclusif, qui ne lui permettait pas de s'intéresser sincèrement à la coutume (v. cep. Gény, *Méthode*, I, n° 109). Depuis lors, elle s'est bien affranchie de ce culte : les miroitements jurisprudentiels lui offraient de plus vives satisfactions intellectuelles, pendant que la loi, de son côté, était dévaluée par le trop de lois (l'inflation, *infra*, n° 65). Par la brèche ainsi ouverte, la coutume a pu se faire une place — pas toujours, il est vrai, en avouant son nom, mais en se cachant sous les apparences de jurisprudences invétérées (*infra*, n° 144) ou dans le maniement pratique de notions à contenu variable (*infra*, n° 25). La bibliographie, en tout cas, s'est amplifiée et diversifiée : A. Lebrun, *La coutume*, Th. Caen, 1932 ; Bove, *La consuetudine in diritto romano*, 1971 ; tout le numéro spécial de la revue *Droits*, 1986 (3) ; Martine Grinberg, *La rédaction des coutumes, effets rhétoriques et sociaux (du passage à l'écrit)*, in D. Bourcier *et al.*, *L'écriture du droit*, 1996, p. 275. Outre les colloques : *Colloque de l'Association des ruralistes français sur Loi et coutume*, Tours, 1982, ronéo. (ex. Assier-Andrieu, *La codification des usages locaux aux 19^e et 20^e s., quelques éléments pour une approche ethnologique de la formation du droit*) ; *Colloque de la Société Jean-Bodin* (Bruxelles, 1984), entre historiens et philosophes. — La coutume a été étudiée chez les sociologues, par opposition à la mode (Tarde : la coutume est l'imitation dans le temps ; la mode, l'imitation dans l'espace), comme phénomène d'opinion publique (v. Stoetzel, *Théorie des opinions*, Th. lettres, Paris, 1943, p. 373), comme cadre social de la mémoire (v. Halbwachs, *Les cadres sociaux de la mémoire*, 1925). De ce dernier point de vue, on peut dire que la coutume est la mémoire de la nation, ayant son siège dans la conscience collective du peuple, envisagé comme formant une unité continue. S'il est vrai que la seule noblesse de l'humanité soit de se souvenir (Camille Jullian), que la tradition cumulative soit le propre de l'homme dans la série animale (Julien Huxley), c'est la coutume qui en est la manifestation collective (cf. E. Shils, *Tradition*, Chicago, 1981 ; Thinès, Heusch *et al.*, *Rites et ritualisation*, Louvain-la-Neuve, 1995).

On s'interroge sur le *fondement de la coutume* (cf. Troper, *Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement*, *Droits*, 1986, (3). Pour la loi, pas de difficulté :

elle tire sa force d'une volonté étatique, qui est assortie de la puissance contraignante. Aussi a-t-on parfois, pour éliminer le problème, ramené la coutume à une loi tacite : c'était une idée hellénique, importée à Rome par les rhéteurs (v. J. Gaudemet, *R.H.D.*, 1938, 141 s.), que la coutume repose sur le *consensus omnium* (référéndum tacite, devrions-nous dire) ; plus tard, quand le pouvoir législatif fut concentré entre les mains d'un seul (monarque ou pape, c'est la *théorie romano-canonique* de la coutume), on la fonda sur la *patientia principis* (le prince se l'approprie implicitement en la laissant subsister). Au Bas-Empire, une autre exigence apparaît (J. Gaudemet, *loc. cit.*, p. 162 s.) : que la coutume soit conforme à la *ratio*, à l'ensemble des vérités chrétiennes, ce qui suggère que là est son véritable fondement. La théorie se développera au Moyen Âge : il faut que les coutumes soient raisonnables ; les autres, les « mauvaises », peuvent être supprimées par le roi. Ou encore, on dit qu'il n'y a de coutumes qu'approuvées. Mais par qui ? Par les tribunaux, croyait Planiol (*Traité élémentaire dr. civ.*, n° 14), et il en concluait que la force de la coutume lui venait de l'approbation judiciaire. Mais contrôler n'est pas créer. Les juristes romains étaient plus près de la réalité quand ils expliquaient la coutume par son ancienneté même, par la *vetustas* : la force de la coutume n'est-elle pas la force de l'habitude ? On peut y ajouter une donnée affective : la force de la coutume est enracinée dans un sentiment de piété envers les ancêtres. Le grand commandement : « Honore ton père et ta mère » (a. 371 C.C.) est à la base des droits coutumiers (des psychanalystes diraient : la peur et l'amour des parents ; à travers la coutume se révèle le caractère familial de la règle de droit). Cette force est aussi légitime que celle qui, malgré une lente évolution, maintient le langage et nous porte à retarder le plus possible le moment où nous ne comprendrons plus Racine sans traduction.

Le temps, néanmoins, est-il toujours une dimension nécessaire de la coutume ? Une pratique surgissant simultanément en une multitude de points peut créer le sentiment de l'obligatoire : l'espace supplée le temps (en ce sens, à propos des accords de Grenelle, dans le droit du travail, Starck, *Réflexions sur une source informelle du droit*, *J.C.P.*, 70, 1, 2363). Ainsi, l'usage auquel se réfèrent les a. 389-2 et 450 est constitué par ce que les autres permettent aujourd'hui à leurs enfants, non pas par ce que les grands-parents permettaient autrefois. Il est naturel que la coutume naisse plus facilement dans un milieu fermé sur lui-même, relativement étroit, où les rapports interindividuels se répètent fréquemment. V. Martine Herzog-Evans, *La vie et le droit, usages et groupes sociaux cohérents* (en l'occurrence, le milieu pénitentiaire), *Dr. pros.*, 98 (4), 1203. C'est ainsi que les usages *locaux* représentent une forme importante de la coutume (cf. *infra*, n° 137). Mais les usages professionnels n'ont pas nécessairement un support territorial. Une recherche originale (A. Ensminger, *Droit pros.*, 92 (1), 177, spéc. 207) a mis en évidence l'apparition d'une coutume (*contra legem*) à travers la fraternité éparpillée, flottante et pourtant solidaire, des automobilistes (fortifiée peut-être chez les routiers à la table de l'auberge) : l'appel de phares pour signaler la présence d'un contrôle policier un peu plus loin.

Il est classique de peser les *avantages* et les *inconvenients* respectifs de la loi et de la coutume (cf. Cl. Journes *et al.*, *La coutume et la loi, étude d'un conflit*, Lyon, 1986). La loi a pour elle précision et unité ; la coutume a contre elle incertitude et diversité (la situation du droit civil français avant 1789). La coutume a réputation de souplesse : c'est du droit fait par les usagers eux-mêmes, donc adapté à leurs besoins. Mais la loi

moderne est très diversifiée donc très adaptable, et on la change aisément, bien plus aisément que la coutume.

Politiquement, il est permis de se demander si le droit coutumier est compatible avec la démocratie ? A première vue, l'affirmative paraît aller de soi : la coutume, n'est-ce pas le droit populaire ? et il est significatif que le régime censitaire du début du XIX^e s. ait, en droit civil, dénié toute place à la coutume, comme si la règle de droit devait être le monopole de la bourgeoisie qui faisait les lois. La coutume, pourrait-on observer encore, est le meilleur des référendums, de la législation directe. Mais c'est le premier mouvement et, à la réflexion, la démocratie a de la défiance pour la coutume, qui lui apparaît comme une force conservatrice empêtrée dans le passé, tandis que la loi est l'instrument des transformations sociales rapides, voire des révolutions. Cf. Izdebski, *Les hésitations des juristes socialistes*, *R.I.D.C.*, 87, 839. Par sa passion de la vitesse et son culte de la jeunesse, le droit du XX^e s. serait plutôt futuriste que coutumier. La crédulité existe toujours, mais elle s'autorise de l'avenir et non plus du passé. On ne dit plus : « nos pères y croyaient », on dit « nos fils y croiront » (Jean Rostand). C'est la coutume à l'envers. Si le droit coutumier est la cité qui a les morts pour princes, le droit d'aujourd'hui est la cité qui a pour princes les enfants. Néanmoins, on ne renverse pas en cinquante ans une situation qui dure depuis des millénaires, et la place de la coutume en droit moderne demeure considérable, nous le constaterons en droit civil (*infra*, n° 135), plus considérable qu'on ne l'admet communément.

II. — LE JUGEMENT

[13] a) *Jugement divin, jugement humain*. — Il est peu de religions qui n'aient offert aux déçus de la justice humaine la consolation d'un appel à la justice divine — celle-ci étant, il est vrai, susceptible de formes diverses (qui parfois se cumulent) (cf. R. Jacob, *Arch.*, 94, 87). Le Dieu justicier a deux mains : l'une pour relever l'innocent injustement condamné, l'autre pour abattre l'accusateur injuste, encore que l'injuste puisse être présenté (amorce de laïcisation, la fatalité remplace la divinité) comme ayant attiré le châtimement sur lui par sa propre action ; cf. J. G. Griffiths, *The Divine Verdict, a Study of Divine Judgment in the Ancient Religions*, 1991). Cela dit, la *summa divisio* tient au lieu et à l'heure de la sentence : ici-bas ou là-haut ? dans la vie présente ou la vie future ? Ici-bas, la sentence, si elle est immédiate, peut être individuelle ; si elle est différée, elle sera collective (la nation sera jugée au travers de son histoire). Dans l'au-delà il y a deux moments possibles, et le christianisme a hésité. C'est une croyance répandue que l'homme sera jugé au sortir de la vie : pesée des âmes à l'égyptienne, traversée de l'Achéron à la grecque, mais aussi damnation du mauvais riche selon Luc (16 : 19-31). Pourtant, le Jugement dernier, par définition, se situe à la fin des temps, Jour du Seigneur (*Dies irae*) selon Matthieu (25 : 31-46). La représentation en a été sculptée aux tympans de maintes cathédrales, et nul doute qu'elle n'ait jadis contribué à dramatiser par reflet l'image du rituel judiciaire.

Réciproquement, la justice humaine n'a pas toujours échappé à une certaine attraction de ce qu'il pouvait y avoir de mystérieux dans la justice divine. Elle n'est pas devenue rationaliste du premier coup. L'histoire biblique peut éclairer les rapports des jugements et des oracles (juger, c'était répondre à des anxieux qui venaient interroger l'Éternel), des jugements et des énigmes (Salomon), des jugements des hommes et du

jugement de Dieu (Dieu juge-t-il comme les hommes, ou les hommes comme Dieu ? Les juges sont comparés à des dieux par le Psaume 82 : 6). De là une idée se dégage : qu'il est des jugements charismatiques, actes de pure grâce, de suprême équité. Cette idée a eu sa part dans la formation de notre droit judiciaire dès le Moyen Âge (le chène de Saint Louis ; cf. Esäie, 61 : 3), mais aussi du temps des Parlements jansénistes (v. par exemple les *Harangues* de Domat).

b) *La notion de jugement*. — Elle a fait l'objet de plusieurs types de recherche.

1° *Disciplines cognitives* (de la connaissance, de l'information). Sous cet angle, le jugement est présenté comme *décision juridictionnelle*, ce qui permet de l'intégrer à une théorie générale de la décision (cf. Sfez, *Critique de la décision*, 1981). C'est une théorie qui a d'autres applications dans le droit : décision du législateur (du parlementaire qui vote ou non le projet), de l'administrateur (du maire qui élabore un arrêté de police ; ex. remarquable, D. Bourcier, *La décision artificielle, le droit, la machine et l'humain*, 1995) — mais plus encore des prototypes en dehors du droit, décisions de l'entrepreneur, de l'investisseur et, bien sûr, du joueur, sans oublier, venue de la profondeur des âges, stratégique ou tactique, la décision militaire. A la vérité, mieux qu'un jugement civil, que remuent les oscillations du contradictoire (*infra*, n° 28), c'est au jugement pénal que convient l'analyse de la juridiction comme décision — principalement au niveau de la « correctionnelle », où la décision (*sentencing*) évoque le choix d'une punition à infliger (même s'il y a eu une défense ; voire, comme aux Etats-Unis, un *plea bargaining*, aveu de responsabilité contre modération de la peine).

2° *Psychologie*. Aux Etats-Unis, les recherches sont facilitées par une plus grande liberté d'investigation autour de la personnalité des magistrats, ainsi que par la pratique du *dissent*, qui veut que les juges dissidents, dans un tribunal collégial, fassent connaître leurs opinions : v. G. Schubert, *Judicial Decision-making*, 1963 ; Schubert et Danelski, *Comparative judicial Behaviour*, 1969. Pour la France, v. Ph. Robert et Faugeron, *Les forces cachées de la justice*, 1980 ; Pirès et Landreville, *Les recherches sur les sentences* (en matière pénale) et le culte de la loi, *A.S.*, 85, 831. Jusqu'où ne pas aller trop loin ? v. M.-A. Frison-Roche, *Les offices du juge, Mélanges Foyer*, 1997, 363.

3° *Logique formelle* (traditionnelle). Sur le syllogisme juridique, analyse pénétrante de Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948, n° 48 s. Le syllogisme régressif a été immortalisé par la reine de cœur (Ubu au féminin, mais anglaise) dans *Alice au pays des merveilles* : la condamnation d'abord, les motifs après, *Flexible droit*, 1998, 384. Plus que le jugement, dans sa réalité humaine, c'est la notion technique d'*acte juridictionnel* qui a été étudiée, et elle l'a été surtout par les publicistes : Guillien, *Mélanges Vincent*, 1981, 117. V. cep. Hébraud, *R.T.*, 1949, 498, qui montre la dualité possible des conceptions : déclaration officielle de la règle de droit dans un cas concret ou règlement des conflits, apaisement des contestations et des litiges. Il est bien connu que les juristes anglo-saxons sont moins attachés à la logique ; v. Hutcheson, *Le jugement intuitif* ; la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire, *Etudes Gény*, II, p. 531 s. Retour à la philosophie avec Arch., 1983, p. 295 et 1994 (le Procès) ; Droits, 89 (9), La fonction de juger ; Timsit, *Les figures du jugement*, 1993.

4° *Sociologie*. Même aujourd'hui, tout dans le jugement, plus généralement dans le phénomène de la justice, ne relève pas d'explications rationnelles. La sentence du juge a

besoin d'un consensus populaire. En 331, une constitution impériale (C. Just., 1, 40, 3) encourageait les auditeurs à applaudir les bons juges, à huer les mauvais. De nos jours, la police de l'audience (ex. a. 404 C. Pr.) fait barrage au tumulte, et c'est sur les médias que l'Etat compte pour faire communier affectivement le public au déroulement de l'instance. De là des formes théâtrales, propres à déclencher l'émotion. Cela est surtout manifeste pour le procès pénal (ex. notre procédure de cour d'assises), dont on a pu dire qu'à l'instar de la tragédie grecque, il avait une fonction sociale de *catharsis*, de purgation : la foule spectatrice (directement ou par médias interposés) est purifiée de ses mauvaises pensées ou de ses fantasmes. A l'opposé, le très grand nombre de jugements à rendre (en matière correctionnelle ; au civil, divorces, locations, surendettement, etc. ; cf. *infra*, La marée judiciaire, n° 101) a pour effet inévitable d'en banaliser, mécaniser la rédaction : un automatisme se substitue à l'opération intellectuelle que devrait être le jugement. On en arrive aux stéréotypes, aux formulaires imprimés dont le greffier n'a plus qu'à remplir les blancs par les noms des parties ; la Cour de cassation, par nécessité, a fermé les yeux sur le procédé, Civ.² 31 janv. 1985, 14 févr. 1990, *Bull.*, n° 26, 31.

[14] c) *Equité*. — Pour l'origine historique, v. D. Nörr, *Rechtskritik in der röm. Antike*, 1974, 32 s. ; G. Boyer, La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements, *Mélanges*, 1962, I, 210 s. Pour le droit moderne, v. Dessens, *Essai sur la notion d'équité*, Th. Toulouse, 1934 ; Agostini, *L'équité*, D. 78, chr. 7 ; Sanz de Alba, *Sur quelques aspects de l'équité*, Th. Aix (ronéo), 1980 ; Kellerhals et al., *Figures de l'équité* (dans les groupes), Genève, 1988 ; Zaki, *Arch.*, 90, 87 ; Sériaux, *R.T.*, 93, 797 (à propos des délais de grâce). Deux sortes d'équité :

1° *L'équité objective*. C'est un système de règles de droit que les juges sont amenés à créer en parallèle au système préexistant, devenu trop rigide, afin de l'assouplir, de l'adapter aux transformations de la société ou aux changements de la sensibilité morale. Telle a été, en Angleterre, la fonction première de l'*Equity*, qui tempéra la rigueur de la Common Law (cf. A. Tunc, in *L'hypothèse du non-droit*, Liège, 1978, 281 s.). En France même, certaines jurisprudences, celles qui ne se contentent pas d'interpréter la loi, peuvent revêtir une signification analogue : quand la Cour de cassation accueillait la théorie de l'enrichissement sans cause (Req. 15 juin 1892, S. 93, I, 281, D. 92, I, 196 ; cf. t. IV, n° 312), elle invoqua expressément un principe d'équité.

2° *L'équité subjective*. C'est elle qui s'exprime à travers les *jugements d'équité*. Les juges ne prétendent pas instituer des règles de droit pour l'avenir, qui entreraient en concurrence avec le système établi. Ils entendent seulement écarter ce système sur un point et pour un cas d'espèce, parce que son observation, en l'occurrence, serait un plus grand mal. Tel est le jugement d'*épikie* en droit canonique (v. Cance, *Code de droit canonique*, I, n° 52 ; cf. L. de Naurois, *L'Année canonique*, 1982 (XXVI), 31). En droit français, le principe est que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de statuer en équité (Soc. 23 janv. 1948, *J.C.P.*, 48, 2, 4229 ; Crim., 24 juill. 1967, *J.C.P.*, 68, 2, 15339 ; Soc. 11 mai 1994, D. 95, 626), sauf texte le leur attribuant, soit expressément (ex. classiques : a. 565, 1135 ; ex. modernes, a. 278, al. 2, 280-1, al. 2, 815-13, 1579, C. Pr. C., a. 700), soit implicitement (ex. a. 1244, al. 2 ; 1152, al. 2) — sans préjudice de la notion du procès équitable, entrée en droit positif par le canal de la Convention européenne des droits de l'homme, *infra*, n° 188, 191). Cf. sur ce *pouvoir modérateur* du juge, qui

est l'un des aspects possibles de l'équité judiciaire, Chr. Brunet, Th. Paris, 1973 ; Sanz, *R.T.*, 77, 273 ; D. Manāi, *Le juge (suisse) entre la loi et l'équité*, Lausanne, 1985.

Parmi les références implicites à l'équité, il en est une qui a été, au siècle dernier, de grande conséquence : la loi du 25 mai 1838, a. 15, *excluait* le pourvoi en cassation pour violation de la loi contre les sentences rendues par les juges de paix en dernier ressort ; on en déduisait qu'ils exerçaient alors une juridiction de caractère arbitral et transactionnel, une juridiction d'équité (cf. Rotondi, *Etudes Ancel*, 1976, I, 43 s. : l'« inattaquabilité » est le trait essentiel des jugements d'équité). C'étaient les litiges minimes, mais les sentences qui les concluaient représentaient peut-être, sans qu'on y prit garde (parce qu'elles échappaient aux recueils de jurisprudence), la plus grosse part du droit appliqué en France, et c'étaient des jugements d'équité. La situation a duré jusqu'à la l. 22 nov. 1915, qui a ouvert en pareil cas le pourvoi en cassation pour violation de la loi. Ex. Civ. 16 mars 1937, S. 37, 1, 184. L'ouverture, aujourd'hui générale, de ce type de pourvoi n'a pas, d'ailleurs, pour effet d'empêcher les jugements d'équité ; elle oblige seulement à leur donner un revêtement juridique (ex. d'un tel jeu de textes, Civ.², 6 févr. 1985, D. 86, 452, n. Potiron).

N'y avait-il pas, dans l'a. 4 C.C., une reconnaissance implicite du pouvoir de juger en équité ? C'est ce que l'on pourrait induire du rapprochement de cette disposition avec celle qui la précédait dans le projet de l'an VIII : « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans la loi positive » (le livre préliminaire du projet de l'an VIII n'a été abrégé que pour des raisons de technique, non de fond). Mais la méthode exégétique régnant au XIX^e s. s'est appliquée à faire rentrer l'a. 4 dans la légalité (« sous prétexte »..., donc ce n'est pas vrai, ce ne peut pas être vrai). Dans la pratique, l'emploi de l'a. 4 est rare, et il a rarement une portée philosophique : ex. Ass. plén., 29 nov. 1996, *J.C.P.*, 97, 2, 22807, n. Th. Le Bars (le déni de justice redouté n'eût été, en l'espèce, qu'une « panne » du service public de justice résultant d'une contrariété de jugements).

Un magistrat se rendit célèbre, au début du siècle, par sa manière de juger en équité : le président Magnaud, le « bon juge » de Château-Thierry (son jugement le plus connu fut l'acquittement d'une fille-mère qui avait volé un pain sous l'empire de la misère, S. 1899, 2, 1 ; cf. t. III, n° 130). Le « phénomène Magnaud » (comme l'avait qualifié Gény, *Méthode d'interprétation*, I, n° 196 s.) méritait peut-être mieux que l'accueil un peu sarcastique des juristes. Il remonta à la mémoire en 1997, lorsque le tribunal de Poitiers acquitta une femme qui avait volé de la viande (changement des mœurs alimentaires) « pour nourrir ses enfants », jugement réformé en appel (Poitiers, 11 avr. 1997, D. 97, 512 ; cf. t. III, n° 130).

Il est banal de relever les dangers de l'équité : arbitraire et insécurité (les Parlements de la monarchie en avaient abusé ; d'où, la réaction legaliste de la Révolution). Il ne faut pas oublier, cependant, que, le plus souvent, par cette sorte d'instinct que l'on appelle la conscience morale, les intéressés seront avertis du résultat à attendre de l'équité, bien plus sûrement que s'il leur fallait tirer les conclusions d'une série de raisonnements juridiques, complexes et interminables.

[15] 3 | L'ÉQUITÉ SANS RÈGLE NI JUGEMENT

Un Etat a beau disposer de tout ce qu'il faut à un Etat de droit, être cuirassé de règles et hérissé de jugements : il arrive qu'en son sein la vie ne se déroule pas sans heurts, que des malaises s'y fassent sentir, juridiquement indéfinissables, insaisissables judiciairement. Et les citoyens se prennent à déplorer que n'existe pas quelque part une instance capable de remédier, hors du droit, à des maux que le droit ne réussit pas à guérir, que peut-être il a contribué à engendrer par sa propre confusion. Ils ne voient pas que ce qu'ils voudraient au fond, c'est un monarque absolu, gouvernant arbitrairement, mais usant de son arbitraire pour dispenser quelques-uns de ses sujets de l'application de la loi, pour en gracier quelques autres de condamnations trop accablantes. Cependant, sans sortir des habitudes démocratiques, la Suède connaissait une institution dont on disait merveille, tendant au même effet d'assouplissement, d'adoucissement : l'*ombudsman* — un personnage chargé d'intervenir, d'intercéder pour arranger les choses. C'est par imitation du modèle suédois que la loi du 3 janvier 1973 (plusieurs fois modifiée depuis, 24 déc. 1976, 13 janv. 1989, 6 févr. 1992) a introduit dans le droit français le Médiateur de la République.

Il est unique (aussi a-t-il droit à la majuscule), quoiqu'il ait des délégués départementaux (qui, eux, peuvent être saisis directement). Il est nommé par décret pour six ans. Mais c'est une personnalité indépendante, et on ne lui reprochera pas d'avoir eu, avant ou après, des affinités politiques.

Sa mission, schématiquement décrite, est de recevoir les réclamations concernant le fonctionnement de l'administration, et si elles lui paraissent justifiées, de leur donner une suite.

La notion d'administration est très large : elle englobe les administrations de l'Etat, celles de la région, du département, des communes, des établissements publics, de tous les organismes concourant à un service public. Ce sont les bureaux et, en eux, les phénomènes de bureaucratie qui ont été visés par là.

Le recours est ouvert à toute personne, même depuis 1992 aux personnes morales. Mais l'administré n'a pas accès direct au Médiateur : il doit adresser sa plainte à un député ou à un sénateur qui la transmettra s'il l'estime justifiée. Les parlementaires sont ainsi consolidés, auprès de leurs électeurs, dans leur rôle traditionnel de défenseurs, de

paraclets (en Suède, l'*ombudsman* est lui-même un parlementaire). Mais c'est aussi un premier filtrage qui est assuré, ce qui n'est pas inutile, car les administrés sont prompts à la colère.

Pour accomplir sa mission, le Médiateur dispose d'un pouvoir d'investigation, d'enquête qui lui est garanti par la loi auprès de tous les services. Après cette instruction de la plainte, l'office du Médiateur se dédouble :

1° Il doit apprécier si la réclamation (à la supposer recevable) est justifiée. Eventuellement justifiée en droit, parce que le droit a pu être méconnu par l'administration ; plus fréquemment justifiée en raisonnable, en équité.

2° Il doit prendre une décision en conséquence. Il peut s'agir :

- de conseils donnés aux réclamants (il les réoriente dans le maquis des textes et des organes) ;
- de recommandations auprès des services concernés pour dénouer les difficultés observées ou même, au-delà, pour suggérer au législateur des réformes propres à prévenir ces difficultés ;
- de tentatives de médiation, lorsque l'on est en présence de véritables conflits (sur le modèle de la médiation que connaît le droit judiciaire ; v. *infra*, n° 88).

Le Médiateur est en dehors de l'organisation des tribunaux administratifs aussi bien que judiciaires. La loi, a. 11, a pris grand soin de marquer les distances : le Médiateur ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction, ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle. Qui plus est, le texte s'est efforcé, dans son vocabulaire, d'éviter ce qui aurait sonné trop juridiquement : une « réclamation » n'est pas une action en justice ; des « difficultés » ne font pas un litige ; une « recommandation » n'est pas un jugement. En revanche, deux mots significatifs ont été choisis pour éclairer le tableau : à l'origine, l'application d'une disposition législative ou réglementaire avait abouti à une *iniquité* ; en conclusion, le Médiateur recommandera à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler *en équité* la situation du réclamant.

Le Médiateur de la République, c'est un peu une équité incarnée que le droit a installée pour corriger ses propres dérives bureaucratiques.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Médiateur et Ombudsman, *R. française d'administration publique*, 1993, 560-732 ; P. Legatte, *Le principe d'équité*, 1992. — Y. Gaudemet, Le médiateur est-il une autorité administrative ?, *Mélanges Charlier*, 1987.

SOCIOLOGIE

Le phénomène bureaucratique est universel, mais la manière de s'y attaquer est variable. Le législateur français de 1973, sur sa pente victimophile, a dû penser surtout à la protection des usagers. Dans les pays de l'Est, dont la bureaucratie était déjà proverbiale au temps des tsars, on avait fait plutôt confiance à la répression. Dans tel code des procédures administratives, on pouvait lire que : « Toute attitude bureaucratique serait punie... » — et l'on imagine la suite... Mais c'était l'*attitude bureaucratique* qui était dans le collimateur : grogne ? somnolence ? La notion était indéfinissable : tant pis pour la légalité des délits et des peines.

Des ordres de grandeur pour 1995 : 44 000 réclamations environ ont été adressées au Médiateur, sur lesquelles 17 500 ont été déclarées irrecevables, dont 8 500 pour envoi direct sans l'entremise d'un parlementaire. Des affaires recevables 30 % ont donné lieu à des tentatives de médiation, qui ont réussi dans 8 cas sur 10. Une curiosité : l'origine géographique des réclamations. L'Ile-de-France mise à part, on constate que le recours au Médiateur est rare au Nord et à l'Est, intense dans le Midi (soit que le soleil y rende les administrations plus nonchalantes ou les administrés plus ombrageux).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Les critiques sont celles qui sont opposées à la médiation en général : l'image de la justice est brouillée ; les droits subjectifs, les revendications corporatistes sont exacerbés, aux dépens de l'intérêt général. Des dangers sont perceptibles : que ne se développe l'esprit de clientélisme au Parlement, que ne s'aggrave la fracture psychologique entre les fonctionnaires et les autres. Joint que l'afflux des demandes pourra obliger l'institution à se constituer à son tour en bureaucratie.

Aussi bien, de l'autre côté, sagement, personne n'a souhaité une saisine directe du Médiateur. Mais quelques-uns ont pu suggérer pour l'institution une reconnaissance plus solennelle qui la ferait entrer dans la Constitution. A l'égal du Conseil constitutionnel ? Ce serait, cependant, lui faire perdre le meilleur d'elle-même, qui est sa bonhomie.

[16] 2 / Les phénomènes du droit dans leur contexte social

Le droit est en suspension dans la société. Il y rencontre d'autres phénomènes sociaux. De tous il n'est peut-être pas le plus ancien ni même le plus important, mais de certains il est plus proche que d'autres parce qu'il a avec eux des rapports d'analogie ou de concurrence ou d'interpénétration. Ce sont des rapports variables parce que lui-même peut présenter des visages différents : selon l'angle sous lequel on le regarde, il est phénomène de *communication*, de *régulation* ou de *culture*.

► Le droit comme phénomène de communication

Le phénomène de communication par excellence, c'est le langage, et spontanément un rapprochement du langage et du droit s'offre à l'imagination. Ils sont tous deux des phénomènes sociaux de formation largement coutumière, empreints d'un caractère normatif et contraignant. Ce caractère, nous le connaissons dans le droit, nous le retrouvons dans le langage : il est des règles de syntaxe qui donnent un sens aux notions de faute (*lapsus*) et de correction. Ne nous masquons pas les différences. Passés le giron maternel et l'école, la contrainte du langage est dénuée de la violence qui marque le droit et se dilue à n'être plus que rires ou sourires d'auditeurs. Et il va de soi que l'apprentissage de la langue a une universalité que n'a pas le droit, même coutumier. Est-ce même uniquement un apprentissage ? On est tenté de supposer une part d'inné, une espèce de grammaire intériorisée, comme l'ont suggéré des linguistes, lorsque l'on voit avec quel naturel un enfant est bientôt capable de construire, à partir de mots en nombre limité, des phrases toujours nouvelles. Il est vrai qu'à ce moment-là des juristes pourront évoquer à leur tour des réussites étonnantes de la conscience juridique (cf. *infra*, n° 129-4°).

Même sans langage exprimé, d'ailleurs, le droit peut être agent de communication : il y a du droit dans un distributeur automatique de billets. Les *rapports de droit*, qui forment la trame du système juridique, sont autant de mises en communication de l'individu avec

l'individu, d'un groupe avec l'autre. La plus vieille loi de l'humanité, selon les anthropologues, est le tabou de l'inceste. Retournons l'interdit en un impératif (« va chercher ta femme loin des tiens ») : ce sera la loi d'exogamie : un phénomène de communication. Comme l'échange des femmes a pu enfanter la famille, de l'échange des biens naîtra le commerce, et cet encore un phénomène de communication qui apparaît dans la *lex mercatoria*, cet usage des marchés grâce auquel, dès l'Antiquité, les offres purent paisiblement se nouer aux demandes.

Le droit a, cependant, plus d'une façon de faire communiquer les hommes entre eux. Plutôt que de les mettre directement en contact, souvent il se contente de faire courir de l'un à l'autre le fil purement intellectuel de la soumission à une loi commune. Chacun connaissant cette loi et sachant que les autres la connaissent, escompte qu'ils s'y conformeront et ajuste son propre comportement en conséquence. Ainsi, quoique dispersés sur l'océan, les navires naviguent en toute sécurité parce qu'ils se sentent tenus en rapports réciproques par la même coutume de la mer. Et sur nos routes, l'apparent individualisme des conducteurs n'empêche pas qu'ils ne soient en communication invisible par le Code de la route comme par satellite.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — E. Landowski, Le discours juridique, *R. Dr. et Soc.*, 1988 (8) ; J. Lenoble, Droit et communication, in Bouretz et al., *La force du droit*, 1991, p. 163, à propos de Jürgen Habermas. Ce philosophe allemand a, en effet, une théorie de « l'agir communicationnel » qui touche au droit et à la politique. On y souhaiterait plus de limpidité (pour une approche française, cf. J.-M. Ferry, *Habermas. L'éthique de la communication*, 1987).

► Le droit comme phénomène de régulation

Il existe pour l'homme d'autres impératifs que ceux du droit. A la vérité, il n'est pas toujours facile de discerner ce qui sépare de ces autres règles les règles proprement juridiques. La séparation est probablement le produit tardif d'une certaine civilisation : dans les droits archaïques, plus longtemps dans les droits orientaux (cf. le droit chinois de l'époque impériale), tout était confondu. Non moins que l'application des règles de droit, celle des autres règles de vie est déter-

minée par une contrainte extérieure, une pression de la société. Seulement, tandis que, dans le droit, la contrainte est organisée (a des organes), est précise, forte, éventuellement violente — ailleurs, la pression est diffuse, parfois inconsciente, relativement faible (c'est par exemple la crainte d'une réprobation qui pourrait sourdre spontanément du milieu ambiant). Cette relative faiblesse explique les diminutifs, *réguler, régulation*, qui se sont peu à peu introduits dans le discours contemporain, pour faire sentir plus réguliers et moins rudes les pressions de la règle sur notre peau. Qui peut le plus peut le moins : le droit concourt avec les autres systèmes normatifs à la régulation de la vie sociale ; ce qu'il ajoute aux autres apparaîtra mieux après que ceux-ci auront été décrits.

a) *Les règles de bienséance*. — On est parti des règles de *cérémonial* ou de *courtoisie* (visites protocolaires, salutations), des règles d'*honneur* (il fut jadis de règle de se battre en duel pour relever une injure) ; on y a ajouté les règles des *jeux* amicaux (là où le sport est organisé, ses règles deviennent droit), et aussi des règles d'*usage* (ex. les pourboires dits facultatifs). Depuis 1990, on n'hésite guère à dilater la catégorie pour y inclure la *civilité*, le comportement du citoyen (*civis*) raisonnable et responsable, l'attention qu'il porte aux autres, à ceux qu'il côtoie dans la cité. La civilité se définit par opposition à l'*incivilité*, fréquemment imputée aux jeunes des banlieues à risques. L'*incivilité*, verbale ou gestuelle, plus grave que l'impolitesse, ne franchit pas, néanmoins — c'est là l'hypothèse — le seuil de la délinquance réprimée par la loi pénale. Il y a ainsi une foule de normes extrajuridiques qui tendent, comme les juridiques, à imposer un ordre dans les relations humaines, encore que cet ordre, le plus souvent, n'intéresse pas l'ensemble de la société, mais un milieu plus étroit, la ville, le quartier, la rue.

Toutefois, c'est plutôt en pensant à la sanction de la violation de la norme qu'il est devenu habituel de placer hors du droit les règles de bienséance et autres de la série. Non pas qu'elles soient insusceptibles de sanction. La sanction existe, morale ou même physique, et déjà sa menace, qui est dissuasive : la réprobation du cercle où l'infraction s'est produite ; au pire, l'expulsion de ce cercle, des repréailles, voire, sur un registre différent — trop rarement, dit-on — la raclée paternelle. Mais ce qui manque, c'est l'action en justice, c'est la force exécutoire de l'Etat. Et pourquoi l'action est-elle ici déniée ? Parce que, sauf aggravation exceptionnelle (quand l'impolitesse se fait outrage ; l'incivilité, atteinte à la personne), le manquement à la norme ne cause pour l'ordinaire qu'un préjudice insignifiant, fugitif, sujet à oubli

rapide — insignifiant non pas peut-être au regard des victimes, mais au regard du droit qui a, d'ailleurs, tant de choses à faire (*de minimis non curat praetor*).

b) *Les règles de morale*. — 1° *La distinction classique*. Le droit a pour *but* le maintien de l'ordre social ; la morale, le perfectionnement intérieur de l'homme. Le droit a une *liste de devoirs* envers le prochain bien plus courte que la morale : seulement des devoirs de justice, et encore strictement mesurés (ex. en mariage, dit une maxime du droit, trompe qui peut ; le dol n'est pas une cause de nullité du mariage ; cf. t. II, p. 399). Tandis que la morale impose toute la justice, et de surcroît la charité (rendre le bien pour le mal est un postulat de morale évangélique, mais qui serait la subversion du droit pénal). Dans l'*appréciation du mérite* des actions, le droit s'en tient, en principe, aux attitudes extérieures ; la morale prétend pénétrer les cœurs, et la simple convoitise est déjà, pour elle, coupable. Enfin, ici encore, la *sanction* est très différente : non pas seulement parce que celle du droit est étatique, alors que celle de la morale est essentiellement intérieure (la voix de la conscience), mais, plus profondément, selon les formules de Kant, parce que le droit est hétéronome (nul n'y peut être à la fois juge et partie), alors que la morale est autonome (chacun y est son premier et propre juge). Encore convient-il de nuancer. La morale est perçue comme hétéronome lorsque sa violation, n'étant pas restée secrète, déclenche la réprobation (pas forcément muette) de la société ou de l'entourage. A l'inverse, le droit laisse un sentiment d'autonomie aux contractants sur lesquels il exerce une contrainte : ils sont obligés parce qu'ils l'ont voulu.

La séparation du droit et de la morale avait été contestée par Georges Ripert (1880-1958), qui avait relevé de nombreux points de pénétration, où le juge a reçu du droit lui-même la mission de porter un jugement moral sur la conduite des hommes. A l'heure actuelle, il y a une forte demande d'éthique. Elle conduit par exemple à la construction de morales professionnelles, qui exigent du professionnel quelque chose de plus que la stricte exécution de ses engagements juridiques. Le droit n'ignore pas ces morales : parfois il les codifie, et il pourra toujours en tenir compte dans l'appréciation de la responsabilité professionnelle, disciplinaire ou civile (cf. t. IV, n° 224). L'exemple le plus connu est le Code de déontologie médicale (d. 8 sept. 1995, qui, pour une bonne part, n'a fait que reprendre des usages, des traditions, quasi hippocratiques). Mais nos gouvernements ne se contentent plus d'être gardiens d'une morale établie, ils veulent aider à en faire naître une nouvelle : ainsi a été institué le Comité consultatif national d'éthique, avec mis-

sion d'émettre des avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé (l. 94-654 du 29 juill. 1994, a. 23). Signe de notre époque : le législateur n'hésite plus à parler comme un moraliste, à prêcher la bonne conduite, la loyauté, l'équité (ex. s'adressant à un métier de finances, la l. 96-597 du 2 juill. 1996, a. 58).

2° *Les deux modes d'irruption de la morale dans le droit* : est en cause tantôt une morale collective, créatrice de norme, tantôt la morale individuelle d'où jaillit un devoir.

— La morale collective est, pour une large part, une morale *coutumière*. C'est la coutume qu'il faut entendre sous les bonnes mœurs (a. 6, 1133), la coutume des bonnes gens, spécialement dans le domaine de la sexualité et de la pudeur, des gens honnêtes (certains traduiront : les gens *vertueux*, le mot refoulé depuis Robespierre redevient à la mode, *via* l'Amérique, tandis que d'autres entendront les bonnes mœurs tout bonnement comme les mœurs majoritaires dans le milieu considéré).

Cependant, la morale collective peut être aussi une morale des *principes*. Principes philosophiques, cela va de soi, tels qu'on pourrait les dégager de l'*Ethique de Nicomaque* selon Aristote : principe de réciprocité (le principe synallagmatique, a. 1134), principe de proportionnalité (rien de trop, a. 1152, al. 2). Aujourd'hui, cependant, non moins pressants sont les principes politiques, les valeurs, qui se veulent universelles, des déclarations de droits. Et une morale d'Etat se profile lorsque, dans les a. 225-1 s. N.C.P., on retrouve la norme à l'envers de sa violation. Mais la valeur suprême, celle qui a été confiée pour sauvegarde au Comité national d'éthique, c'est la vie de l'être humain, avec ses corollaires, l'intégrité, la santé, et au-delà, par sublimation, la personne humaine, valeur incommensurable (a. 16 C.C.).

— Il appartient à la liberté de l'individu, non pas de s'inventer une morale, mais de se sentir, dans un cas particulier, moralement tenu d'un devoir. La loi ne me force pas à l'exécuter ; mais si je l'ai accompli volontairement, elle intervient pour m'interdire un retour en arrière, le regret d'avoir obéi à ma conscience. C'est le mécanisme même de l'obligation naturelle (a. 1235, al. 2 ; t. IV, n° 2). C'est également celui de l'aveu judiciaire (*infra*, n° 177) : dire la vérité est un devoir moral ; le droit n'y contraint pas le débiteur, mais l'aveu, une fois tombé, est irrévocable (a. 1356, al. 4).

c) *Les commandements religieux*. — Les commandements qu'une religion peut adresser à ses fidèles se rapprochent tantôt de l'éthique de la charité — de l'amour, préfère-t-on dire en cette fin de siècle (c'est le

sens le plus apparent de la *morale évangélique* : aimer son prochain, éteindre la convoitise dans son cœur), tantôt des règles proprement juridiques (la coïncidence paraît très souvent accomplie dans l'Ancien Testament : ex. Tu ne tueras point). Mais, dans les deux cas, ce qui est spécifique, c'est la sanction du commandement, car elle met en cause les relations de l'homme avec Dieu. La sanction n'appartient pas à l'Etat, lors même qu'il plairait à celui-ci, dans un régime d'alliance entre le spirituel et le temporel, de doubler le commandement religieux d'un impératif juridique — à plus forte raison, dans un régime de séparation, où le droit fait profession d'ignorer la religion (*laïcité, sécularisation du droit*).

d) *Qu'y a-t-il de plus dans la règle de droit ?* — 1° En 1838, des auteurs de droit civil (Aubry et Rau, *infra*, n° 152) définissaient le droit comme l'ensemble des règles de conduite à l'observation desquelles il est permis d'astreindre l'homme par une *coercition extérieure ou physique*. Depuis, des sociologues ont fait remarquer que l'atteinte à la morale peut déclencher dans le public une réprobation qui opérera pareillement comme une coercition extérieure. Il est donc indispensable de préciser : dans le droit, la coercition est consciente, organisée, étatique en somme ; pour la morale, elle est instinctive, inorganisée, monte de la société, ne tombe pas du haut du pouvoir. Il est vrai que, selon la formule citée, le droit pouvait aller jusqu'à la coercition physique, ce qui pouvait évaquer l'emploi d'une force matérielle, visible. De fait, lorsqu'un débiteur ne paie pas ses dettes, ses créanciers recourront à l'exécution forcée, qui dit bien ce qu'elle est. Ils saisissent ses meubles et les font vendre pour se payer sur le prix : de force il est dépouillé. Mais *physique* a un sens plus pressant encore : c'est l'équivalent de *corporel*. La contrainte sur le corps humain, qui est interdite à tous par l'a. 16-1 C.C., ne l'est pas au droit pénal : l'arrestation, l'emprisonnement sont ses armes. Ainsi, à différents degrés, c'est toujours la violence qui semble singulariser la norme juridique entre toutes les normes. Elle est son argument suprême, *ultima ratio*. *Ratio*, cependant, c'est la raison ; la violence du droit n'est pas aveugle, mais raisonnable. Régler et contraindre, c'est le maximum du droit ; réguler et rythmer le flux des choses, bien souvent il peut s'en contenter.

2° Des sociologues anglo-saxons corrigent les critères français. De leur univers juridique, c'est le juge, plus que la loi, qui est le moteur. Aussi ne faut-il pas s'étonner si, pour eux, la spécificité du droit est d'être *justiciable*. Comprendons par là (c'est un sens particulier) : susceptible d'être porté en justice pour y être débattu entre les intéressés et finalement modelé par un juge, ce tiers personnage, supérieur et

impartial. Rien de comparable dans les autres règles de conduite, les mœurs, la morale, la religion, qui ont, en définitive, plus de rigidité. Si, néanmoins, le droit a le pouvoir qui lui est nécessaire pour réguler fermement la société, en exorciser le désordre, y imprimer un ordre, c'est qu'il tire ce pouvoir de l'autorité de ses magistrats, de leur gravité, de leur solennité.

3° Sans contradiction on pourrait retenir quelques aspects de chacun des deux critères. Il n'est point de droit sans la force, mais il encadre sa force de raisonnements : il délibère avant, il se remet en question après. Les mœurs, la morale, la religion décident plus rapidement, mais pour les résultats sur le terrain, il est irremplaçable.

[17] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — R. Boyer, *La théorie de la régulation, une analyse critique*, 1987 ; Boyer et Saillard, dir., ouvrage collectif, *Théorie de la régulation, l'état des savoirs*, 1995 ; Chazel, Commaille et al., *Normes juridiques et régulation sociale*, 1991 (l'ouvrage est très ample, peut-être y manque-t-il cette régulation invisible qu'est l'histoire ; préface remarquablement lucide de J. Commaille sur les rapports du droit... et du reste) ; Gérard, Ost, Van de Kerchove et al., *Droit négocié, droit imposé ?*, Fac. Saint-Louis, Bruxelles, 1996 ; J. Clam et G. Martin, dir., ouvrage collectif, *Les transformations de la régulation juridique, droit et société*, 1998.

I. — GÉNÉRALITÉS

a) *Contrôle social et régulation*. — Dans la première moitié de notre siècle, la sociologie américaine avait bâti une notion du contrôle social, sous laquelle elle réunissait toutes sortes de pressions venant du milieu et tendant à assurer la cohésion du groupe (ex. R.T., La Pièrre, *A Theory of Social Control*, 1954). Elle en dressait des listes, souvent longues et hétéroclites. On y rencontrait le droit, bien entendu, mais aussi l'éducation, la mode, voire le rire (moqueur), la musique (héroïque ou même berceuse), etc. C'est dire que, dans le contrôle social, tout n'était pas violence, même pas contrainte : il se contentait souvent d'être persuasif (ou dissuasif), nullement impératif (ou prohibitif). Cette action adoucie, un ton au-dessous de la règle, c'est sans doute ce que la sociologie, en notre fin de siècle, entend par régulation (la main invisible rompt la cadence de la troupe pour que le pont ne s'écroule pas). Mais le droit lui aussi connaît les techniques de la persuasion. Depuis fort longtemps, il a des lois supplétives de volonté, qui par définition ne sont pas impératives (v. *infra*, n° 126). Et dans certains domaines, tel le droit économique, les gouvernements de notre époque aiment bien user, plutôt que de règles contraignantes, de procédés consensuels, « contrats de modé-

ration », concertations, recommandations, éventuellement appuyées de promesses de récompenses (faveurs fiscales ou subventions). C'est du droit *négocié*. Il reste qu'en dernière instance, *ultima ratio*, le droit garde, sur toutes les autres régulations, le privilège de la violence nécessaire, légitime ou qui s'autolégitime, en droit civil l'exécution forcée.

b) *Distinction de la règle de droit et des autres normes*. — 1° *Qu'entendre par « norme » ?* Le mot a prospéré, et la doctrine en fait des emplois variés (cf. Timsit, D. 88, chr. 267). On pourrait n'y voir, grec pour latin, qu'un synonyme de *règle*. Mais, quelquefois, tout en restant dans le langage juridique, on le réserve à certaines règles de droit, règles de règles. Est *norme*, notamment, la règle de droit qui, entre la loi ancienne et la loi nouvelle, la loi française et la loi étrangère, désigne la loi applicable dans tel ou tel cas (normes de résolution des conflits de lois dans le temps ou dans l'espace ; cf. a. 2 et 3 C.C.). Il y a, cependant, des normes qui ne sont pas par elles-mêmes des normes de droit : ainsi, dans l'industrie, les normes de fabrication (même si le droit des contrats est appelé ensuite à les invoquer contre le fabricant qui ne les a pas observées ; cf. A. Penneau, *Règles de l'art et normes techniques*, 1989). Et surtout il y a des normes de conduite sociale qui se situent en dehors du droit.

2° *La pluralité de systèmes normatifs*. L'homme en société est pris dans une multiplicité de réseaux normatifs : le droit n'est peut-être pas le plus serré. Un des exercices classiques de la sociologie juridique est de différencier du droit les autres systèmes de normes : les mœurs (au sens large), les manières de vivre, etc. Sur les rapports du droit et des mœurs, Droits, 1994 (19), et le « Quadrige » de *Sociologie juridique*, 1994, 3181. Parmi ces systèmes non juridiques, il en est un qui présente, pour les juristes, un relief particulier ; c'est l'*Honneur System*, le système des engagements d'honneur, par lequel la pratique des affaires — des grandes affaires, et aux Etats-Unis d'abord — cherche à faire l'économie du droit, des frais et des tensions qu'il occasionne, des amertumes qu'il laisse. On s'engage, mais sans s'engager juridiquement, sans se reconnaître justiciables d'une action en justice. Cf. Ch. del Marmol, P. Gothot et autres, *L'hypothèse du non-droit*, Liège, 1979 ; Oppetit, *L'engagement d'honneur*, D. 79, chr. 107 ; Beignier, *L'honneur et le droit*, 1995. Mais l'engagement d'honneur a des variétés plus modestes ; ex. Civ.², 27 nov. 1985, D. 87, Somm. 48.

3° *Les phénomènes d'internormativité*. — Cf. *Essais sur les lois* (Ed. Rép. not.), 1995, 287. Il arrive que deux normes relevant de systèmes différents, le système juridique et un autre, émettent des commandements contradictoires. On ne saurait attendre du droit qu'il se sacrifie : en droit (devant les tribunaux), sa norme l'emportera. Toutefois, par exception, il peut dispenser d'obéissance l'individu qui se réclame d'une autre norme, religieuse ou philosophique, pour ne pas obéir : il rend licite l'*objection de conscience* (du médecin qui s'interdit de pratiquer une I.V.G., de l'« appelé » qui se refuse à l'emploi des armes ; cf. *infra*, n° 50 f). Mais il n'y a pas toujours conflit : loin de là, il est fréquent que le droit prenne en charge, s'incorpore une norme d'un autre type, lui prêtant l'appui de sa force obligatoire. Ex. les règles de courtoisie : d'application libre entre particuliers (au simple risque de murmures ou clameurs en cas de violation), elles sont, entre hauts fonctionnaires, codifiées, tétanisées dans un décret sur les *préséances* (actuellement, d. 13 sept. 1989), les querelles de tabouret chères à Saint-Simon devenant affaires d'Etat (Cons. d'Etat, 20 mars 1992, D. 92, I.R., 139 ; ensuite de quoi v. d. 22 juin et 21 sept. 1995). Autre ex. : s'interdire de fumer afin de ne pas incommoder le voisin (surtout la voisine) par l'odeur du tabac

a été longtemps une règle de politesse, d'ailleurs susceptible de maintes nuances et de tolérance courtoise ; le C.S.P., a. L. 325-28, mis en œuvre par le d. 92-478 du 29 mai 1992, en a fait une règle de droit, pénalement sanctionnée, d'ailleurs susceptible de grogne et d'ineffectivité.

II. — MORALE ET DROIT

[18] Pour une vue classique, v. Choucri Cardahi, *Droit et morale*, 3 vol., 1958. Pour l'état présent, Jestaz, *Dr. pros.*, 83 (2), 334 ; les *Cahiers de philos. politique* (20), Caen, 1992 ; *Flexible droit*, 1998, 91 (Morale et droit).

a) *Evolution*. — C'était une opinion courante, chez les juristes du XIX^e s., que le droit était séparé de la morale, quoique, par exception, il pût prendre en charge des devoirs moraux. L'a. 371 avait été l'occasion d'une discussion au Conseil d'Etat (Fenet, V, p. 468). Bérenger, niant que la disposition eût un caractère législatif, demandait qu'elle fût retranchée. Bigot-Préameneu fit prévaloir son maintien, en déclarant qu'elle pourrait devenir un point d'appui pour les juges (de fait, la jurisprudence s'en servit pour faire reconnaître aux grands-parents un droit de visite : cf. t. II). Troplong (*Donations*, III, n^{os} 1304, 1357) saluait dans l'a. 955, sanctionnant l'ingratitude du donataire, un texte où brillait l'alliance de la morale et du droit. Sous la III^e République, toutefois, un refroidissement se produisit. Des gouvernements tenus pour réactionnaires (Mac-Mahon président) s'étaient donné un programme d'*ordre moral* (1873-1877 ; cf. cent ans plus tard, aux Etats-Unis, le programme de la « majorité morale »). Du coup, toute liaison un peu poussée des lois et de la morale devint suspecte aux partis de gauche. L'épisode était un peu oublié au début du XX^e s., on devait s'en ressouvenir, pourtant, sous le régime de Vichy.

C'est d'un souffle nouveau que Ripert avait remis en question la séparation du droit et de la morale. V. son grand ouvrage, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1^{re} éd. 1925. Il y explique comment le droit doit être et se trouve être déjà (légalement, mais surtout jurisprudentiellement) vivifié par une montée continue de la sève morale. Et de citer maint exemple : l'obligation naturelle, la théorie de la cause immorale, la sanction du dol et de la fraude.

Une des difficultés de cette doctrine, c'est que la notion de morale recouvre des réalités différentes : l'ascèse du saint, l'élan du héros (ce qui ne concerne pas le droit pour qui nul n'est tenu à l'impossible, selon la théorie fondamentale de la force majeure), mais aussi les bonnes mœurs de Chrysale, celles que visent très directement les a. 6, 900, 1133, 1172 C.C. Cf. J. Chevallier *et al.*, *Les bonnes mœurs*, 1994 ; sur les origines de la notion, Senn, *Etudes Gény*, 1934, I, 53 ; Pena, *Dr. pros.*, 92 (2), 499. Les bonnes mœurs ne sont qu'un aspect de la coutume, et si la loi les qualifie de bonnes, c'est qu'elle entend que le juge ait seulement égard à celles des bonnes gens (*major pars et sanior* de la nation). Ce sont des coutumes, spécialement celles de la vie sexuelle en un lieu et un temps donnés — règles morales, si l'on veut, mais au sens sociologique, règles de mœurs sans moralité, sans flamme intérieure (ce qui explique qu'en contraste avec l'éthique transcendante, que l'on conçoit universelle et immuable, les bonnes mœurs soient éminemment variables ; d'où la loi du 25 sept. 1946, organisant la révision des condamnations pour outrage aux bonnes mœurs, ce qui a permis la révision

du procès Baudelaire, Crim. 31 mai 1949, D. 49, 348 ; objection, faudrait-il réhabiliter les empoisonneuses du siècle précédent sous prétexte que, depuis lors, on a découvert un antidote à leur poison ?).

Dans les années 60, en contradiction radicale avec la recherche d'une coopération entre morale et droit, l'idée a reparu d'une stricte séparation. Elle n'est pas restée sans conséquences législatives. Beaucoup lui attribuent, en matière pénale, la « décriminalisation » (de l'avortement, de l'adultère, de l'homosexualité) ; en matière civile, la libéralisation de la filiation et surtout du divorce. Ce n'est pas, il est vrai, la seule explication possible ; et il se peut que cette législation ait seulement entendu, sans nier la morale traditionnelle, en renvoyer l'application à chaque conscience individuelle. On rejoindrait ainsi une position médiane largement répandue en pays nordiques (cf. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963 ; Fuller, *The Morality of Law*, 1969) : c'est par respect pour la liberté et la sphère d'intimité de l'individu que la loi doit être découplée de la morale. Des juristes anglo-saxons ont même peine à comprendre que nous fassions du devoir moral d'aider ses vieux parents une obligation juridique : c'est une intrusion dans la *privacy* familiale (cf. V^e Congrès de l'Association internationale du droit de la famille, Bruxelles, 1985, rapports J. Eckelaar et M. T. Meulders-Klein).

Dans le même sens de la séparation, peut-être conviendrait-il de ne pas négliger un argument pratique : la difficulté de la preuve. La signification morale (ou immorale) d'une attitude se laisse malaisément appréhender du dehors. Les témoignages en sont les interprètes naturels ; mais, sur de tels sujets, le risque est qu'ils soient déformés par la sentimentalité et la passion, qu'ils tournent à l'anecdote et au commérage. Le droit devient moins certain à proportion des notions morales qu'il voudrait inclure.

b) *Au tournant du siècle*. — Depuis 1980, un retour offensif de la morale a, pourtant, été de plus en plus visible, du moins dans les mots et dans des domaines spécialisés. Les sociologues observaient une *demande d'éthique* (A.S., 1979-1980 ; *Cahiers internat. sociol.* (LXXXVIII), 1990). Ce fut comme si, sur un terrain qui se découvrait à lui brusquement, l'Etat avait éprouvé le besoin de disposer, pour brider, modérer certains comportements dangereux, d'un système de normes qui serait une sorte de médiation entre la loi, trop brutale, et la religion, trop peu laïque. Ainsi fut créé en 1983 (d. 23 févr.), puis légalisé en 1994 (l. 29 juill., a. 23) le *Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*. L'éthique, c'est la morale, avec peut-être quelque chose de plus sublime, de moins terre à terre (joint que le grec a aujourd'hui réputation d'être plus progressiste que le latin ; cf. l'herméneutique). Il y eut des législateurs pour redouter une possible concurrence ; des laïques ancien style pour s'effaroucher de la politesse faite (a. 4) aux « principales familles spirituelles », même rééquilibrées par la philosophie. Et n'allait-on pas vers la restauration d'une morale officielle ? Ce qui limite les risques, c'est que la compétence du Comité a elle-même deux limites : 1^o Ses avis sont satutairement consultatifs non point normatifs (et même ceux qui, de nos jours, préconisent une morale de la discussion, de l'argumentation, souhaiteraient qu'au lieu d'avis il se contentât de délivrer des argumentaires, v. Luc Ferry, revue *Pouvoirs*, 1991 [56] ; cf. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, 1986, 242) ; 2^o Il est étroitement spécialisé dans l'éthique de la recherche biologique, médicale, sanitaire. En fait, les problèmes moraux dont il s'est saisi (et où ses prises de position ont eu une forte charge *médiatique*) concernaient les manipulations génétiques, les prélèvements d'organes, les expérimentations sur les personnes

(cf. Mémeteau, La place des normes éthiques en droit médical, *Dr. pros.*, 88 (2), 191, L'autorité juridique des Comités d'éthique, *ibid.*, 89 (1), 59, et *R.I.D.C.*, 92 [14], 333 ; Dubouis, *Rev. dr. sanitaire et social*, 1989, 155 ; C. Ambroselli, *Le Comité d'éthique*, 1990 ; Galloux, Est-il une autorité de doctrine ?, in *La doctrine juridique*, 1993, 24 ; D. Memmi, *Les gardiens du corps* [examen critique], 1994). Mais, en 1994, les deux grandes lois du 29 juillet, dites de *bioéthique* (94-653, respect du corps humain ; 94-654, don des éléments et produits du corps humain) ont fait entrer ces questions dans le système juridique, ou du moins dans une zone indécise où le droit se souviendra longtemps d'avoir été d'abord éthique pure.

Cette remontée de la morale ne s'est pas, cependant, arrêtée à la bioéthique. Elle s'est étendue à d'autres domaines, où elle est en parallèle (faut-il dire en cheville ?) avec le droit, et tend à se constituer en autant de branches distinctes : ainsi, l'éthique verte, écologique (la pollution est souillure, péché), l'éthique de la propriété, et surtout l'éthique des affaires, c'est-à-dire du contrat (v. Oppetit, *Ethique et vie des affaires*, *Mélanges Colomer*, 1993, 319 ; Diener, *D.* 93, chr. 17) — qu'il ne faut pas confondre avec la morale d'entreprise, notion américaine, qui n'est autre que la liste des devoirs qu'une (grande) entreprise essaie d'inculquer à son personnel. Devant cette invasion de normes parallèles, on finira par regretter le droit. D'autant plus que ces éthiques nouvelles, ainsi que l'atteste l'exemple des Comités, ne se contenteront pas de siéger dans les consciences et dans les livres. Elles veulent avoir des organes, une action, un pouvoir (cf. Jestaz, *Le pouvoir moral*, *R.T.*, 90, 625). L'Etat lui-même a un pouvoir de moraliste. Plus efficacement que par ses procureurs de la République, il l'exerce à travers l'indépendance de ses juges d'instruction (ces juges *maines propres*, tels qu'arrivés d'Italie dans les années 80, et si prompts à lancer la foudre de la mise en examen). Et il n'hésite pas à le partager avec des personnes privées, avec des « entrepreneurs moraux » (par ex. avec ces associations agréées que les a. 2-1 à 2-16 C. Pr. P. appellent à agir comme parties civiles, en suppléantes du ministère public, sur des incriminations dont le catalogue reflète *a contrario* la présence d'une morale d'Etat).

En somme, ce qui manque le plus, c'est la morale des mœurs, des bonnes mœurs au sens ancestral, la sobriété du sexe. En ce domaine, la justice, autant que la loi, a peur d'être prise en flagrant délit de morale (ex. Civ.¹ 3 févr. 1999, *D.* 99, 267, *JCP*, 99, 1, 143 ; *Dr. fam.*, 99 [5], 26 ; cf. t. II, p. 683) ; les maires et les préfets investis d'une police des spectacles pour faire régner *ratione loci* une moralité publique, n'osent plus guère en parler (cf. Lebreton, n. D. 96, 179).

III. — RELIGION ET DROIT

[19] *Distinction de la règle de droit et du commandement religieux.* — La laïcité du droit (civil) français résultait déjà du silence gardé par la C.C. sur la religion. Elle a été explicitement affirmée par la loi du 9 déc. 1905, portant séparation des cultes (le judaïsme ni l'islam n'ont d'Eglises) — des cultes et de l'Etat, et rajeunie, si l'on peut dire, par la Constitution de 1958, a. 2. Le principe de laïcité n'empêche pas, cependant, le droit civil de reconnaître *comme un fait*, sinon les commandements religieux, du moins les convictions religieuses qu'ils déterminent dans la conscience d'un individu (ex. Montpellier, 16 févr. 1986, *D.* 88, 5) : v. Coulombel, *Le droit privé français devant le fait religieux*, *R.T.*, 56, 1 ; L. de Naurois, *Aux confins du droit privé et du droit*

public, la liberté religieuse, *R.T.*, 62, 241 ; Géraldy, *La religion en droit privé*, Th. Limoges, ronéo, 1975 ; Atias, Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce, *J.C.P.*, 84, 1, 3151 ; Malaurie, Tolérance, intolérance, quel regard sur les autres religions ?, *Mélanges Foyer*, 1997, 83 ; B. Basdevant-Gaudemet, *Droit et religion en France*, *R.I.D.C.*, 98, 335. — Dans la dernière décennie du xx^e s., deux phénomènes ont donné une actualité nouvelle aux heurts de la religion et du droit : l'activité imputée aux sectes (cf. t. II, p. 114, 119 ; la protection des enfants est fréquemment invoquée ; cf. F. Champion, M. Cohen *et al.*, *Sectes et démocratie*, 1999), la présence d'une forte immigration *musulmane* (et de ses foulards ; C. d'Etat, 27 nov. 1996, *J.C.P.*, 97, 2, 22808) sur le territoire (cf. *infra*, n° 85). Ces deux zones de turbulences ont *a contrario* dessiné un havre de paix aux religions dites historiques (en fait, judéo-chrétiennes), ce qui revient à ressusciter la distinction entre cultes reconnus et non reconnus que la loi de 1905 avait entendu abolir. — Sur la religion en tant qu'institution organisée, v. J. Robert, *La liberté religieuse et le régime des cultes*, 1977 ; G. Dole, *Les professions ecclésiastiques, fiction juridique et réalité sociologique*, 1987 ; A. Bayer, *Le droit des religions en France*, 1993. — Plus fondamentalement, v. deux numéros des *Arch.*, 1973 (Les dimensions religieuses du droit), et 1993 (Religion et droit).

[20] ► *Le droit comme phénomène de culture*

On pourrait aussi bien parler de civilisation, si les Allemands n'avaient fait prédominer l'autre terme. Disons *culture*.

a) *Le droit est par lui-même une culture.* — Il existe une culture juridique et même plusieurs, autant que d'ethnies (la notion de culture a un emploi en ethnologie). Même un peuple dit archaïque, dont le droit nous paraît barbare, possède sa culture juridique, en entendant par là les caractères qui différencient des autres ses propres coutumes. Et il y tient. Plus que nous à la nôtre, peut-être. Il y a, pourtant, chez nous une culture juridique populaire : le besoin de l'écrit comme support de l'engagement en est un trait (les Allemands le sentent moins). D'autres caractères sont plus cachés : l'obsession de la symétrie, par ex. (tous les peuples ne l'éprouvent pas) : le Digeste (50, 17, 35) l'avait constaté, rien n'est aussi *naturel* que de dissoudre un rapport juridique dans les formes dont on s'était servi pour le lier, et tout naturellement notre C.C. dispose (a. 507) que, pour mettre fin à la tutelle des majeurs, il faut suivre les mêmes formes que pour l'ouvrir (c'est la loi [psychologique] dite de correspondance des formes).

Toutefois, plus couramment, la notion de culture juridique revêt un sens qualitatif, voire élitiste. On pourrait viser par là les qualités personnelles d'un juriste (sa culture ? n'est-ce pas ce qui vous restera d'avoir lu le C.C. lorsque vous l'aurez oublié ?). Mais on s'attachera plus objectivement à la qualité des œuvres, encore plus objectivement

aux qualités communes d'une série d'œuvres (les œuvres d'un siècle, comme en littérature).

Ainsi entendue, la culture juridique n'est pas facile à définir. Parmi les analystes, il en est qui privilégieront la forme (ex. la concision, la clarté d'un style judiciaire ; on parlait jadis d'une *elegantia juris*), d'autres feront l'éloge du fond (et par ex. en contraste avec le caractère précédent, loueront la motivation utilement explicite d'un arrêt de cassation). Il se peut que l'on saisisse plus aisément ce qu'est la culture par son contraire, l'inculture juridique. Il y a eu, dans l'histoire du droit, des périodes de décadence : après les Grandes Invasions, le droit romain appliqué en Gaule s'est abâtardi, au contact des Francs et des Wisigoths. Quels sont donc ici les traits de l'inculture ? Des textes diffus, des impropriétés de langage ; et plus gravement, une déformation des institutions. C'est ce que l'on stigmatise comme *inélégances juridiques*. Il faut admettre, plus généralement, l'existence d'une esthétique du droit. Elle se reconnaît, dans le discours juridique, à une façon assez constante de présenter les matières : l'ordre, la symétrie, la recherche des divisions et subdivisions (binaires de préférence, ternaires à la limite).

b) *Le droit fait partie de la culture générale.* — A cette culture, le droit peut participer en empruntant les autres canaux culturels, lettres et arts notamment. De tout temps, il a fourni de sujets aux écrivains et artistes. Sans doute, plutôt que le droit véritable, ce qui passera ainsi dans la culture nationale, ce sera un droit remodelé par l'imagination. Mais qu'avons-nous à y perdre ? Que ce soit par le grossissement de la caricature ou par un effet de dramatisation, ce droit de fantaisie se gravera bien mieux que l'autre dans la mémoire collective, et peut-être réussira-t-il à éveiller chez les citoyens un intérêt pour la chose juridique. Tout dans le droit n'a pas, d'ailleurs, un égal impact sur la littérature et l'art, partant sur la culture. Le droit pénal y a laissé plus de traces que le droit civil (encore faut-il compter avec l'adultère), et le procès, parce qu'il est action théâtrale, est plus fascinant, pour les profanes, que la loi, cette table de marbre.

Cependant, le droit n'a pas besoin d'intermédiaires pour faire sentir sa présence dans la culture du pays. Il y est déjà par des mots et des proverbes. Plus directement encore, il pourrait s'y trouver par ses règles et ses institutions. C'est soulever la question de sa vulgarisation. Certes, il ne manque pas de moyens pour se faire connaître : les médias sont aujourd'hui à sa disposition, amples et percutants, mais à l'occasion traducteurs infidèles, et alors d'autant plus redoutables qu'à la différence des romans et des comédies, ils ont l'air de parler au nom de la science. Plus profonde est probablement cette imprégnation de la cul-

ture individuelle qui résulte de ce que chacun, par l'éducation, acquiert l'expérience des phénomènes les plus rudimentaires du droit : la force de la règle, la causalité dans la pénalité, la permanence de la promesse. La socialisation de l'enfant passe, pour partie, par une juridicisation.

[21] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, 1974 ; S. Maza, *Vies privées, affaires publiques ; les causes célèbres de la France prérévolutionnaire*, trad. fr., 1997. Sur ce point comme sur d'autres, le XVIII^e fut décidément un siècle exceptionnel : le désir de réformer le royaume par les lois y fut si passionné que la littérature juridique y devint spontanément une part essentielle de la littérature tout court, ce qui se vérifie de l'*Esprit des lois* aux *Mémoires à consulter* de Beaumarchais, en passant par le *Contrat social*.

I. — LE DROIT EN TANT QUE CULTURE

a) *Les conceptions de la culture juridique.* — Le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., 1993, a consacré plusieurs articles à l'expression : après l'article général (Guy Rocher et E. Blankenburg), six cultures juridiques diversifiées par aires géographiques ou religieuses. Cette présentation même dénote une orientation comparative, au service d'une conception ethnologique, de la culture juridique. Le fait est que les ethnologues ont beaucoup travaillé sur la notion de culture, conçue par eux comme l'ensemble intégré des modèles culturels appris qui sont partagés par les composants d'une société. Appris, par opposition à *instinctifs*, sauf à remarquer que ce qui a été fortement enseigné peut devenir instinctif, sinon héréditaire. Cette conception est transposable au droit (cf. l'ouvrage « phare » de l'ethnologue américain E. Adamson Hæbel, *The Law of Primitive Man*, 1954, sur l'arrière-fond culturel du droit). Partant de là, des parallèles sont menés d'une ethnie à l'autre : ex. les Français sont culturellement portés à la codification et les Anglais à la casuistique. C'est l'esprit de tout un droit que l'on essaie de dégager, un peu à la façon de Montesquieu (cf. Rouland, *La tradition juridique française et la diversité culturelle*, *R. Droit et société* (27), 94, 381). Pour cibler plus précisément l'approche culturelle, on peut s'attaquer, plutôt qu'à tout un système juridique, nécessairement complexe, à une institution en particulier : ainsi, quand nous voyons les difficultés rencontrées pour acclimater chez nous le *trust* sous le nom de *fiducie*, nous reconnaissons que c'est un mécanisme décidément propre à la culture anglo-saxonne, et les Allemands pensent semblablement que la possession d'état est typique de la culture française.

Seulement, la conception ethnologique ne nous livre rien de l'autre sens de la culture : la culture à l'intérieur d'une ethnie, d'une nation bien délimitée et ethniquement homogène. Des individus s'y *distinguent-ils* par plus de culture ? La *distinction* (cf. P. Bourdieu, 1979) est quelque chose d'impalpable, car elle a son siège dans le juge-

ment d'autrui. Faute de pouvoir saisir l'homme cultivé, on se rabat sur son ébauche prosaïque, l'homme diplômé : ainsi se recrute, il le faut bien, la classe juridique. Mais, en face, il y a la foule profane : pour elle, qu'est-ce que la culture juridique peut bien signifier ? Les sociologues s'intéressent à ce que Norbert Elias, dans un livre fameux auquel on revient, avait appelé en 1939 la *civilisation des mœurs*, civilisation dont la traduction au quotidien est la civilité, et le moyen principal l'éducation, familiale plus que scolaire (cf. J. Revel, *Histoire de la vie privée*, III, 1986 ; R. Dhoquois et al., *La politesse*, 1991 ; Cl. Haroche, *Cahiers internat. sociol.*, XCIV, 1993, 97). Parlant non plus des mœurs, mais du droit, on dira civisme, éducation civique, peut-être un jour rendez-vous citoyens.

C'est, il est vrai, une conception encore très matérielle. Pour atteindre à ce qu'il y a de plus aérien dans la culture juridique, l'esthétique est peut-être la voie royale : cf. Droit et esthétique, *Arch.*, 96. Il existe une beauté du droit (Jestaz, *ibid.*, 14), et le beau est la médiation métaphysique du juste (A. Philonenko, *ibid.*, 56). Cf. S. Andrini, *Le miroir du réel, essai sur l'esthétique du droit*, 1998.

b) *Relativité des notions de culture et inculture juridiques.* — Les historiens du droit romain ont isolé le phénomène de *Vulgarrecht* : c'était un mélange de coutumes provinciales et de droit romain, classique ou impérial, mais déformé, qui, au Bas-Empire, s'appliquait en fait loin de Rome, du moins dans les classes populaires. Est-il légitime, pour autant, d'y voir une inculture par dégénérescence ? On pourrait parler aussi bien de la culture d'un milieu particulier (cf. J. Gaudemet, *A.S.*, 76, 34). En 1949, Georges Ripert dénonçait comme *Déclin du droit* le droit (socialisant) qu'il voyait se constituer autour de lui. Il liait dans ses accusations le fond et la forme. Mais ils ne sont pas toujours liés. La Révolution s'est faite avec des mots nouveaux certes, mais une syntaxe très sûre ; même l'emphase était en style classique. A la vérité, il n'y a guère qu'un exemple de décadence qui soit un peu hors controverse : c'est la « fin de règne » des glossateurs et postglossateurs, et la netteté de l'exemple tient paradoxalement à ce que l'inculture de cette période a été comparée non pas à la culture qui avait précédé, mais à la culture, fort épanouie, qui allait suivre, l'humanisme juridique du XVI^e s. (cf. Maffei, *Inizii dell'Umanesimo giuridico*, 1956).

c) *Acculturation juridique.* — A hauteur des systèmes juridiques, c'est la greffe, sur un droit autochtone, d'une disposition, d'une institution empruntée à un droit étranger. Il en résultera un métissage des cultures juridiques, une altération du droit importateur comme du greffon importé. Le phénomène a été étudié par les sociologues (v. Roger Bastide, *Le prochain et le lointain*, 1970, et le « Quadrigue », de *Sociologie juridique*, 1994, 377 s.) ; la « mondialisation » lui a donné une actualité nouvelle (cf. n^{os} 139 s.). A l'échelle humaine, l'acculturation est sentie comme une tension, un écartèlement psychique entre deux cultures juridiques ; ainsi, pour l'immigré du Maghreb, entre le droit musulman (religieux) et le droit français (laïque). Et réciproquement, dans le monde arabe, où une européanisation partielle a déterminé un pluralisme culturel ; cf. J.-H. Henry, *Droit et société* (15), 90, 139 ; et D. Howes, De l'oralité (coutume), à l'écrit, *ibid.* (32), 96, 27 (« La lettre tue »).

d) *Socialisation juridique (juridicisation) des enfants et adolescents.* — C'est le processus par lequel le sujet s'approprie le droit objectif régissant son milieu, en intègre les éléments fondamentaux dans son système de représentations et de connaissances ; c'est le passage graduel de l'*infans* (cf. t. I, n^o 162) au mineur discernant, puis à l'*homo* plei-

nement *juridicus*. Ce champ de recherche a donné lieu à des études importantes : Chantal Kourilsky, La perception du droit dans la vie quotidienne, les représentations des concepts de droit privé chez les 11-17 ans, *R. Etudes comparatives Est-Ouest*, 1991 (4), et *Droit et cultures*, 95 (1), 103 ; C. Kourilsky et al., Le rapport des jeunes au droit, *Droit et société* (19), 91 ; H. Malewska et P. Tap, *La socialisation de l'enfance à l'adolescence*, 1991 ; C. Kourilsky-Angeven et al., *Socialisation juridique et modèle culturel. L'image du droit en Russie et en France*, 1996. Les résultats sont intéressants, qui montrent l'évolution, selon l'âge, des contrastes de sensibilité au droit entre garçons et filles, des différences entre jeunes Français et jeunes Russes ou Américains, où se révèlent probablement des différences dans l'esprit des deux systèmes de droit. Ce type de recherche pourrait utilement nourrir une réflexion sur nos méthodes (souvent jugées inefficaces) d'éducation civique : v. à titre d'ex., Audigier et Lagelée, *Education civique et initiation juridique dans les collèges*, 1996, sans omettre la postface moins optimiste de J. Costa-Lascoux — peut-être aussi sur notre notion, nullement obsolète, du discernement des mineurs.

II. — LE DROIT COMME PART DE LA CULTURE

a) *Dans les arts.* — Sa présence se manifeste, avec plus ou moins de bonheur, par des images de justice dans les salles d'audience, des tableaux de mariage dans les mairies, etc. ; cf. Droit et esthétique, *Arch.*, 1996 (notamment, Boudon, Objectivité des valeurs artistiques, 76 ; Ferreira da Cunha, *Balance, glaive et bandeau*, 106 ; Dayot, *La peinture infamante*, 122 ; Terré, *Sociologie du droit et sociologie de l'art*, 242).

b) *Dans les lettres.* — Sa présence *via* les romans, le théâtre, la poésie, a fait l'objet de recherches fréquentes sur le modèle Corneille et le droit (cf. Malaurie, *Droit et littérature*, *Anthologie*, 1998, et *Annales Université de Toulouse*, 1998, 9), Molière et le droit, etc. Un classique : Josef Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 2^e éd., 1919. Mais le cas Shakespeare n'a pas fini de fasciner les juristes : ex. Samin, *Vie judiciaire*, 1^{er} déc. 1996, 5. Un Américain l'a repris dans un livre explosif dès le titre, même avec un point d'interrogation : faut-il tuer tous les juristes ? (D. Y. Kornstein, *Kill all the Lawyers ? Shakespeare's legal appeal*, Princeton, 1996). L'auteur de *Measure for Measure* est présenté comme un apôtre de la liberté, de l'amour, de la grâce, contre le droit. C'est quelque peu tendancieux : dans ses pièces historiques, il arrivera aussi bien à Shakespeare de célébrer le pouvoir militaire, voire totalitaire. C'est l'écueil d'une méthode qui essaie de ramener à l'unité une personnalité très complexe. Il y a aussi beaucoup de Shakespeare chez le magistrat américain Richard A. Posner, *Droit et littérature*, trad. Jouary, 1996. Enfin, des recherches françaises : J. Acher, Victor Hugo, une pensée de droit, *Actes du Colloque interdisciplinaire, Victor Hugo, les idéologies*, Nice, 1985, 47 s. ; A. Ensminger, *La beauté du droit* (Balzac, Hugo, Jules Renard), 1999. Une place originale au sein de la culture, il fallait y penser : l'humour dans le droit et par le droit : les *Mélanges Elie Alfandari, Drôle(s) de droit(s)*, 1999.

Des rapports du droit à la culture, on conçoit assurément d'autres approches que cette quête habituelle des traces juridiques éparées dans les œuvres profanes. Notamment celle-ci, qui consisterait à mettre en perspective le dialogue littéraire, surtout théâ-

tral, et la dialectique juridique, surtout judiciaire. Il faut songer à ces argumentations serrées qu'échangent entre eux indéfiniment par ex., les héros et héroïnes de Molière, de Racine, plus encore de Corneille — des argumentations qui ne portent pas, qui ne *peuvent pas* porter en elles le dénouement. Le dénouement n'est possible que par un « coup de théâtre », l'intervention du prince, du roi ou des dieux. Ce n'est pas que nous voulions apercevoir un procès dans le spectacle (comme' auraient pu le suggérer, par leur appellation même, les *tensons* du Moyen Age), ni inversement un spectacle dans le procès. L'analyse tend à une autre fin. De la superposition des deux observations, il s'agit de dégager des phénomènes communs : le dialogue indéfini, inhérent à la vie passionnelle et juridique, et pour le clore, le geste d'autorité inhérent à la vie véritable. Car l'heure avance, et il faut bien rentrer chez soi.

Chapitre II

[22]

LA SCIENCE DU DROIT

A toutes les époques, le droit a eu ses savants, mais on doute s'il est une science. Une définition célèbre, venue du droit romain, en ferait plutôt un art : *Jus est ars boni et aequi* (l'art du bien et du juste). S'il n'y avait de sciences que celles qui peuvent opérer sur des phénomènes soumis au déterminisme et qui sont capables de découvrir de l'un à l'autre des lois de causalité, les « sciences dures », le droit ne pourrait assurément prétendre, sauf pour une très faible part, au nom de science. Mais, si tout ensemble de connaissances raisonnées et coordonnées mérite ce nom (ne fût-ce que par opposition à l'empirisme), il est bien certain qu'il existe une science du droit. Différente des autres, ce n'est pas discutable ; peut-être même irréductible à toute autre, encore qu'on puisse lui trouver des analogies avec l'histoire (science conjecturale, elle aussi), et surtout avec les sciences du langage (lesquelles, comme elle, étudient des phénomènes et formulent des règles tout à la fois). Il faut, d'ailleurs, prendre garde que, dans ce que nous appelons le droit, plusieurs disciplines distinctes sont probablement incluses. Et, de surcroît, il convient de ne pas confondre avec ces *sciences proprement juridiques* les *sciences auxiliaires* (il sera plus aimable de dire *collatérales*) du droit.

1 / Les sciences proprement juridiques

Les unes sont tournées vers le *droit positif*, le droit tel que réellement applicable dans le lieu et le temps où l'on se trouve (ce sont celles qui forment ce que, dans la doctrine étrangère, on appelle volontiers la *dogmatique*) ; les autres, vers la *législation* (au sens technique, qui s'oppose ici à « droit positif », c'est la *lex ferenda*, la loi, le droit qui n'existe pas encore, mais qu'il serait socialement désirable de mettre au monde).

[23] 1 | LES SCIENCES DU DROIT POSITIF

a) Le droit, science de systématisation

Toute science systématise ; mais le droit, sous un certain aspect, semble n'être que cela. Les sources formelles font connaître les règles de droit dans la dispersion et parfois l'incohérence (même la synthèse que tente une codification peut n'être pas satisfaisante), avec des doubles emplois et, à l'inverse, des lacunes. Il faut classer, rassembler, compléter les dispositions les unes par les autres, bref mettre en *ordre*. C'est une science que cette exposition systématique des règles constituant le droit, coordonnées logiquement à l'unité du système.

Dans cette activité, la science du droit use d'une *technique*, d'une série de procédés pour atteindre à la systématisation.

1° Les *définitions* (nombreux ex. dans le C.C., sauf dans le droit des personnes, où les institutions, étant vécues, n'ont pas besoin de définitions).

2° Les *catégories juridiques*. — Des cadres généraux sont établis, dans lesquels les faits devront nécessairement se ranger. Le cas le plus remarquable, à cet égard, est celui du droit pénal : les délits punissables (ex. vol, escroquerie, abus de confiance, etc.) constituent des catégories légalement définies, et les agissements qui se situent dans les intervalles restent impunis, en vertu du principe : *nullum crimen sine lege*. Mais, en droit civil aussi, on rencontre de ces catégories rigides

(ex. meubles et immeubles). Donner à un fait, à un objet le nom qui lui revient légalement, c'est procéder à sa *qualification*.

3° La *nature juridique*. — Par l'analyse interne de l'institution, en dégagant ses traits caractéristiques, on cherche à situer une institution dans le système du droit, à faire apparaître sa parenté avec d'autres institutions, voisines ou plus générales. Ex., on se demande si le mariage a la nature d'un contrat ; on attribue à la cause de divorce la nature d'une faute ou d'une faillite.

Il faut observer que la *classification* a dans le droit un intérêt qu'elle n'a pas ailleurs (ex. en botanique ou en zoologie) : un intérêt pratique, et non pas seulement scientifique. Le rapprochement établi entre deux institutions par la communauté de leur nature juridique nous autorisera à puiser dans la réglementation de l'une pour compléter celle de l'autre. Si le mariage était un contrat, on pourrait peut-être le déclarer annulable pour dol (a. 1116), alors que les a. 180 s. n'en parlent pas ; si le droit au nom est un droit de propriété, il peut sans doute s'acquérir par une possession prolongée. Ainsi, la classification sert à l'interprétation.

[24] b) Le droit, science d'interprétation (l'herméneutique)

L'application d'une règle de droit, sauf simplicité exceptionnelle, suppose une interprétation préalable, un intermédiaire entre la règle et les faits. C'est que, sans même parler de l'obscurité due à une technique défectueuse du législateur, la règle est une disposition abstraite, faite en vue d'un cas moyen, qui n'est que rarement donné dans les faits. A l'*interprète* (juge ou commentateur) d'assurer la transposition nécessaire de l'abstrait au concret. Il pourra, du reste, avoir à employer son herméneutique sur d'autres textes que la loi, sur des contrats ou des testaments (pour lesquels le C.C., a. 1156-1164, lui offre des maximes d'interprétation), et même sur d'autres matières que des textes (il peut être nécessaire de donner un sens aux faits de l'espèce).

C'est une science certes très particulière que l'interprétation, la recherche du sens. Elle a des analogues bien peu scientifiques (interprétation des songes et des oracles), et d'autres qui le sont davantage (traduction d'un texte étranger). Le vrai est que, quasi intuitive à l'origine et colorée de magie, elle n'est devenue que peu à peu ce qu'elle est aujourd'hui, essentiellement logique, une méthode de déduction à partir de principes (cf. *infra*, n°s 154 s.). A cet endroit, nous rencontrons la *logique juridique*, qui tend à s'ériger en discipline distincte, tout en restant une science de textes elle aussi.

[25] 2 | LA SCIENCE DE LA LÉGISLATION

Il ne faut pas dire que c'est une « science normative ». L'expression serait trompeuse : les sciences parlent à l'indicatif, non à l'impératif, c'est la loi seule qui commande. Mais l'élaboration des lois plus largement, la production des normes, peut faire la matière d'une science, la législation ou *légistique*.

a) Son premier objet sera de déterminer le *besoin social de lois* : le législateur doit-il intervenir, et en quel sens ? C'est ce que l'on appelle la *politique législative*, la loi étant le bras armé de la politique, au sens noble, qui est le gouvernement de la cité. La politique législative implique la *critique* du droit existant dans ses dispositions ou dans ses lacunes (critique au sens de jugement, d'évaluation positive ou négative). Mais, en balance, il faudra placer une évaluation de la *réforme* projetée, autant qu'il est possible d'en conjecturer les avantages et les inconvénients. On pourra donner au pronostic plus de rigueur en constituant autour de la *lex ferenda* un modèle mathématique (ex. d'une « libéralisation » du mariage, quels seront les effets probables sur le nombre des mariages, leur durée, le nombre des naissances légitimes, les partages successoraux, etc.). On ne saurait, toutefois, se borner à faire porter l'évaluation sur les seuls effets des dispositions particulières de la loi. Il importe de rechercher si la réforme en elle-même, parce qu'elle est changement du droit, ne peut pas avoir sur la société un impact, psychologique ou matériel, qui dépasse son objet propre. A ce stade du travail législatif, la décision de réformer peut encore être filtrée par des conseils de sagesse politique, des maximes purement empiriques. Il en est qui viennent du *Digeste* (1, 3, 3 s. ; 1, 3, 12), d'autant plus utiles à rappeler que le législateur contemporain les a souvent perdues de vue : qu'il ne faut pas se précipiter pour légiférer sur des cas hors du commun (des *ἄπαξ*, « il était une fois » ; ex. des naissances extraordinaires, *Digeste*, 5, 4, 3) ; qu'il ne faut pas essayer de tout prévoir.

b) Une fois découvert et admis le besoin législatif, une autre branche de la législation entre en jeu pour la *rédaction même des textes*. La manière de faire les textes ne s'improvise pas et soulève plusieurs questions de principe. La loi doit-elle parler en *style populaire* (ex. C.C.S.) ou en *style technique* (ex. B.G.B., qui a voulu se donner un lexique juridique rigoureux) ? Notre C.C. suit une voie moyenne entre les deux tendances. Vaut-il mieux que la formule légale énumère des cas pratiques (méthode de la *casuistique*), au risque d'allonger,

sans espérer d'ailleurs tout embrasser, ou, au contraire, qu'elle soit rédigée en termes généraux (méthode des *clausulae generales*), au risque de permettre des extensions imprévues et indésirables ? La loi peut par ex. donner un catalogue de causes concrètes de divorce : adultère, abandon du domicile pendant un an, ivrognerie habituelle, etc., ou se contenter d'une clause générale, telle que : tout manquement à une obligation conjugale rendant insupportable le maintien de la vie commune (cf. a. 242). En poussant plus loin encore la seconde méthode, on en viendra à ne poser que des directives (flexibles), des *standards* (étalons) pour l'interprète, des *notions à contenu variable*. Ex. (utopique) : les juges pourront refuser le divorce toutes les fois qu'il leur paraîtra contraire à l'intérêt des enfants issus du mariage. Ex. (pratiques) : les bonnes mœurs, la bonne foi, le bon père de famille, la formule que l'on rencontre dans des lois modernes « en tant que de raison ».

Convient-il de légiférer par création d'une catégorie nouvelle ou par référence à une catégorie préexistante ? La seconde attitude est très conforme à l'esprit juridique, car il est de l'essence du droit de relier l'avenir au passé. C'est elle qui conduit, en particulier, à l'emploi des *fictions légales* (l'expression est dans l'a. 739), où l'on fait quelque violence à la réalité nouvelle pour la ramener à une idée déjà reçue et la rendre ainsi plus accessible. Ex. la loi veut que, dans la famille paysanne, le fils qui continue à travailler avec son père ne soit pas défavorisé par rapport à ses frères qui ont acquis une situation indépendante ; aussi décide-t-elle (d.-l. 29 juill. 1939, a. 63) qu'à la mort du père, il sera *réputé* bénéficiaire d'un contrat de travail dont le salaire ne lui a pas encore été payé. Autre ex., la société à responsabilité limitée est une institution favorable à l'esprit d'entreprise ; mais il faut être au moins deux pour constituer une société ; qu'à cela ne tienne ; la l. 11 juill. 1985 va *feindre* qu'il puisse exister une société avec un associé unique (a. 1832, al. 2) : c'est l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L.).

c) La rédaction débouchera, sauf abandon, sur une *décision*. Mais la décision est une opération complexe. Dans notre système constitutionnel, le gouvernement doit, en général, soumettre ses décrets et projets de lois au Conseil d'Etat pour *avis* préalable, un avis qui, suivant les cas, le laissera théoriquement libre de sa décision ou s'imposera à lui point par point (c'est la distinction à faire entre les deux formules, *sur avis...* et *sur avis conforme...*). Pour certaines catégories de textes, il est parfois prévu la consultation obligatoire de commissions administratives ou d'organes professionnels. Quant à la loi proprement dite,

elle ne sera *votée*, selon une procédure parlementaire qui a ses règles, qu'après des *débats* qui auront pu modifier la rédaction initiale par des *amendements*. Les débats des deux chambres peuvent être regardés comme faisant partie de la décision législative en ce sens qu'ils en sont la motivation (claire ou classique) au titre des travaux préparatoires, cf. *infra*, n° 154). Eventuellement, le Conseil constitutionnel pourrait avoir un dernier mot à dire.

d) Il arrive qu'un gouvernement mette à son programme plusieurs projets de lois en même temps, qui, bien que portant sur des secteurs différents du droit, doivent concourir, néanmoins, à exercer une action de même sens sur la société. Une loi facilitant la division des immeubles par appartements, une autre réduisant la durée minimale du bail d'habitation, une troisième pour favoriser le crédit hypothécaire — en trois lois on peut espérer un accroissement du parc des logements disponibles. L'unité d'objectif définit une *politique législative*. C'est un aspect de la politique tout court, qui est l'art de fixer un cap (des caps) à l'action de l'Etat et de s'y tenir (à ne pas confondre, du reste, avec la politique des politiciens, lutte civilisée pour le pouvoir). Il est des politiques législatives qui sont couramment caractérisées par leur objet, telles la politique de la famille (cf. t. II, p. 25), la politique de la consommation (du droit de la consommation). La *politique criminelle* (qui serait mieux nommée *anti-criminelle*) est un cas à part. A la fois législative et judiciaire, elle a de longue date acquis une autonomie : c'est l'ensemble des stratégies tendant à combattre la criminalité par la prévention et la répression.

Peut-on parler d'une politique judiciaire ? S'il en est une, c'est probablement la Cour de cassation qui la mène, mais pendant longtemps elle n'a pu trop en parler : l'esprit de l'a. 5 y faisait obstacle. Les commentateurs devaient se contenter d'induire cette politique de la jurisprudence, pour peu que l'on pût y discerner une intention dépassant les soucis de pure technique juridique. Depuis lors, les langues se sont déliées. Aussi bien, des saisines *ad hoc* n'ont-elles pas été créées (cf. *infra*, n° 143), comme pour encourager la Cour de cassation à exprimer des vues prospectives ?

2 / Les sciences collatérales du droit

Nous nous bornerons aux plus classiques (un temps viendra peut-être où une spécialité comme le droit civil de la famille ne se préparera pas sans un stage dans quelque laboratoire de biologie).

[26] 1 | LES SCIENCES COLLATÉRALES CLASSIQUES

On peut en citer deux, enseignées dans les Facultés de droit. Toutes deux comparatives, au fond, mais l'une travaille dans le temps, l'autre dans l'espace.

a) *Histoire du droit* lato sensu (en y englobant les droits de l'Antiquité, tout spécialement le droit romain, aussi bien que le droit français antérieur au C.C.). — L'histoire peut servir le droit de plusieurs manières :

1° En permettant — c'est son dessein le plus scientifique, mais le plus aléatoire — d'établir des lois générales d'évolution des institutions juridiques.

2° En éclairant les institutions du droit actuel, qui ont souvent leur origine, directe ou indirecte, dans le droit des siècles passés.

3° En fournissant au juriste d'aujourd'hui, qui doit interpréter, construire, voire habiller de droit l'équité, un fonds d'observations et de réflexions amassé par les siècles. Toute opinion tend à devenir du droit, et une opinion n'est pas, *a priori*, dépourvue de valeur juridique — bien au contraire — par cela seul qu'elle sort des millénaires (c'est un océan d'idées que le *Corpus juris civilis* de Justinien).

Plus généralement, on peut dire que le droit trouve dans l'histoire son milieu propre, car il est essentiellement durée, mémoire, rattachement des générations les unes aux autres, enracinement de l'avenir dans le passé, et même quand il est révolutionnaire, il aimera se redécouvrir des titres anciens que des siècles d'oppression n'avaient pu effacer.

b) *Droit comparé*. — Il s'agit de l'application de la méthode comparative aux droits pratiqués dans les différents pays à notre

époque. Les services que le droit national peut en attendre sont de diverses sortes :

1° Le droit comparé est, avant tout, un *instrument de réforme législative*. Le progrès du droit ne va point d'un pas égal dans tous les pays. Des lois étrangères peuvent ainsi fournir des modèles à imiter. En fait, de tout temps, les institutions juridiques ont fait l'objet d'échanges internationaux. On connaît les importations que nous devons à l'anglomanie du XVIII^e s. (le régime parlementaire, le jury), à l'américanisme du XX^e (le contrôle de constitutionnalité).

2° Le droit comparé, adressant sa leçon non plus au législateur, mais à l'interprète, peut être un *instrument d'affinement des notions techniques*. Le droit étranger sera imité dans ses théories et non plus dans ses lois (ex. nous avons, en France, à la fin du XIX^e s., puisé à la source allemande la théorie de l'acte juridique). Plus subtilement, la simple confrontation du droit français avec un droit étranger peut nous faire prendre conscience des idées sous-jacentes à notre droit. Ex. l'a. 1382 C.C. parle de la faute, sans la définir ; si, dans un texte correspondant du Code civil allemand, nous lisons une phrase telle que « ... Celui qui, par un fait contraire au droit... », etc., nous en venons à penser que la faute peut s'analyser comme un fait contraire au droit.

3° On a proposé de reconnaître au droit comparé plus que ce rôle de conseiller du législateur ou de l'interprète, et d'en faire une véritable *source du droit*. Le juge, pour combler les lacunes de son droit national, aurait le pouvoir et le devoir de suivre les indications du droit comparé, les solutions communément admises par les droits étrangers de la même famille, ce que l'on a appelé le *droit commun législatif*. Cette dernière fonction est, toutefois, fort discutée.

[27] 2 | LES SCIENCES COLLATÉRALES NOUVELLES

Il en est quatre qui ont entre elles cette affinité de pouvoir porter sur des faits de la vie, non pas uniquement sur des textes.

a) *Sociologie juridique (ou sociologie du droit)*. — C'est un rameau qui s'est détaché de la sociologie générale, en se donnant pour objet d'étudier cette variété de phénomènes sociaux que sont les phénomènes juridiques (cf. *supra*, n° 16). Mais il est essentiel de dire qu'elle les étudie du dehors, non de l'intérieur : à la différence du juriste, le socio-

logue du droit est *en dehors* du système juridique qu'il observe, lors même qu'il se trouverait par sa nationalité lui appartenir. Ainsi le veut la règle d'objectivité qui domine l'emploi de la méthode sociologique. Cette méthode a d'abord consisté dans l'observation historique et comparative des institutions. Aujourd'hui, cependant, on lui préfère l'observation de masse portant sur les phénomènes juridiques vivants, et les techniques couramment employées sont la statistique (ex. celle des divorces ou des adoptions) et surtout l'enquête par sondage (ex. un sondage destiné à déceler l'état de l'opinion publique sur l'héritage). Les informations recueillies et analysées par la sociologie juridique pourront servir de guide au législateur.

b) *Ethnologie juridique*. — En ses débuts, c'était une sociologie juridique qui s'était spécialisée aux peuples dits primitifs ou archaïques ou traditionnels, dont les systèmes de droit, en général purement coutumiers, paraissaient procéder d'une mentalité prélogique. Maintenant, elle croit moins aux temps prélogiques et elle fait entrer dans son domaine tout ce que nos sociétés modernes peuvent receler de populaire et de coutumier. Dans un sens strict, l'ethnologie juridique se propose d'étudier le droit de chaque ethnie en ce qu'il a de spécifique. Elle devient *anthropologie juridique* lorsque, dépassant le spécifique, elle essaie de dégager ce qu'il y a d'essentiel dans « l'homme juridique », l'homme vivant en société sous le droit.

c) *Psychologie juridique*. — Si elle est psychologie sociale, elle se confond avec la sociologie juridique. C'est comme psychologie individuelle — normale ou pathologique — qu'elle devient une discipline autonome. Elle étudie, par l'observation, voire l'expérimentation (par des tests), les ressorts psychiques des phénomènes du droit (ex. l'insociabilité familiale à la racine des divorces, des procès entre héritiers) — ou, à l'inverse, les états de conscience déterminés par le droit (à commencer par la mauvaise conscience de celui qui viole le droit). Des applications pratiques sont possibles (ex. expertise psychologique ou psychiatrique, a. 1183 C. Pr. C. ; critique du témoignage en procédure civile ou pénale).

d) *Linguistique juridique*. — C'est la science du langage appliquée au langage du droit. Le droit a son vocabulaire, emploie des mots qui ne sont qu'à lui ou leur donne un sens qui n'est pas celui de tout le monde. Les lois, les jugements, les contrats notariés ont un style, marqué par la tradition, encore qu'il puisse s'en affranchir. Qui plus est, il arrive que le langage fasse du droit à lui tout seul : il existe des *actes de langage*, des mots *performants*, qui produisent des effets juridiques dès qu'ils sont prononcés ou écrits (« Je vous promets 1 000 F », ce

n'est pas simplement une phrase, c'est un engagement). La linguistique juridique accompagne constamment le juriste.

e) *Analyse économique du droit*. — Il y a eu, dès le XIX^e s., un mariage universitaire entre sciences juridiques et économiques. Mais on parlait alors d'économie *politique* : l'épithète avait l'avantage de marquer une parenté de fonction entre les deux disciplines, le droit se proposant lui aussi de coopérer au gouvernement de la cité. L'analyse économique du droit se donne pour tâche d'observer objectivement, et de mesurer, si possible mathématiquement, la dimension économique de phénomènes juridiques tels que le contrat — sa négociation, son exécution (ou inexécution) —, le coût économique de l'application (ou non application) d'une règle de droit.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Gény, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., 1914-1924. — J.-Fr. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, 1979 ; Chr. Atias, *Epistémologie juridique*, 1985, et *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix, 1991. Cf. A.-J. Arnaud, Vanité d'un projet épistémologique dans les sciences juridiques, *Dr. pros.*, Aix, 1988 (2), 471. Sur la notion d'*épistémologie* en général, v. d'ailleurs A.S., 1981 et 1982.

[28]

I. — SCIENCES PROPREMENT JURIDIQUES

a) *La dogmatique juridique*. — 1° Son importance demeure grande ; cf. J.-Fr. Perrin, *Festgabe Alois Troller*, Berlin, 1987, 49. — 2° Sa méthode soulève une question redoutable : le droit, dogmatiquement entendu, est-il une science ou un art ? Dans la mesure où il se veut, et s'est fait, science, il peut aisément se mettre au bénéfice des recherches très actives d'épistémologie qui se sont déployées, depuis le milieu de ce siècle, dans les sciences exactes et même, par extension, dans les sciences humaines et en philosophie. Mais, si nous ramenons le droit à ses formes ancestrales, où il s'agit de distinguer, opposer, interpréter, disputer *pro* et *contra* (bref, faire de la dogmatique), ne quittons-nous pas les rives de la science pour celles de l'art ? Et la méthode — plus exactement le trésor de recettes empiriques qu'en deux millénaires, depuis Rome, se sont constitués des générations de « jurisconsultes » — ressemblera, plutôt qu'à une épistémologie, à ce qu'étaient en poésie les « arts poétiques » (modèle Boileau, qui n'est pas méprisable). La « nouvelle rhétorique » de Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca (*Traité de l'argumentation*, 2^e éd., 1970) représente avec talent ce que pourrait être, au moins sous une de ses faces, un « art juridique » conçu comme art de la dogmatique (cf. A.S., 94 et 95 [1], *Argumentation et sciences sociales*, spéc. 95 [1], p. 35). Pour une

[28]

application de cet art dogmatique, pour un « art appliqué », on peut recommander la lecture d'un auteur exemplaire du milieu du XIX^e s., Demolombe (cf. *infra*, Doctrine), en commençant peut-être par le droit des biens, ou le droit de la filiation. Le contenu est évidemment dépassé, le style même a vieilli. Mais la manière d'exposer et d'argumenter garde valeur d'enseignement.

b) *La théorie générale du droit*. — Sous ce titre se rencontrent des ouvrages très voisins, par leur caractère initiatique, des ouvrages d'introduction (visés *supra*, n° 1), mais qui s'en distinguent en ce qu'ils se veulent moins descriptifs et se proposent de creuser davantage : Roubier (1951), Dabin (1962) et surtout aujourd'hui Bergel (2^e éd., 1989). La théorie se conçoit dans son opposition à la pratique, qui est ici par excellence la pratique judiciaire. La théorie générale du droit saisit le droit en faisant abstraction de son application — et aussi en le dépouillant de sa gangue historique et sociologique. Elle le ramène à un système rationnel de concepts. Elle se situe ainsi entre la dogmatique et la philosophie du droit (cf. Grzegorzczak, *Arch.*, 77, 177). Proche de la première en ce qu'elle prend pour objet le droit positif, mais à l'état de notions fondamentales, d'outillage conceptuel. Proche de la seconde, en ce qu'elle demande à la philosophie des sciences des clefs pour l'analyse des notions, mais sans s'interroger sur les fins dernières du droit, sans s'aventurer dans la métaphysique juridique. A la théorie générale du droit peut être rattachée la *methodologie juridique* (cf. Bergel *et al.*, *Dr. pros.*, 1990-4), qui aspire à faire la synthèse de méthodes que la diversité de leur objet (la classification, l'interprétation, la législation, etc.) tend à disjoindre. La synthèse pourrait, il est vrai, s'accomplir, à un degré supérieur, dans l'*épistémologie juridique*, critique scientifique de la science du droit. Mais peut-être faudrait-il partir du métier de juriste pour tracer les contours de la science du droit.

c) Le principe du *contradictoire*, consubstantiel à la notion de procès (cf. *infra*, n° 188), a une conséquence capitale pour la conception que l'on doit se faire de la science du droit. La forme juridique du raisonnement, c'est le débat contradictoire, et la science du droit retire de là une irréductible originalité : c'est une science du contradictoire. En contraste avec les autres sciences où un problème ne saurait généralement comporter qu'une solution, tout problème, ici, en comporte au moins deux. Chacune des prétentions contradictoires est, *a priori*, plaidable, puisqu'on la plaide, et si elle est plaidable, elle est probable. Toute opinion tend à devenir du droit, et il n'y a dans le droit que des opinions diversement probables. N'est-il pas permis d'objecter, cependant, que, si les deux thèses, dans le procès, sont plaidables, une seule est vraie, puisqu'une seule sera consacrée par le juge ? C'est la théorie du philosophe du droit Ronald Dworkin (né à New York en 1930) : à une question de droit il existe une seule bonne réponse. C'est incontestable au plan de l'application, en ce sens qu'une seule réponse obtiendra finalement la force exécutoire. Mais le droit préexiste à son application. Sans prolonger la discussion, que Dworkin fait rebondir à travers ses idées complexes sur la fonction du juge (dans l'esprit de la *Common Law* ; cf. *Droit et Société* [1 et 2], 1985-1986 ; Bouretz *et al.*, *La force du droit*, 1991, p. 69), nous pouvons nous arrêter à cette constatation que, chez nous (dans l'esprit du droit romain) la vérité judiciaire elle-même n'exclut pas qu'elle est artificielle et qu'il pourrait bien y avoir d'autres vérités. Nous ne disons pas que le jugement est la vérité ; simplement, qu'il est censé l'être (*res judicata pro veritate habetur*). C'est une vérité que l'Etat suppose pour des raisons de paix sociale, parce qu'il faut en finir, parce qu'il faut mettre un terme

aux procès qui troublent la paix. Martin (sur Aubry et Rau, XII, 5^e éd., § 749, n. 2 *bis*), dans une formule dont les linéaments se trouvent déjà chez Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689, liv. 3, tit. 6), a montré toute la distance qui sépare la preuve judiciaire de la preuve scientifique, et, par là, de la vérité scientifique la vérité judiciaire (cf. *infra*, n° 179) ; celle-ci n'est jamais qu'une vraisemblance. Il y a là quelque chose de plus, et d'autre, que l'indétermination générale qui se rencontre dans toutes les sciences sociales (ex. histoire, sociologie). Dans ces sciences-là, l'indétermination est un signe d'infirmité provisoire. On peut imaginer qu'un jour viendra où l'histoire reconstituera exactement le passé, où la sociologie arrivera à formuler des lois vérifiées par l'expérience. Mais le droit, à ce moment-là, continuera à n'être pas régi par le principe de non-contradiction, parce qu'il est de son essence et de sa fonction d'être contradictoire. Cf. E. Bertrand, *Le rôle de la dialectique en droit privé positif*, D. 1951, chr. 151. Il faut ouvrir un chapitre au doute (cartésien ?) comme prélude aux actions efficaces (cf. *infra*, n° 62).

[29] d) La législation, légistique, dit-on, est-elle art ou science ? V. R. Houin, De lege ferenda, *Mélanges Roubier*, 1961, I, 273 ; Bankowski et al., *La science de la législation*, 1989 ; D. Rémy, *Légistique, l'art de faire les lois*, 1995 ; Morand, dir., *Légistique formelle et matérielle*, ouvrage collectif international, Aix, 1999.

1° Le processus législatif.

Préliminaire : la détection du besoin de loi. Les gouvernants, les décideurs, ont toujours eu des canaux pour faire monter ce besoin de la base vers eux : les cahiers de doléances qui ne servent guère à Louis XVI, les sondages d'opinion dont use et abuse notre temps (*infra*, n° 33 ; cf. par ex., pour la loi française de divorce de 1975, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, *Révision du droit du divorce*, Zurich, 1988). Mais, en face, il faut faire apparaître la résistance au changement, la force d'inertie du *statu quo*, qui a la légitimité de tous les phénomènes sociaux.

La suite se déroule en plusieurs phases.

— *Volonté* (décision : réformer ou conserver ? si l'on réforme, dans quelle direction ?).

— *Texte* (rédaction, formulation). Longtemps ce ne fut qu'affaire de style (technicien ou populaire, euphémique ou de terreur ; cf. Souriaux-Lerat, D. 83, chr. 221 ; Viandier, *Dr. pros.*, 87, 847). Et le style, c'est l'homme (sauf à se demander qui est l'homme (l'ethnie ou le rédacteur)) ? Mais, aujourd'hui, l'emprise de l'informatique peut faire entrevoir une formalisation (algébrisation ?) du savoir juridique (même si les réalisations sont modestes) ; cf. D. Bourcier, C. Thomasset, et al., *L'écriture du droit... face aux technologies de l'information*, 1996 (spéc. 105, 273, 371).

— *Action*. Le rôle de la législation, qui est obstétrique, ne s'arrête pas à l'accouchement ; elle doit suivre l'enfant dans les premiers temps, en examinant si la loi passe bien dans les faits, en l'aidant, s'il le faut, à y passer.

2° Il est un secteur de la légistique que l'on désigne parfois comme l'évaluation législative. V. l'ouvrage suisse de L. Mader, qui a frayé la voie, *Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, 1985 (cf. *Dr. pros.*, 94 (4)). Ce qui peut amener le législateur à s'interroger sur lui-même : ces lois que nous faisons seront-elles vraiment appliquées ? et, à la limite, étaient-elles bien indispensables ? Une loi du 14 juin 1996 a institué un *Office parlementaire d'évaluation de la législation*, composé de

députés et de sénateurs, chargé d'« évaluer l'adéquation de la législation aux interactions qu'elle régit ». On attend ses miracles. L'évaluation législative comprend, en réalité, plusieurs branches. Avant la loi, il est bon d'étudier si elle est faisable et quelles en seront les effets prévisibles. C'est de la même manière qu'avant de lancer des travaux publics (de bâtir une digue ou d'ouvrir une route), il est demandé à des ingénieurs de mener des études de *faisabilité* et d'*impact*. Après l'entrée en vigueur : dans quelle mesure la loi est-elle appliquée ? C'est l'étude de l'effectivité (cf. *A.S.*, 58, 3 ; « Quadrige » de *Sociologie juridique*, 1992, 256 ; beaucoup de lois restent partiellement inefficaces). Quels sont les effets du texte, directs ou indirects (sur d'autres secteurs du droit) ? normaux ou pervers ?

3° *Techniques de rédaction législative*. Deux ont fait l'objet d'études particulières :

— les *standards* (étalons, modèles), aux contours flexibles ; v. Al Sanhoury, *Etudes Gény*, 1934, II, 144 ; Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, 1980 ; Bergel et al., Les standards dans les divers systèmes juridiques, *Dr. pros.*, 88 (4) ; standards ou, dans une autre terminologie, notions à contenu variable, v. Perelman et al., *Etudes de logique juridique*, Bruxelles, 1984 ;

— les *fictions*, *Droits* (21), 1995 (spéc. p. 17, pour le droit romain, Yan Thomas) ; G. Wickler, *Les fictions juridiques*, 1997.

[30] e) *Politique législative*. — C'est l'art législatif mis au pluriel, et ordonné à un but unique. Ex. les politiques familiales, habitude française : des lois en série pour la famille, avec un but (au début du siècle), accroître la natalité. Mais il peut y avoir aussi des politiques judiciaires : ex. la « politique criminelle » qu'un garde des sceaux cherche à promouvoir sur tout le territoire par voie de circulaires aux parquets (cf. *infra*, n° 111) ; et sur le concept même de politique criminelle, Merle et Vitu, *Dr. crim.*, I, n° 151). Vision d'ensemble : la *politique juridique*, impulsion unitaire que les gouvernants donnent au droit. Cf. *A.S.*, 1990, sur les politiques publiques, spéc. p. 43, Lascoumes, sur les normes juridiques comme instruments ; Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, 1998 ; P. Duran, *Penser l'action publique*, 1999. Une philosophie de la méthode est à la base : rationalité, signe des législations modernes selon Max Weber, la cohérence entre toutes les normes étant l'idéal. Cependant, la post-modernité juridique s'est affranchie du besoin de cohérence, en multipliant les cas où le texte est soumis à des avis préalables (cf. Revet et al., *L'inflation des avis en droit*, 1998, en pratiquant systématiquement la consultation et l'« écoute » des corporations compétentes, des « partenaires sociaux ». La rédaction définitive portera inévitablement les reflets d'intérêts divergents. C'est un changement dans la philosophie de la législation : la loi cesse d'être imposée, elle est *négociée* comme un contrat (contrat cauteleux, de surcroît, rien du fol élan d'un mariage, ce qui ne facilitera pas la tâche des interprètes).

f) Les études de *logique juridique* ont pris, à notre époque, un très vif essor (*Arch.*, 1966 ; *A.S.*, 1966, p. 365 ; A. J. Arnaud et al., *Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht*, Berlin, 1985) ; mais dans deux directions opposées. Tout un courant s'efforce d'adapter au droit les recherches de la logique moderne et son formalisme mathématique (cf. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, 1965). Au contraire, l'Ecole belge de Ch. Perelman (1903-1984), plus littéraire, voit dans la logique juridique une théorie de l'argumentation, de la controverse, de la persuasion. Dans cette seconde veine, Perelman et autres, *Les antinomies en droit*, 1965 ; *Le pro-*

blème des lacunes en droit, 1968 ; *Etudes de logique juridique*, 1967, 1970, 1973 ; *Le champ de l'argumentation*, 1970 ; *Le raisonnement juridique*, 1971 ; *Les présomptions et les fictions de droit*, 1974 ; Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 1976 ; *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, au-delà du positivisme juridique*, 1984

II. — SCIENCES COLLATÉRALES

[31] a) *Histoire du droit*. — Arch., 1959 (droit et histoire). Le temps est une dimension du droit. La remarque en a été faite par les philosophes (Engisch, *Vom Weltbild des Juristen*, 1950, *Recht und Zeit*, 1955). Aux juristes de relever les retombées de la notion en droit positif : ex. Hébraud, *Mélanges Kayser*, 1979, II, 1 ; et dans les *Mélanges Hébraud*, 1981, Brimo, Cabanis, Dagot). A chaque institution du droit, ses usagers incorporent de mémoire son histoire, telle qu'ils ont pu la vivre ou l'entendre raconter par leurs parents et grands-parents. Que vienne une loi sur le bail qui soit favorable aux bailleurs, ceux-ci, que les pierres rendent naturellement historiens, la relativiseront d'emblée en projetant sur elle leurs expériences diverses du passé législatif. Et la monnaie forte de l'instant présent ne circule qu'affectée d'un coefficient de doute, d'un *malus* où se condense l'historique des tribulations anciennes du franc. Le droit communautaire, le droit que produit la Commission de l'U.E., a la singularité d'être un droit sans racines historiques. Il n'est pas la projection d'une civilisation qui serait commune à l'Europe : c'est un droit artificiel.

b) *Droit comparé*. — V. outre, *infra*, le n° 85 : Constantinesco, *Traité de droit comparé*, 3 vol., 1972-1983 ; G. Marty, Les apports du droit comparé au droit civil, *Livre du Centenaire de la Société de législation comparée*, 1969, 91 s. ; Noda, *Etudes Ancel*, 1976, I, 23 s. ; R. Rodière, *Introduction au droit comparé*, 1979 ; Grivart de Kerstrat, Une méthode pour le droit comparé, *Dr. pros.*, 1982 (2), 205 ; Agostini, *Droit comparé* (dans une conception novatrice), 1989 ; A. Lévi, *R.I.D.C.*, 95, 497 ; Legrand-Sacco, *R.I.D.C.*, 95, 131, 943 ; Langeron, La recherche en dr. comparé, *Dr. pros.*, 96, 1101 ; J. Robert et al., Le droit comparé aujourd'hui et demain, *R.I.D.C.*, 96, 265. — Des trois fonctions indiquées au n° 26, cf. R. David, *Grands systèmes de droit contemporain*, 1978, n° 6 s.), la troisième (le droit commun législatif), préconisée par Edouard Lambert (*La fonction du droit civil comparé*, 1903), est d'ordinaire repoussée : 1° parce qu'on ne sait trop comment pourrait être dégagé rationnellement le droit commun législatif à partir de la diversité (technique du portrait-robot ?) ; 2° parce que l'on voit mal d'où ce droit commun législatif tirerait sa force obligatoire dans un pays donné (expérience universelle ? conscience juridique universelle ?), mais, par hypothèse, l'universel n'est pas atteint, puisqu'il y manque un pays). Avant les codifications, l'Occident avait connu une notion féconde du *droit commun*, mais elle avait une base solide, qui était le droit romain (cf. M.-F. Renoux-Zagamé, Thireau, Wijffels, *R. hist. Fac. dr.* [10-11], 90, p. 133, 153, 193). C'est ce souvenir qui fait rêver, à l'heure actuelle, d'un droit commun européen (*infra*, n° 107, *in fine*). La seconde fonction (le polissage des notions) ne souffre guère, au contraire, de contestations, car elle est appelée à se dérouler dans la confidentialité des débats doctrinaux. Les difficultés reparaissent avec la première fonction (l'emprunt au droit étranger). Elle est, pourtant, couramment invoquée dans les travaux législatifs de notre temps, et l'abus n'y est pas rare d'un droit comparé hâtif, sinon tendancieux (à beau mentir qui vient de loin ; cf. Pradel, Les pièges du droit comparé, *Hommage Cornu*,

1994, 345). La sociologie a montré les dangers de l'*acculturation juridique* (*supra*, n° 21) : des tensions s'ensuivent, des déformations de l'élément importé comme du système importateur. Une loi, ce n'est pas seulement un texte avec les juges et les praticiens qui l'appliquent, c'est aussi le peuple auquel elle est destinée. Sa réception fait corps avec elle, ensemble fragile qui se brise dans les transports internationaux. Avant d'imiter une loi étrangère, le législateur français devrait s'assurer qu'elle trouvera en France le climat dont elle était environnée dans son pays d'origine. Le mariage informel des Anglo-Américains sans un arrière-fond de culture biblique, autant de paris hasardeux.

[32] c) *Sociologie juridique*. — Pour une vue générale, le « Quadrige » *Sociologie juridique*, 1994. On pourra suivre la croissance rapide de la sociologie juridique chez les juristes français à travers des publications successives : Méthode sociologique et droit, *Ann. Fac. Droit Strasbourg*, t. V, 1956 ; Terré, Un bilan, *J.C.P.*, 1966, I, 2015 ; A.-J. Arnaud, Une enquête, *R.T.*, 72, 532 et 76, 492 ; des volumes spéciaux de *L'Année sociologique*, *Sociologie du droit et de la justice*, 1976, et *Le juste*, 1995 (2) ; A.-J. Arnaud et al., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., 1993. Outre deux créations : le Laboratoire de sociologie juridique de la Faculté de droit de Paris, dès 1966 ; et en 1985, le lancement de *Droit et Société*, Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique. — Développement analogue en tous pays. Un nom célèbre, l'Allemand Max Weber (1864-1920), dont la *Sociologie du droit* a exercé une influence considérable, plus à l'étranger qu'en France, mais cela a changé avec la traduction (1986) de J. Grosclaude. Cf. Lascoumes et al., *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, 1995 ; Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, 1995. Les Allemands restent très actifs dans ce domaine : ex. Rehbindler, *Rechtssoziologie*, 1977 ; Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2^e éd., 1989 (philosophie du système [cf. *infra*, n° 105], d'accès difficile, bien aplani par *Droit et Société*, n° 11-12, 1989, et par Jean Clam, *Droit et société chez Niklas Luhmann, la contingence des normes*, 1997). L'Angleterre fait beaucoup de sociologie judiciaire (cf. les travaux du Centre for Socio-Legal Studies, au Wolfson College d'Oxford). Pour l'Italie, v. R. Treves, *Sociologia del diritto*, 1988 (trad. fr. 1995), et la revue qu'il a dirigée, *Sociologia del diritto*. Retour à la francophonie avec le Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (C.E.T.E.L.) de Genève, et de J.-F. Perrin, *Sociologie empirique du droit*, Genève, 1997.

Les juristes admettent de plus en plus que l'étude dogmatique du droit doit être complétée par une étude sociologique, où la règle de droit sera étudiée non plus dans sa teneur abstraite comme une manifestation de volonté de notre Etat, mais dans son application effective, comme un phénomène social, ayant ses causes et ses effets. C'est peut-être le juriste autrichien Eugen Ehrlich (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913) qui a le premier exprimé l'idée nouvelle, mais elle était latente en France chez Durkheim et ses disciples (L. Lévy-Bruhl, Mauss, Fauconnet, Georges Davy, etc.), et même plus anciennement chez Montesquieu (*L'esprit des lois*, 1748). La sociologie juridique peut hésiter entre les voies de la théorie, seule féconde selon Gurvitch (v. ses *Eléments de sociologie juridique*, 1940, et dans le *Traité de sociologie* qu'il avait dirigé, 1960, t. II, p. 173 s., le chapitre consacré à la sociologie du droit) et celles de l'empirisme, des enquêtes, dont les chercheurs américains ont répandu l'usage. Ex. l'enquête qui avait précédé la loi de 1965 sur les régimes matrimoniaux (V. Terré,

A.S., 1965, p. 3 s., et la revue *Sondages*, 1967, n° 1, p. 11 s.), enquête reprise, quinze ans plus tard, pour tester l'entrée de la loi dans les mœurs (V. M.-P. Champenois-Marmier et M. Fauchaux, *Le mariage et l'argent*, 1981) ; l'enquête sur le divorce (*Le divorce et les Français*, 2 vol., 1974) ; les enquêtes sur les successions (notamment les successions entre époux, M.-Cl. Catala de Roton, 1990) ; l'enquête projetée sur les enfants naturels, par exploitation des registres de l'état civil (*Pop.*, 99 [2], 251). Des spécialisations se sont produites : sociologie (du droit) de la famille, sociologie (du droit) des affaires, sociologie judiciaire, etc.

La sociologie juridique peut-elle avoir une fonction pratique, conduire à des conclusions de politique législative ? Cf. La sociologie juridique et son emploi en législation, *Rec. Académie Sciences morales et pol.*, 68, 91 ; J.-F. Perrin, Utilité et limite de la sociologie juridique au service de la législation de droit privé, *Mélanges Deschenaux*, Fribourg, 1977, 63 ; Commaille, *L'esprit sociologique des lois, application aux lois de réforme de la famille*, 1994. Objection de principe : du fait que la sociologie juridique constate, le droit ne saurait sortir. Ce qui n'est pas rigoureusement exact ; ex. les phénomènes de la coutume, de la prescription (cf. *infra*, n° 172). Et il faut prendre garde que toutes les règles de droit ne sont pas impératives. Il en est qui sont simplement supplétives de volonté (v. *infra*, n° 126). Pour celles-ci, on comprend que les indications de l'observation sociologique puissent être transformées en droit : ex. s'il est observé que la plupart des individus ayant à la fois un conjoint et des frères et sœurs font un testament pour exhériter les frères et sœurs au profit du conjoint, n'y a-t-il pas quelque raison de modifier les règles de la succession *ab intestat* (testament présumé du défunt) pour appeler le conjoint à la succession en première ligne ? Mais, si une enquête permettait de constater que la grande majorité des enfants sont ingrats, la législation devrait-elle suivre le courant en supprimant l'obligation alimentaire des descendants ou, au contraire, renforcer cette obligation alimentaire pour lutter contre le courant ? Il est de grandes options pour lesquelles l'observation sociologique des faits ne paraît plus suffire : la sociologie livre des informations, le législateur les pèse et décide librement.

La controverse a surtout été vive pour les sondages d'opinions (du type : Trouvez-vous bonne telle disposition légale ? telle réforme en projet ?). Avoir égard à ces sondages, objectent les juristes, revient à faire écrire la loi par les incompetents. Mais c'est mal poser le problème. Par hypothèse, le législateur a déjà résolu de légiférer en accord avec l'opinion publique, car à défaut d'un tel accord sa loi risquerait de rester inefficace. Dès lors, tout ce que prétendent les sociologues, c'est qu'une enquête par sondage offre un moyen plus exact de connaître cette opinion que les procédés rudimentaires dont on s'est longtemps contenté (les campagnes de médias, les tables rondes de praticiens, l'écoute d'associations *ad hoc*). Avec 1850 Français majeurs, tirés au hasard par quotas en fonction de l'âge, de la profession, de l'habitat, de la région, on peut former un échantillon représentatif de la population adulte. Ce sont les lobbies, les groupes de pression qui aiment le moins les vraies enquêtes par sondage, car ils craignent qu'elles ne révèlent leur peu de représentativité, en donnant la parole aux masses silencieuses. Il est vrai que la fiabilité des sondages est peut-être en 1999 moins grande que trente ans plus tôt. Sur les « faits de société », où la technique nouvelle semblait pouvoir dispenser le législateur de référendum, la publication de sondages par rafales fausse la spontanéité des enquêtes (même s'ils le sont pour la première fois ; *a fortiori* s'ils sont, ce qui

arrive, quasi professionnels). D'instinct, dans une société où la mode est reine, beaucoup s'aligneront sur les vedettes. Joint que les rédacteurs des questions peuvent y projeter, fût-ce inconsciemment, leurs préférences personnelles. Les instituts de sondages devraient proposer à leurs clients législateurs des modèles d'enquêtes antagonistes : une équipe de conservateurs, une autre de révolutionnaires, travaillant chacune à part de l'autre. Et si leurs conclusions se contredisaient, tout naturellement on ne ferait rien : ineffaçable valeur du *statu quo ante*, de *lege non ferenda*.

Ceux qui n'ont jamais enquêté doutent souvent de la fiabilité des réponses obtenues sur des comportements dits sensibles, et il s'en rencontre beaucoup en droit civil (le patrimoine, le sexe). Sur les comportements réprouvés ou illicites, les répondants auraient tendance à minorer leurs aveux (ou, à l'inverse, à les majorer par forfanterie). C'est pour éliminer ce biais d'intimidation (ou de provocation) inhérent à l'entretien face-à-face que les instituts américains ont mis au point des systèmes d'entretiens auto-administrés sur ordinateur (cf. *Pop.*, 99 [2], 231).

[33] d) *Ethnologie et anthropologie juridiques*. — V. Jean Poirier, in *Ethnologie générale, Encyclopédie de la Pléiade*, 1968, p. 1091 s. ; Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, 1988 (l'ouvrage essentiel), et *Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité*, 1991 ; Rouland et al., *Droit des minorités et des peuples autochtones*, 1996. Cf. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man*, 1967 ; Assier-Andrieu, *Le peuple et la loi*, 1986, et *Droit et société*, 1987 (5), 89 s. ; A.-J. Arnaud, *L'Homme-Droit, éléments pour une anthropologie juridique*, 1989. V. aussi la revue *Droit et cultures*. — En partant d'une conception de l'homme que l'on voulait proche de la nature, dépouillée de toute culture, on a parfois cherché le contenu de l'anthropologie juridique dans les directions très imaginatives : le droit avant le droit (pré-droit, disaient certains ; cf. L. Gernet, *Anthropologie de la Grèce antique*, 1968, p. 173 s.) ; le droit avant le costume (ce qui eût ravi Carlyle, l'auteur de *Sartor resartus*), le droit de l'homme nu ; le droit réduit à ses bases biologiques (le sexe, les mains, surtout la droite, la langue [en tant qu'organe de la parole, vraie ou mensongère]...).

[34] e) *Psychologie juridique*. — Elle a d'abord été une psychologie judiciaire, auxiliaire du magistrat, destinée à le guider de l'expertise psychiatrique à la critique du témoignage. Elle s'est ensuite constituée en science à l'égal de la sociologie juridique, mais distincte (sa difficulté conceptuelle : peut-il exister une psychologie juridique qui ne soit pas psychologie sociale, donc finalement sociologie, puisque le droit est par essence phénomène social, non pas individuel ?). V. R. Jakob et al., *Beiträge zur Rechtspsychologie*, 1987 ; mais, révélateur d'une tendance plus « réductrice », M. King, *Psychology in and out of Court, a Critical Examination of Legal Psychology*, Oxbridge, 1986. Pour des applications concrètes, v. Cornu, Du sentiment en droit civil, *Ann. Fac. droit Liège*, 1964, 189 ; Mechri, *La signification juridique du sentiment d'affection dans le droit des rapports familiaux*, Th. Paris II (ronéo), 1973 ; Pousson, *L'affection et le droit*, Toulouse, 1990 (cf. la notion de liens affectifs (C. Fam. a. 63, al. 2 ; C.C. a. 350, al. 2)). Le droit, cependant, a une propension invétérée à ne saisir les (bons) sentiments qu'à travers des faits objectifs (inverses) : ex. l'adultère (cause toujours active de divorce), le « désintéret » (a. 348-6, 350), l'ingratitude (a. 957). — Sur les conceptions psychanalytiques du droit, A. Ehrenzweig, *Psychoanalytic Jurisprudence*, 1971 ; très différemment,

mais très puissamment, Pierre Legendre, *L'amour du censeur, essai sur l'ordre dogmatique*, 1974, *L'empire de la vérité*, 1983, *L'ineffable objet de la transmission, étude sur le principe généalogique en Occident*, 1985, *Le dossier occidental de la parenté*, 1988, *Sur la question dogmatique en Occident, aspects théoriques*, 1999 (il faut fonder la loi sur une transcendance).

f) *Linguistique juridique*. — Elle s'est développée en corrélation avec l'essor de la linguistique en général, et étudie le vocabulaire, l'énonciation et la signification dans leur application au droit : v. *Arch.*, 74 (Le langage du droit), et 90 (Vocabulaire fondamental du droit, spéc. sur le mot *droit* lui-même, Terré et Sève, 43) ; Souriaux et Lerat, *L'euphémisme dans la législation récente*, D. 83, chr. 221 ; Ivainier, *J.C.P.*, 83, 1, 3097 ; *Droit et société* (8), *Le discours juridique*, 1988 ; Ingbert et al., *Le langage du droit*, Bruxelles, 1991, spéc. p. 69, 298 (sur les néologismes législatifs) ; Souriaux, Pour l'apprentissage du langage du droit, *R.T.* 99, 343. — et inversement, le droit du langage, le statut juridique de la langue française (la loi Toubon, 4 août 1994 ; cf. Testu, S. Ballian, *Hommage Cornu*, 1994, 441 et s.). Ouvrages de base : G. Cornu et al., *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., 1996, spéc. préface ; et G. Cornu, *La linguistique juridique*, 1990 (vocabulaire, discours [législatif, juridictionnel, coutumier]). L'étymologie de certains vocables du droit peut être très suggestive ; cf. E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 1969, t. 2, p. 99 s. (*Themis, Dike, Jus, Fas, Auctoritas*). Inversement, il y aurait une étude à mener sur les mots que charrie, après les avoir arrachés au droit, le langage (la « langue de bois ») de la politique : des « citoyens responsables » (de quoi ? envers qui ?), des « solidarités » (actives ? passives ? de quelle source ?). — De la linguistique juridique deux disciplines se sont détachées récemment, moins littéraires, plus prompts à mathématiser : la *sémantique juridique*, la *sémiotique juridique* (de l'une à l'autre la différence est frêle) : ex. Dubouchet, *Sémiotique juridique*, 1990 ; D. Bourcier et S. Bruxelles, Une approche sémantique de l'argumentation juridique, *A.S.*, 95 (1), 35, spéc. 55 ; Carrion-Wam et al., *Sémiotique juridique, Dr. pros.*, 86 (2). Dans une société où la compréhension de l'algèbre paraît bien moins répandue que celle du discours, peut-on espérer que ces sciences nouvelles aideront à faire passer le message du droit ? Passerait-il mieux par les gestes ? Cornu, L'expression corporelle dans le langage du droit, *Mélanges D. Tallon*, 2000.

[35] g) *Analyse économique du droit*. — V. le volume, *Droit prospectif*, Aix, 1987 (2) et, au fil des ans, la *Rev. internationale de droit économique* (Bruxelles), spéc. 1991 (2), L'évolution récente du droit économique français, 211 ; *Arch.*, 92 (Economie et droit) ; Kerat, *Economie du droit*, 1999. Cette discipline s'est constituée aux Etats-Unis (R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 3^e éd., 1986) et elle a atteint l'Europe par l'Angleterre. Elle a à vaincre les préjugés des juristes, qu'elle risque de repousser par une formalisation trop savante et de décontenancer par des météores de thèses et hypothèses (il y a aussi des controverses chez les juristes, mais, chez eux, c'est l'exercice d'un métier). Elle aura surtout à étendre ses recherches dans des directions encore peu explorées, semble-t-il : ex. la monnaie, qui est pourtant, par excellence, le nœud où le droit et l'économie s'amalgament ; le coût du droit lui-même (la loi, le procès), saisi en dehors des rapports de droit interindividuels, des rapports d'échange. Cf. toujours sur les rapports du droit et de l'économie, mais dans des perspectives diverses, Poughon, Les fondements juridiques de l'économie politique (à travers l'histoire), *Journal des*

Economistes et des Etudes humaines, 1990 (4), 399 ; le volume des *Arch.*, 1992, *Droit et économie* (spéc. Farjat, La notion de droit économique, 27) et l'ensemble des *Mélanges Farjat, Philosophie du droit et droit économique*, 1999.

[36] h) *Informatique juridique*. — On peut hésiter à y voir une science auxiliaire du droit plutôt que l'application au droit d'une technique appelée à jouer un rôle dans toutes les sciences. Cf. Vivant et autres, *J.C.P.*, 85, 1, 3211-3215, et l'ensemble du n° 1 des *Annales de l'I.R.E.T.I.J.* (Institut de Recherche et d'Etude pour le Traitement de l'Informatique juridique), Montpellier, 1990 : *Apports de l'informatique à la connaissance du droit* (v. *infra*, n° 145) ; Cl. Thomasset et al., *Le droit saisi par l'informatique*, 1993. C'est d'abord dans le travail de documentation que l'informatique apporte une aide aux juristes. L'ordinateur a, pour stocker les données et les faire sortir sélectivement, une capacité et une rapidité d'action que ne pourrait aligner aucune équipe, même très nombreuse, de documentalistes opérant manuellement. Encore faut-il savoir s'en servir : pas mauvais, pour cela, d'être juriste (v. très précieux fil d'Ariane, Catala, *Hommage Cornu*, 1994, 79). Est en projet un *service public* des bases de données juridiques, dont l'ambition est très vaste, puisqu'il vise à rassembler le texte et les éléments d'analyse de toutes sortes de documents, lois, règlements, circulaires, décisions des cours et tribunaux tant administratifs que judiciaires, etc., en vue de leur consultation par voie ou support électronique (v. d. 96-481 du 31 mai 1996). Ne pas croire, pour autant, que, bientôt, il suffira au premier citoyen venu de presser un bouton pour faire apparaître l'état du droit qui l'intéresse, encore moins l'état des *questions*. En se développant, cependant, l'informatique a montré ses possibilités dans d'autres domaines, logique, linguistique, sociologie, épistémologie. N'est-elle pas, à la limite, génératrice d'un droit nouveau (cf. Huet, La modification du droit sous l'influence de l'informatique, *J.C.P.*, 83, 1, 3095 ; Bergel, Informatique et légistique, D. 87, chr. 171 ; Catala et al., *Droit et informatique. L'hermine et la puce*, 1992 ; Vivant, L'informatique dans la théorie générale du contrat, D. 94, chr., 117) ? Elle ne saurait prétendre, toutefois, à ce qui demeure l'apanage de la recherche individuelle : les trouvailles qu'un juriste imaginaire peut faire en se promenant à travers les textes, en rêvant sur eux. Pendant que l'ordinateur, à côté, tel un système refermé sur lui-même, continuera de paralyser la pensée dialectique. Que l'on ne s'effraie pas, en tout cas, de l'informatique comme d'une source oraculaire, d'une bouche d'ombre d'où sortirait un droit qui ne dépendrait plus de l'intelligence humaine. Elle ne fait guère, pour l'instant, que transmettre, et les messages qu'elle transmet n'ont d'autre force juridique que celle de leurs producteurs très humains (législateurs, juges, auteurs). V. le débat très poussé organisé par la *R.T.*, 98, 315-338, entre Claude Thomasset, spécialiste de l'informatique juridique, et Jacques Vanderlinden, comparatiste et historien du droit.

Chapitre III

LA PHILOSOPHIE DU DROIT

[37]

Par-delà le droit considéré sous ses formes sensibles, lois, coutumes, jugements, existe-t-il un droit absolu, une idée (au sens platonicien) du droit, du juste, pièce constitutive de l'ordre du monde et, comme lui, universel et éternel ? C'est un domaine immense de spéculations pour la philosophie du droit, on dirait plus exactement : la métaphysique juridique. Il ne peut être question de tout exposer, encore moins de rien critiquer, dans une matière où les nuances de la pensée sont innombrables, où les choix sont faits par l'hérédité ou par le cœur plus encore que par la raison. Nous nous contenterons, après avoir décrit les *deux grandes tendances* qui se partagent depuis toujours les esprits, de faire sentir la *diversité* des philosophies du droit, en présentant sommairement quelques-unes des *idées* qu'autour de lui le droit a suscitées (comme une lampe attire les papillons de nuit).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Présentations historiques : Ghestin-Goubeaux, n° 7-34 ; S. Strömholm, *A short History of Legal Thinking in the West* (survol cosmopolite), Stockholm, 1985 ; G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, 1953 ; Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 3^e éd., 1978. Quelques philosophes (mais il y en a beaucoup d'autres, la philosophie du droit connaît une activité accrue depuis 1980) ; Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1957, et *Seize essais de philosophie du droit*, 1969 : *Philosophie du droit*, 2 vol., 1979 (et sur la pensée de cet auteur, *Droit, nature, histoire*, 1985) ; Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, 1979 ; Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, 2 vol., 1990 ; A. Renaut et L. Sosoc, *Philosophie du droit*, 1991 ; Oppetit, *Philosophie du droit*, 1999 ; Atias, *Philo-*

[39]

La philosophie du droit 81

sophie du droit, 1999. V. aussi la collection des *Archives de philosophie du droit* (Arch.), spéc. 1981, sur *l'utile et le juste*, et 1988, sur « la philosophie du droit aujourd'hui », tout simplement, ainsi que la collection de *Droit et Société*.

[38] 1 / L'opposition des tendances

Positiviste, idéaliste, on les étiquette ainsi. Ce ne sont que des tendances, des mouvements de la pensée. Vers le bas et vers le haut ? ce serait traduire bien grossièrement l'opposition ; d'autant plus que, lorsque l'on s'approche, dans chaque tendance mainte nuance se découvre.

1 | LA TENDANCE POSITIVISTE

Sa constante est de nier qu'il y ait rien en dehors des phénomènes du droit : tout le droit est contenu dans la réalité positive. Mais cette réalité, les uns la cherchent dans les règles de droit, les autres dans la masse des faits sociaux d'où les règles vont sortir. Ce qui donne deux positivismes : l'un *clos sur le droit*, l'autre *ouvert sur le fait*. Et l'on en aperçoit même un troisième, qui cherche à conférer une *transcendance* au droit positif.

[39] ► Le positivisme clos sur le droit

C'est la forme la plus ancienne et la plus simple de la tendance positiviste : le positivisme proprement *juridique*. Il existe un *droit positif* constitué par l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un Etat à une époque donnée. Le positivisme juridique affirme que le droit tout entier s'identifie à ces règles ; il n'y a à se préoccuper de rien au-delà (la métaphysique juridique est impossible).

Le positivisme juridique a eu le plus souvent son point de départ dans un mouvement de *scepticisme* devant la diversité des droits positifs : comment croire à une idée immuable et universelle du juste, alors que nous voyons dans un pays régner la propriété individuelle, dans l'autre la communauté des biens, alors que les vieillards ici sont honorés et là sont mis à mort ? C'est la fameuse pensée de Pascal (mais on

sait qu'elle n'était pour lui qu'une étape dans une démonstration plus vaste) : « Plaisante justice qu'une rivière borne ; vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà. » Et il ajoutait : « La justice est sujette à dispute ; la force est très reconnaissable et sans dispute. Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui était juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste. »

Cette dernière formule annonçait le mot d'un grand juriste allemand, utilitariste, pragmatique, du XIX^e siècle, Jhering (1818-1892) : le droit est la politique (que ne disait-il : la politesse ?) de la force. Le positivisme juridique a presque inévitablement une signification étatique. Le droit y est identifié à la *loi*, donc à la volonté de l'*Etat* (Hobbes), parfois directement à l'*Etat* lui-même (Hegel). De nos jours, Hans Kelsen, le célèbre créateur de la « théorie pure du droit », chef de l'école normativiste viennoise, a donné de ce positivisme étatique une vision grandiose. Pour lui, le droit est un système de normes hiérarchisées, dont chacune tire sa force obligatoire de sa conformité à la norme supérieure, en remontant jusqu'à la Constitution (et par-delà, il est vrai, jusqu'à une *norme fondamentale*, mystérieuse, pensée comme hypothèse, à laquelle tout le système est suspendu). Or, il y a une unité essentielle entre cet ordre juridique et l'*Etat* : le droit est d'essence étatique, l'*Etat* d'essence juridique ; l'*Etat* ne peut jamais enfreindre le droit, parce que le droit est identique à sa volonté.

[40] ► *Le positivisme ouvert sur le fait*

Il ne remonte guère plus haut que le XIX^e s., et avec lui, le mot rejoint l'acception qu'il avait dans la doctrine d'Auguste Comte : le droit peut être l'objet d'une *science positive*, parce qu'il tient essentiellement dans des phénomènes sociaux soumis au déterminisme. C'est la pensée de sociologues comme Spencer ou Durkheim, ou d'un juriste comme Duguit (qui a, d'ailleurs, subi leur influence). La différence est nette d'avec le positivisme juridique : le droit n'est pas une volonté plus ou moins arbitraire de l'*Etat* ; plutôt que dans la loi, il faut le chercher dans les mœurs, les coutumes, les règles corporatives, bref dans le milieu social. Mais cette forme du positivisme, comme la précédente, rejette catégoriquement l'idée d'un droit absolu, d'une justice transcendante, qui serait en dehors et au-dessus du droit positif. Le droit est un produit social, un phénomène, rien d'autre : ce qu'on appelle droit naturel, notion de droit, justice, n'est qu'un épiphénomène, un reflet du phénomène juridique.

On peut se demander quelle est, dans une semblable conception, la valeur du phénomène juridique. La réponse la plus courante est qu'il est bon par cela seul qu'il est, car il exprime le vouloir-vivre de la société. Celle-ci sécrète spontanément les règles de droit qui lui conviennent le mieux. On admettra, cependant, qu'elle peut traîner après elle des règles mortes, qu'il est utile de supprimer (ainsi que parfois l'appendice dans le corps humain) ; qu'elle peut même s'engager dans des impasses, se charger de règles qui contrarient son développement. Il faut distinguer, dans les phénomènes juridiques, comme dans les autres phénomènes sociaux, le normal et le pathologique, sans que le critère en soit toujours facile à déceler (ex. le divorce, tant de divorces, est-ce normal ?). Le marxisme, qui suit au fond le positivisme sociologique, mais en insistant sur l'importance du facteur économique dans la production du droit, considère le droit positif comme l'expression des intérêts économiques de la *classe* dominante. Le vouloir-vivre qu'exprime ce droit est donc celui d'une classe, non pas nécessairement celui de la société prise dans son ensemble, et il peut se dérouler une lutte des droits entre un droit porteur d'avenir et un droit conservateur, comme il y a une lutte des classes.

[41] ► *Le positivisme transcédé*

Comme s'il éprouvait une nostalgie de droit naturel à toujours demeurer au ras des normes ou des phénomènes, le positivisme se laisse parfois emporter par un mouvement de sublimation, de transcendence. Ce mouvement a touché à la fois le *droit objectif* et les *droits subjectifs*.

a) *Transcendance du droit objectif*. — On pourrait en chercher les manifestations dans le passé. Les philosophes (Voltaire, Mably, Rousseau ; ou dans les pays nordiques, les Lumières), puis la Révolution à leur suite avaient fait de la législation, des lois, l'objet d'un enthousiasme touchant au fanatisme. Plus près de nous, il ne serait pas téméraire de discerner dans la pyramide kelsénienne une ascension (qui n'est pas allée jusqu'au bout) vers le ciel. A l'heure actuelle, cependant, la transcendance du droit se révèle habituellement sous un aspect moins éclatant qui a, en revanche, l'avantage d'avoir été, par l'entremise d'un discours politique sans discorde, diffusé à l'ensemble de la population : c'est, dans un mariage affiché avec l'*Etat*, la notion d'*Etat de droit* (*Rechtsstaat*, elle nous est venue d'Allemagne).

La notion ne se satisfait pas de la constatation simpliste que l'Etat considéré possède un droit, des lois et des tribunaux, un ordre qui exclut l'anarchie et la justice privée : à ce compte, il n'est pas d'Etats, même totalitaires, qui n'auraient pu se prétendre Etats de droit. Elle exige davantage : que l'Etat s'affirme (et se sente) lié par le droit, qu'il respecte les lois que lui-même a faites, qu'il respecte les décisions de ses propres tribunaux. En général, l'exigence est portée plus haut : il faut que les citoyens soient garantis contre un arbitraire dont les lois et les tribunaux, à leur tour, pourraient bien n'être pas exempts. A cette fin, une double garantie doit être organisée : sur les textes un contrôle de constitutionnalité ; contre les jugements des voies de recours. La gravité des enjeux en droit pénal (la vie, la liberté humaines) explique assez que l'appel à l'Etat de droit y ait une résonance particulière. L'Etat de droit s'y manifeste dans le principe de la légalité des délits et des peines, légalité elle-même conditionnée par des principes supérieurs, de valeur constitutionnelle (non-rétroactivité, nécessité, donc proportionnalité ; cf. Déclaration de 89, a. 8).

[42] ETAT DES QUESTIONS

B.G. — Pour une analyse menée du dehors, v. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, 1979, p. 28 (sur le positivisme juridique) ; Viewiegh, Que veut-on dire par positivisme juridique ?, *Arch.*, 65, 181 ; Troper, Le positivisme juridique, *Rev. de synthèse*, 85, 187. Mais l'expression la plus rigoureuse du positivisme juridique a été donnée en France par Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1922.

a) *Les positivistes*. — Il est fréquent de leur supposer un esprit conservateur. Mais, s'ils épousent le droit positif, c'est avec le principe du contradictoire qui lui est inhérent, ce qui les amène à faire jaillir, sous chaque idée reçue, son contraire. Et c'est en droit positif que se font les révolutions, à coups de décrets. Au demeurant, il y a toujours eu des positivistes originaux. Deux exemples :

1° *Hegel (1770-1881)*. — C'eût été méconnaître sa force créatrice que de ramener au positivisme, même transcendé, ses *Principes de la philosophie du droit*, à cause de la place qu'ils attribuent à l'Etat. Ils auraient, d'ailleurs, fait exploser notre paragraphe. Nous nous contenterons de renvoyer le lecteur à leur lecture — ardue — dans l'édition de Jean Hyppolite, en les complétant par les commentaires — toujours originaux — de P. Dubouchet (1995). De celui-ci on pourra lire en parallèle une brève note (*Dr. pros.*, 96 (2), 339) sur Vychinsky, le célèbre procureur des tragiques procès de Moscou en 1936-1938. Ce stalinien, trop forcené juriste pour être vraiment marxiste, était-il hégélien ? Son droit était plus raide, plus vertical que celui de Hegel, plus constitution-

nalisé, c'est le mot qui convient. La Constitution de l'U.R.S.S. devait dominer, diriger toutes les branches du droit. Où l'on entrevoit les dangers que pourrait receler la théorie — tant prônée chez nous, à l'heure actuelle (cf. *infra*, n° 66) — de la constitutionnalisation du droit, s'il arrivait que la Constitution passât en des mains moins candides.

2° *Hans Kelsen (1881-1973)*. — Son œuvre capitale est la *Théorie pure du droit* (1934 ; trad. Eisenmann, 1962). Sur cette œuvre, cf. Amselek, Troper, *Rev. dr. public*, 1978, 5, et 1523 ; *Cahiers de philosophie politique et juridique* (La philosophie du droit de H. Kelsen), Caen, 1986 ; Troper, Le positivisme de Kelsen, in Bouretz et al., *La force du droit*, 1991, 117. L'influence de Kelsen a été immense en philosophie du droit et en droit public, beaucoup moins en droit privé (sans doute parce que l'individu et l'individualisme arrivaient mal à s'insérer dans la pyramide). Sa présentation pyramidale du droit a renforcé d'une *aura* de philosophie ce qui aurait pu rester un simple phénomène de droit positif, la hiérarchie des normes (cf. *infra*, n° 108), que certains se contentent d'expliquer comme la projection d'une hiérarchie technique (de métiers) entre organes émetteurs, d'une réciprocité entre eux de pouvoir et de devoir, de commandement et d'obéissance. Le mystère de la pyramide, cependant, est à la pointe : c'est la norme fondamentale. Il ne faut pas croire qu'elle s'identifie à la Constitution : elle est au-dessus, lui donne l'être et par degrés communique l'être au droit tout entier. Elle aurait pu être Dieu, mais la théorie pure est pure de religion. Si elle n'est pas Dieu, ne pourrait-elle être absence de Dieu ? entendons : Dieu absent du droit. La norme fondamentale serait la norme révélée (biblique ; cf. *infra*, n° 55) par laquelle Dieu, en tout ce qui ne le concerne pas, a confié le droit une fois pour toutes au prince, à l'Etat. Ce serait une solution luthérienne (cf. *Droits*, 1986 [4], 73). Ce n'était pas la solution de Kelsen, bien qu'il ne fût pas indifférent à la théologie. Il avait laissé une *Théorie générale des normes*, qui a été publiée après sa mort (Vienne, 1979 ; trad. fr. par Beaud et Malkany, 1996). Elle complète et nuance la *Théorie pure* : la norme fondamentale n'y est plus présentée comme « hypothèse logique-transcendante », mais comme *fiction* (p. 341 s. ; cf. Troianiello, Science, fiction et mythe chez Kelsen, *Dr. pros.*, 98 (4), 1355).

b) *L'Etat de droit*. — Sur l'Etat et le droit en général, v. *Droits* (n°s 15-16), 1992. Quant à la notion d'Etat de droit, *Rechtsstaat*, c'est un juriste badois, Robert von Mohl, qui l'aurait inventée en 1834. Bismarck devait la déclarer vide de portée réelle, et Jellinek (1851-1911), célèbre constitutionnaliste, l'adopter. Elle trouva une audience politique sous la République de Weimar. Mais c'est surtout après la seconde guerre mondiale, par réaction spontanée au souvenir de l'Etat hitlérien (encore que ce ne soit pas le droit ni les juristes qui aient le plus manqué à celui-ci), qu'elle acquit une importance croissante. Le contexte constitutionnel y était éminemment favorable : au sommet de la Constitution (influence kelsénienne ?) une loi fondamentale, avec une Cour constitutionnelle de plus en plus active à la faire observer. La notion s'est de là répandue, avec quelques interrogations (cf. W. I. Leisner, L'Etat de droit, une contradiction ?, *Hommage Eisenmann*, 1977, 65), sur toute l'Europe occidentale et notamment en France (v. les ouvrages de Blandine Kriegel, *L'Etat et les esclaves*, 1979, *Les Chemins de l'Etat*, 1986 ; et, plus techniquement, Troper, Le concept d'Etat de droit, *Droits* (15), 1992, 51 ; J. Chevallier, *L'Etat de Droit*, 1992, et La mondialisation de l'Etat de droit, *Mélanges Ardant*, 1999). Le transfert ne s'est peut-être pas fait sans déformation.

Dans l'Etat de droit à la prussienne, il y a une sorte de raideur légaliste : le *Rechtsstaat*, c'est la domination de la loi. Chez nous, l'Etat de droit est plutôt connu comme l'Etat des droits subjectifs reconnus (individuels et catégoriels). Et le concept y est taillé en pièces par l'incessant retour du *passé-droit*, le parfait antonyme (connu bien avant Pierre Bourdieu ; cf. Lascaumes et Le Bourhis, qui parlent, eux, des « passes » du droit, *Droit et société* (32), 96, 51). L'Angleterre se sert d'un concept beaucoup plus ancien, le règne du droit, *Rule of Law*. A l'origine, conformément à l'esprit de *Common Law*, la garantie envisagée était moins normative que judiciaire : c'était la possibilité toujours ouverte d'en appeler contre l'arbitraire à des juges indépendants. Mais, depuis, la notion s'est élargie sur le modèle continental. Les pays de l'Est, dans la verveur de leur socialisme, repoussaient l'Etat de droit comme une conception bourgeoise, mais ils se prévalaient d'une théorie de la *légalité socialiste* (cf. *R.I.D.C.*, 59, 1), qu'ils affirmaient plus efficace, bien que différente (placée sous un contrôle populaire s'exprimant par des réclamations plutôt que par des actions en justice ; dynamique, en outre, parce que n'étant pas une fin en soi, mais un moyen au service d'un objectif supérieur). Aujourd'hui, ces pays se sont pourvus de parlements (sinon de mœurs parlementaires). A cause du brouillard, on ne saurait assurer pour autant qu'ils sont devenus des Etats de droit.

Retour à la France : en 1996, ont été publiés des *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*. A cette somme d'études, d'un très grand intérêt scientifique a été donné pour titre rassembleur *L'Etat de droit*. Mais peut-être le volume aura-t-il marqué l'apogée de la notion. Car, à bien lire, certains articles laissent percer des doutes. Nous en citerons deux, parce que déjà leurs intitulés sont évocateurs : Carcassonne, *Société de droit contre Etat de droit*, p. 37 ; Rivero, *Etat de droit, Etat du droit*, p. 609. Oui, en effet, le droit arrive partout, mais dans quel état ?

c) *Le droit positif pour ses avantages pratiques*. — Puisqu'il faut gouverner, et il le faut bien, les peuples étant ce que nous sommes, il est plus facile de le faire avec du droit, des règles et des juges. La méthode est moins fatigante que l'arbitraire, toujours à réinventer et exposé à d'imprévisibles contestations. Réciproquement, L'homme a moins de peine, parce qu'il n'en ressent pas de jalousie, à obéir à l'Etat sans visage, plutôt qu'à un autre homme, fût-il un chef charismatique ; moins de peine encore à obéir au droit impersonnel (égal pour tous) de l'Etat anonyme.

[43] b) *Transcendance des droits subjectifs*. — Idéalisme et Positivisme pourraient se disputer les droits de l'homme, car si, à l'origine, ils étaient conçus comme des droits naturels, par la suite ils sont entrés dans la positivité. Les textes qui les consacrent tranchent, cependant, sur le reste du droit positif : ils parlent sur un ton d'exhortation autant que de commandement, et attendent des auditeurs autant une croyance qu'une obéissance.

On distingue plusieurs strates historiques, plusieurs générations de droits de l'homme, avec des contenus différents :

— *La première génération*, issue de la Révolution, se ramène à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, votée par l'Assemblée nationale en 1789 et placée par elle en tête de la Constitu-

tion (monarchique) de 1791. Souvent, on ne voit en elle qu'une série de droits subjectifs reconnus à l'individu. La Loi, pourtant, avec un grand L, y est aussi très présente.

— *La deuxième génération* se situe dans le prolongement plus ou moins proche de la seconde guerre mondiale, des leçons humanitaires ou sociales qui en avaient été tirées. On y trouve : dans le plan national, le Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie expressément notre Constitution de 1958 ; dans le plan international, entre autres, la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'O.N.U. en 1949, et la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ratifiée par la France en 1973). Les droits individuels reconnus en 1789 sont confirmés, précisés, amplifiés ; mais s'y ajoutent, et c'est l'apport décisif, une série de droits économiques et sociaux (droits-créances, a-t-on dit, et non plus comme les précédents, droits-libertés). Sans préjudice de droits de l'homme hors collection, égrenés au hasard de mouvements de charité ou d'enthousiasme : tel le droit à l'habitat (qui ne crée pas une maison de plus), transformé en droit au logement par la l. 6 juill. 1989 (cf. t. III, n° 188) ; tel, non moins fondamental, le droit de chacun, selon la l. 16 juill. 1989, a. 1^{er}, à la pratique des activités physiques et sportives (mais qui m'en donnera le souffle ?) — aux sportifs de haut niveau étant reconnus d'ailleurs (a. 26 s.) des privilèges nettement aristocratiques ; le droit à la dignité (l. 29 juill. 1994), le droit à la sécurité (l. 21 janv. 1995, une loi qui a fait peur à ceux qui n'y ont pas reconnu la vieille *sûreté* de la Déclaration de 89).

— Cependant, *une troisième génération* s'annonce, qui prendra en charge les droits de l'espèce humaine (N.C.P. a. 211-1 s., crimes contre l'humanité ; C.C. a. 16-4, atteintes à l'intégrité de l'espèce humaine, l. 94-653 du 29 juill. 1994) — ou même (dans une branche écologique) les droits de la nature menacée de dégradation (Nouveau C. Ru. a. 200-1, l. 2 févr. 1995).

La force obligatoire des déclarations de droits est variable. Celles de 1789 et 1946 ont valeur constitutionnelle : elles s'imposent donc au législateur ordinaire, ainsi que l'a décidé le Conseil constitutionnel (à propos de la non-rétroactivité de la loi pénale, du respect du droit de propriété dans les lois de nationalisation). Ce qui ne veut pas dire qu'un simple citoyen pourrait s'en prévaloir, devant les tribunaux, autrement qu'à titre d'argument. La Convention européenne, comme tous les traités ratifiés, a une autorité supérieure à celle des lois françaises (Const. 1958, a. 55) ; une Cour européenne des droits de l'homme, dans la mouvance du Conseil de l'Europe à Strasbourg, est

compétente pour juger des atteintes à la Convention, et la France admet (D. 9 oct. 1981) que cette Cour puisse être saisie par recours individuel de ses nationaux. En outre, tel ou tel article de la Convention pourra être invoqué directement, à l'occasion d'un procès, devant un tribunal français (ex. a. 6, procès équitable ; a. 8, respect de la vie privée et familiale).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — *Droits*, 1987 (2) et 88 (8), l'ensemble des volumes ; Rivero, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, *Mélanges Cassin*, 1971, III, 317 ; D. Breillat, Les droits de l'homme déclarés solennellement, *Études J. Savatier*, 1992, 111 ; Collas, Les droits de l'homme, victimes de leur succès, *Dr. pros.*, 98 (4), 1519. Il n'est pas inutile de se reporter aux textes fondamentaux. Il en est quatre. Deux nationaux : la Déclaration des droits de 89 (ceux qui ne l'ont pas apprise par cœur à l'école pourront la rattraper dans les multiples éditions du Bicentenaire ; le Préambule (maintenu) de la Constitution (abrogée) de 1946. Deux internationaux : la Déclaration de l'O.N.U., D. 1949, L., 133 (on dit que, du côté français, René Cassin avait contribué à la rédaction, c'était, pourtant, un civiliste très remarquable et très précis) ; la Convention européenne, D. 74, L., 181, avec des *protocoles* additionnels (elle est plus technique, et ses droits de l'homme se prêtent mieux, sans doute, à être munis de l'action en justice ; elle serait aussi plus riche en exceptions, si la Cour de Strasbourg acceptait d'en mieux tenir compte). Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, D. 81, L., 79, a eu moins d'éclat : il est plus restreint quant aux droits garantis.

[44]

HISTOIRE

Aux XVII^e-XVIII^e s., Le droit naturel (objectif) va se réfracter dans chaque individu en droits (subjectifs) naturels. On a vu là l'influence de l'individualisme protestant, qui se serait exercée par l'intermédiaire des Hollandais, Anglais, Allemands de la (seconde) Ecole du Droit naturel — plus directement, plus conjecturalement aussi, l'influence d'un certain cosmopolitisme, ces protestants ayant été souvent des émigrés (cf. *R.H.D.*, 37, 735), des déracinés, prédisposés à affranchir le droit de sa positivité terrienne. Mais il y avait aussi chez les Anglais (d'Angleterre et d'Amérique) toute une tradition de chartes, d'*habeas corpus*, de libertés individuelles. Là-dessus passa ensuite le rationalisme de la philosophie des Lumières. Quelle part accorder à ces différents courants dans la série des déclarations des droits (*Bill of Rights*, en Angleterre, 1689 ; Déclaration d'indépendance des États-Unis, 1776 ; Déclaration de 89), c'est un point d'histoire qui reste controversé (polémique autrefois fameuse entre l'Allemand Jellinek et le Fran-

[45]

çais Boutmy ; v. Thomann, *Droits*, 88 (8), p. 55). D'après G. Putz, *Christentum und Menschenrechte*, Vienne, 1991, ce serait une « Charte des droits de l'homme », élaborée en janvier 1947 par des groupes catholiques des États-Unis, qui aurait été à l'origine de la Déclaration de l'O.N.U. Cf. Del Vecchio, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la Révolution française*, 1980 ; Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1989 (travail déclaratoire, esprit de la déclaration, textes) ; Biet, *Les droits de l'homme*, 1989 (anthologie où droit et philosophie sont élégamment mêlés). Sur les critiques (de Burke à Marx), Binoche, *Critiques des droits de l'homme*, 1989.

[45]

PHILOSOPHIE

a) La thèse rousseauiste de la bonté naturelle de l'homme fut-elle à la source de la Déclaration de 89 ? On en discute. Pour la Déclaration de l'O.N.U. et la Convention européenne, il serait plausible de penser qu'à travers la découverte successive des Camps de la mort et du Goulag, elles ont été plutôt inspirées par l'idée que l'être humain est un méchant animal. On y sent, pourtant, un élan optimiste. Toujours est-il que ces textes internationaux ont, chez nous, ramené l'attention sur nos propres droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel y a aidé lorsqu'il a remis en honneur (11 févr. 1982, *J.C.P.*, 82, 2, 19788, à propos des nationalisations, mais sans en contester le principe, cf. Luchaire, *Mélanges Maurice Duverger*, 1987) les formules lyriques de 1789 sur le droit de propriété. Une idéologie s'est ainsi constituée, qui est devenue un instrument de politique internationale (un moyen de se contrer entre Supergrands jusqu'à la chute du mur de Berlin, et maintenant encore un rituel pour aborder des négociations commerciales avec les Chinois). Le sommet a été atteint, en France, avec les discours, les colloques, les fêtes du Bicentenaire. C'est un peu une religion d'Etat, religion humaniste. Les religions traditionnelles n'ont pas craint de se l'incorporer (les chrétiennes en utilisant opportunément une théologie de l'incarnation), sans trop se repentir d'en avoir dit jadis pis que pendre (cf. Garrigues, *Droits*, 85 (n° 2), 45). Cette religion a ses enthousiastes mais aussi ses tièdes (cf. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, 1983 ; Rials, *op. cit.*, dans ses notes et commentaires). Des hérétiques se sont même dévoilés. Sans tomber dans l'hérésie, il devrait être permis de soumettre ces textes (humains, très humains) à la lecture historico-critique que les religions ne s'interdisent plus d'appliquer à leurs textes révélés. Ex. Décl. 89 a. 10 (« nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses ») : cet article ne fonde point la liberté religieuse, tout au plus la tolérance, sans le libre exercice des cultes. Décl. O.N.U., a. 29 (« toute personne, aussi bien *seule* qu'en collectivité, a droit à la propriété ») ; la formule est terriblement obscure, faute de définir l'objet de la propriété, non plus que le débiteur du droit (tout individu est-il créancier d'une égale part de tous les biens de la planète ?). — L'imprécision inhérente au style inévitablement rhétorique des Déclarations s'accroît lorsqu'elles sont élaborées dans un cénacle international sur lequel plane l'irréfutable condamnation de Babel. Et les inconvénients peuvent être sérieux si l'on cherche à faire de ces normes un usage immédiat, sans la médiation du législateur national. Rédigées en termes personnalistes, individualistes, elles font jaillir à chaque pas l'apparence d'un droit subjectif, et pour peu que les praticiens s'en mêlent, une action en justice.

b) Les historiens ont reproché à l'idéologie des droits de l'homme d'être *fautrice* de guerres. Le 20 avril 1792, la Révolution s'est engagée dans une guerre qui, par la ralonge de Napoléon, devait durer un quart de siècle. Le but de guerre, au nom des droits de l'homme, était de libérer de la féodalité les peuples voisins ; secondairement, d'écraser l'infâme qui les opprimait. C'était une ingérence humanitaire. Elle fit des dégâts et eut des résultats bénéfiques : l'histoire ne sera jamais unanime pour dresser un bilan. Ce souvenir, en tout cas, devait immanquablement ressurgir en 1999, quand fut déclenchée la guerre du Kosovo, car les droits de l'homme, devenus universels, y furent nommément invoqués — beaucoup plus expressément pour cette guerre à petite échelle que pour les deux grandes guerres du siècle. Ce fut l'occasion pour un ministre de manifester sa réserve paradoxale quant à l'implication de la France dans le conflit : il tira de l'ombre un philosophe allemand contemporain, Hans Magnus Enzensberger (*Vues sur la guerre civile*, trad. fr., 1992), qui dénonce dans la prétention à une morale universaliste un noyau théologique douteux : que chacun doit se sentir responsable de toutes les injustices de la planète et se croire semblable à Dieu pour y mettre fin.

[46] c) *Transition*. — A force de porter au sublime cette partie de leur droit positif que sont les droits de l'homme, beaucoup de positivistes modernes donnent l'impression d'être très près du droit naturel (v., en ce sens, Blandine Kriegel, *Mélanges Duverger*, 1987, p. 3-42). L'un des plus célèbres philosophes du droit de cette moitié de siècle, Norberto Bobbès (né en 1909, sénateur à vie de la République italienne), est représentatif d'un tel éclectisme (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan, 1965 ; et en trad. fr., *Essai de théorie du droit*, Bruxelles, 1998). Il est positiviste par sa critique ferme du droit naturel, mais son humanisme et même son socialisme très libéral en font un idéaliste (cf. sur lui-même par lui-même, *De senectute e altri scritti auto-biografici*, Turin, 1999).

2 | LA TENDANCE IDÉALISTE

Si l'idéalisme juridique a revêtu des formes multiples, il a du moins une ligne générale, qui est l'affirmation d'une valeur supérieure au droit positif, devant laquelle l'être humain peut toujours en appeler des injustices de ce droit. Cet idéal, toujours poursuivi jamais atteint, a trouvé son expression la plus ancienne, la plus poétique aussi parce qu'elle évoque la nature, dans les doctrines du *droit naturel*. Mais il l'a cherchée également ailleurs : tantôt, avec plus de sobriété, dans la simple notion de *justice*, tantôt, par un élan de spiritualité, dans un *appel à la religion*.

[47] ► *Le droit naturel*

a) Les doctrines du droit naturel. — Elles ont leur titre de noblesse dans l'*Antigone* de Sophocle. Antigone a désobéi à l'édit de Créon, en

donnant une sépulture à son frère, et pour se justifier : « Je ne pensais pas, s'écrie-t-elle, qu'il eût assez de force, ton édit, pour donner à un être mortel le pouvoir de violer les *divines lois non écrites* que personne ne peut ébranler. Elles ne sont pas d'aujourd'hui, ni d'hier, mais elles sont éternelles, et personne ne sait quel est leur passé profond. » Cicéron (*De republica*) n'est pas moins cité : *vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*. Et c'est de Rome que nous est venue la formule de Publius Syrus, l'affranchi aux étranges lumières, *Summum jus, summa injuria*, dont nous continuons à faire une protestation contre un droit injuste à force d'être droit.

Nous ne suivrons pas les doctrines du droit naturel dans leur développement historique, des juristes du *Digeste* aux théologiens du Moyen Âge (saint Thomas d'Aquin, avec sa conception de la loi naturelle comme un reflet de la loi divine), et de ceux-ci à la Seconde Scolastique (avec des théologiens espagnols, comme Vitoria et Suarez). Quand les civilistes parlent des doctrines du droit naturel, ils pensent principalement à une école de juristes des XVII^e et XVIII^e s., l'École du droit de la nature et des gens (*gentes* = nations ; *jus naturae et gentium*, c'est droit naturel et droit international à la fois). Parmi ces « jus-naturalistes », il faut citer l'Allemand Pufendorf (1632-1694), traduit et complété par le Huguenot Jean Barbeyrac (1674-1744), tous deux encore traditionalistes, mais aussi, plus hardis, le Hollandais Hugo Grotius (1583-1645) et ceux qu'en Allemagne il influença, Leibniz (1646-1716), Wolff (1676-1754). Cette école, dans son dernier état, est importante, parce qu'elle a déterminé le climat de philosophie juridique où se sont élaborés les textes de la Révolution aussi bien que le C.C. Son originalité est d'avoir infléchi la notion du droit naturel dans une direction individualiste : au droit naturel objectif, à l'ordre naturel voulu par Dieu et s'imposant aux hommes, elle substitue la considération de droits naturels subjectifs, de droits appartenant à l'individu par la naissance. Parallèlement, elle fait de cette notion un instrument révolutionnaire : toutes les institutions juridiques seront obligées de produire leurs titres, de prouver leur légitimité au regard d'un état de nature où les distinctions sociales n'auraient pas existé.

Après une période de sclérose au XIX^e s., où la fascination du C.C. entretenait chez les juristes le culte du texte de loi, donc un certain positivisme de métier, l'idéalisme juridique a repris vigueur au XX^e. Mais, d'un auteur à l'autre, la justice absolue est cherchée, tantôt dans le respect des droits individuels (ce qui permet de condamner nombre de réformes sociales), tantôt dans un mouvement de charité ou (style moderne) de solidarité (ce qui permet de promouvoir d'autres réformes).

[48] b) *Le contenu du droit naturel*. — L'Ecole du droit de la nature et des gens se faisait une vue très concrète du droit naturel ; elle y faisait entrer des *institutions* entières, en leur donnant l'éternité pour attribut (ex. mariage, puissance paternelle, contrat), tandis que d'autres n'auraient été que de droit *civil* (ex. adoption, hypothèque légale de la femme mariée), étant contingentes et artificielles (mais où placer la propriété foncière, par ex. ?). En contraste complet avec cette conception, l'Allemand Stammler, au début du ^{xx}e siècle, préconisa une théorie du *droit naturel à contenu variable* : il n'y aurait eu dans le droit naturel que des lignes générales, dont les modes de réalisation pouvaient changer avec les époques.

Entre les deux, une position habituelle consiste à formuler le droit naturel par *axiomes*, principes indémontrables dont le critère serait l'évidence (un concept lui-même difficile, évidence morale ? consensus ?). Les trois préceptes d'Ulpian, jurisconsulte de la Rome impériale (*Digeste*, 1, 1, 10, 1), sont restés célèbres : *honeste vivere* (vivre dans la dignité, il ne s'agit que des comportements extérieurs ; toutefois, est-ce déjà du droit, ou encore de la morale ?) ; *neminem laedere* (ne faire de tort à personne, c'est le principe de la responsabilité) ; *suum cuique tribuere* (à chacun le sien, respecter les droits individuels ; innés seulement ? acquis aussi ?).

N'est-ce pas, toutefois, un peu trop lapidaire. Il est des absences qui surprennent. La famille ? On a proposé de la sous-entendre dans le premier précepte ; mais son droit naturel, si elle en avait un, ne devrait pas pouvoir faire abstraction du sexe et de la procréation. Et le respect de la parole donnée, fondement de l'obligation contractuelle ? Certains ont cru l'apercevoir sous le deuxième précepte, car c'est faire du tort à autrui que de tromper sa confiance ; mais faut-il n'envisager le contrat que par ses vices ? Il devrait plutôt nous inviter à philosopher sur la liberté.

A l'opposé de cette tendance à détailler le droit naturel, il en existe une autre à le résumer en une notion unique. Là, des divergences ont ressurgi.

Le mot clé pourrait être le bien commun. Il avait une résonance très vive dans la pensée catholique selon saint Thomas, avant Vatican II. Il ajoute un nimbe de théologie à une position banale de toutes les politiques : l'intérêt général doit passer avant les intérêts particuliers. Ce dont le C.C. a. 6 offre une traduction modérée : devant l'ordre public doivent plier les volontés individuelles.

La philosophie du bien commun était communautaire, non point collectiviste. Une autre va entrer en scène, qui repousse l'individualisme, mais se veut personnaliste. Il y a correspondance dans les anti-

thèses. Le personnalisme a exercé une grande force de séduction avant et après la seconde guerre mondiale. S'il se référait à un droit naturel, c'était pour le concentrer sur la défense de la personne humaine, ce qui avait un sens à un moment où, en maints pays, s'étaient instaurés des régimes totalitaires. Il semble que la menace ait maintenant changé de visage, et c'est en réponse à un impérialisme imputé à la biologie que le personnalisme a fait irruption dans le C.C. La loi, lit-on à l'a. 16, assure la primauté de la personne... Le paradoxe est que notre droit civil ait attendu 1994 pour se donner un droit naturel, alors qu'en 1804 il avait estimé sage de ne s'en point donner.

En effet, la première rédaction du Code (le projet de l'an VIII) s'ouvrait sur un a. 1^{er} qui retentissait comme une profession de foi : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison universelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes. » Mais cet article et d'autres qui suivaient, de la même encre, furent jugés trop doctrinaux pour être utiles à la fonction pratique d'une législation, et ils furent finalement retranchés. Ils n'en demeurent pas moins révélateurs de la philosophie alors ambiante : c'était le droit naturel, mais avec la nuance rationaliste qu'y introduisait à la veille de la Révolution le « parti philosophique » — un rationalisme purement humain, dégagé de toute théologie, même de ce minimum de théisme encore présent dans la Déclaration de 89.

Le tableau est-il achevé ? Les droits naturels qui viennent d'être dépeints ont un même caractère : ils sont statiques. Aussi ne faut-il pas s'étonner si nombre de nos contemporains s'en détournent, préférant voir dans le droit naturel une action plutôt qu'une formule, une recherche plutôt qu'un résultat. Le droit naturel, c'est l'effort pour arracher continûment à la matière juridique ce qui en est juste, *id quod justum est*... Il ne se définit pas : se définir, ce serait s'arrêter.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — L'importance de la littérature récente est la preuve éclatante de l'éternelle jeunesse de ces doctrines : *Droit, nature, histoire*, Paris, 1985 (autour de la pensée de Michel Villey) ; Jestaz, *L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature*, R.T., 83, 233 ; S. Goyard-Fabre et al., *Des théories du droit naturel*, Caen, 1987, ainsi que sa présentation des *Ecrits de droit et de morale* de Barbeyrac, 1996 ; les 3 volumes collectifs de la *Rev. d'hist. des Fac. de droit*, 1987 (4), 1988 (6) et 1989 (8) ; Sérioux, *Le droit naturel* (histoire), 1993 ; P. Kayser, *Essai de contribution au droit naturel à l'approche du III^e millénaire* (superbe synthèse de la conception traditionnelle), *Dr. pros.*, 98 (2), 387-432 ; sur le couple droit naturel - droit positif, Alfred Dufour, *Arch.*,

90, 59. *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, 1991 ; X. Dijon, *Droit naturel : 1. Les questions du droit* (« Thémis »), 1998. — Le droit naturel est un Paradis, un jardin, avec beaucoup de verdure, des fleurs, des labyrinthes aussi. Il n'est pas nécessaire d'y croire pour avoir le droit de s'y promener délicieusement.

[49] a) *Notion élémentaire du droit naturel*. — Il est visible que, pour beaucoup d'esprits, le droit qualifié de naturel est, au fond, surnaturel, empruntant sa transcendance à la divinité. Mais ceux mêmes qui veulent le maintenir à hauteur de la nature (*lex congruens naturae*) ne s'entendent pas sur la nature dont il s'agit.

La recherche peut partir d'un droit subjectif conçu de façon très réaliste comme un droit physiologique, sensualiste : le droit de ne pas mourir de faim, le droit de croître et de multiplier, ou d'un droit objectif calqué sur les phénomènes physiques (ex. la loi chassant du droit l'« heure solaire » à défaut du soleil serait contraire au droit naturel ; et *quid* de la procréation artificielle ? cf. Sériaux, D. 85, chr. 53). En élargissant quelque peu, on dirait que c'est le droit d'une société paysanne, la plus proche de l'état de nature : ainsi, lors de la guerre des Paysans, en Allemagne, au XVI^e s., les révoltés invoquaient le droit naturel pour revendiquer la libre communication de l'homme avec la nature (le droit de chasser, de pêcher, de prendre du bois dans les forêts). C'est, au fond, un nouvel avatar de ce droit naturel qui a rempli notre XX^e s. finissant, sous une forme verte, écologique, la protection de l'environnement (cf. t. III, n° 46) — la sauvegarde de la Création, traduisent les théologiens (mais attention ! panthéisme pas loin). Sur la Conférence internationale de Rio en juin 1992 — le Sommet de la Terre, comme on l'avait appelée — planait une sorte de droit subjectif de la Nature, et l'on s'y ferma aux protestations des scientifiques, défendant contre elle la légitimité de leurs artefacts. On notera, d'ailleurs, que dans ses projets de politique agricole commune l'U.E. a eu l'air quelquefois de prophétiser l'avènement d'un droit naturel des campagnes à rester campagnes : plus ou moins transformés bon gré mal gré de producteurs de récoltes en conservateurs de paysages, les paysans seront les gardiens-nés d'un bucolique *jus naturae et gentium*.

b) *Droit naturel et raison*. — Si l'a. 1^{er} du projet de l'an VIII ne fut pas repris dans la rédaction définitive, malgré les efforts de Portalis (v. Beignier, *R. hist. Fac. dr.* (6), 88, 77), ce ne fut, nous le savons, que pour des raisons techniques. Il n'en continua pas moins à marquer de son sceau le C.C., et contribua à alimenter d'arguments ses adversaires. Ceux-ci, acharnés, surtout en Allemagne (Rehberg, Savigny), l'accusaient d'être un pur produit du rationalisme abstrait des Philosophes : ses rédacteurs avaient travaillé au mépris de l'histoire, des coutumes, de l'expérience — peut-être même de la sensibilité (car le premier romantisme allemand s'en prenait au C. Nap. autant qu'à la Révolution française tout entière). Qu'était-ce, cependant, que cette raison devenue hypostase ? Nul ne voulait se souvenir de la déesse Raison que Paris, antichrétien un instant, avait intronisée à Notre-Dame. Et personne n'aurait osé évoquer le *Logos* célébré par l'Evangile de Jean. Peut-être Portalis pensait-il à Kant, dont il avait, en Allemagne, vaguement feuilleté l'œuvre (dans des traductions latines).

c) *Rationnel et raisonnable*. — Sous un aspect inédit, la Raison, à notre époque, a fait de nouveau irruption dans notre droit. Plutôt que la raison la *raisonnabilité*, une raison modeste, habillée à l'anglaise. C'est une notion à base d'utilitarisme et d'empirisme dont les juges anglo-américains ont su tirer des effets importants, et notamment un effet

général de modération. Il n'est pas étonnant qu'elle ait été accueillie dans les doctrines continentales : v. en particulier Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit ; au-delà du positivisme juridique*, 1984 ; cf. Khairallah, « Le raisonnable » en droit privé français, développements récents, *R.T.*, 84, 439. Dans les lois contemporaines de droit civil, il n'est pas rare de rencontrer la formule « en tant que de raison » (ex. a. 815-6, *in fine*, 1578) pour limiter une analogie (cf. *infra*, n° 159). On s'est étonné davantage d'une application que la notion de raisonnable a reçue en jurisprudence : Ass. plénière, 4 mars 1986, *J.C.P.*, 86, 2, 20694, n. approbative B. Teyssié (lequel invoque l'intérêt de l'entreprise et de la communauté économique et sociale), *Droit soc.*, 86, 745, n. critique G. Lyon-Caen. C'était une question de fait, mais les juges, estime la Cour, ont pu légalement déclarer une grève illicite parce que les revendications des grévistes étaient *déraisonnables*, des contraintes financières et techniques empêchant de les satisfaire. La raison est ainsi intégrée à la loi (la grève est réglementée par les lois) ; il n'est pas dit qu'elle est supérieure aux lois : la raison n'est pas constitutionnalisée.

d) *Le personnalisme des lois de bioéthique* (29 juillet 1994). — Le personnalisme est généralement rattaché à l'Italien Antonio Rosmini (1797-1855), prêtre progressiste (sa philosophie, trop peu thomiste, fut condamnée par Léon XIII). En France, il s'identifie à Emmanuel Mounier (1905-1950 ; *Qu'est-ce que le personnalisme ?*, 1935), et plus encore peut-être à la revue *Esprit* qu'il dirigeait, et qui, même après lui, a exercé une action importante sur des groupes intellectuels (cf. C. Pariset, *La revue « Esprit » de 1932 à 1935*, Th. Paris IV, 1999). Le personnalisme spiritualisait l'individu pour en faire une personne, le christianisait au besoin et, pour l'arracher à l'égoïsme dont l'individualisme est accusé, lui insufflait une morale socialement généreuse. Les historiens auront à rechercher si, et par quelle filière obscure, l'esprit d'*Esprit* a pu se retrouver parmi ceux qui ont participé à la lente élaboration des lois de bioéthique. Recherche d'autant plus ardue que ces lois pourraient bien se situer au confluent d'influences contraires. Car les héritiers des Lumières, même s'ils se sentaient agacés qu'on leur parlât tant de la personne et pas davantage de l'homme, pouvaient se satisfaire de textes dont la signification humaniste, voire humanitaire, n'était pas niable. Et le fait est que ce n'est pas d'eux qu'est venue la critique portée devant le Conseil constitutionnel (cf. *infra*, n° 123). A la vérité, le droit naturel de 1994 se ressent du trouble qui a plané sur les dernières années du double septennat, lorsque le chef de l'Etat s'enveloppait lui-même d'une équivoque communicative, oscillant à plaisir entre des souvenirs affichés de la religion ancestrale et les restes d'un attachement public aux idées fort séculières qui avaient aidé à son élévation.

[50] e) *Rôle pratique du droit naturel*. — Plutôt que dans la logomachie doctrinale, c'est à l'œuvre, dans la vie de la nation, qu'il faut saisir le droit naturel. On peut dire qu'il a fait partie de la philosophie officielle de la III^e République, qu'il a été utilisé dans la question d'Alsace-Lorraine (« la justice immanente »), qu'il a été une des idées-forces de l'affaire Dreyfus (qui opposa de façon retentissante les droits de l'individu à la raison d'Etat). A l'époque récente, on peut attribuer aux théories du droit naturel (pas toujours aux mêmes) : l'annulation rétroactive, par l'o. du 9 août 1944, de certaines lois édictées par le Gouvernement de Vichy sous l'occupation allemande (on a pu faire comme si elles n'avaient jamais existé, parce que déjà avant d'être annulées par le droit positif, elles l'étaient par la conscience humaine) ; la condamnation de certains criminels de guerre dans le procès de Nuremberg, pour des crimes qui n'étaient pas

prévus dans des lois positives au moment où ils furent commis, mais qui l'étaient sans doute dans une loi non écrite ; sous la V^e République et peut-être plus intensément sous le double septennat (1981-1995), la vogue remarquable, en philosophie et en politique, des droits (subjectifs) naturels, autrement dits *droits de l'homme* (cf. *supra*, n° 43).

f) *Des conflits entre le droit positif et le droit naturel.* — Ce sont, au fond, des conflits d'internormativité (cf. *supra*, n° 17). Ils posent un problème au juge (peut-il refuser d'appliquer une loi positive contraire au droit naturel ? c'est impossible dans le système français, du moins directement, le juge n'y disposant pas du pouvoir de vérifier si la loi est conforme à une règle de droit supérieure) ; un problème aussi au citoyen (peut-il licitement désobéir à une loi qui viole le droit naturel ? c'est le problème de la résistance passive ou agressive, à l'oppression ; cf. Roubier, *Théorie générale du droit*, 1951, n° 24). — Ce que l'on prend pour un conflit entre droit positif et droit naturel n'est parfois qu'un conflit entre droit légal et droit coutumier (tel est peut-être le sens de la révolte d'Antigone contre l'édit de Créon ; V. Sfériadès, *Revue générale de droit international public*, 1936, 175, une révolte contre une loi violant la coutume ; cf. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, 1971 ; George Steiner, *Les Antigones*, 1986 [histoire d'un mythe], p. 195, 270 ; Tzitzis, *Arch.*, 88, 243), ou entre deux couches de légalité, l'une qui est réglementation et technique pure, l'autre qui informe un principe fondamental (ce n'est pas le droit naturel au-dessus du droit positif, c'est plutôt, au-dessous du droit positif, le droit artificiel ; cf. *J.C.P.*, 1948, 2, 4474). — Dans d'autres cas, le conflit est, en réalité, entre droit positif et commandement religieux : ex. entre la loi imposant le service militaire (ce sera différent s'il n'y a plus un jour que du volontariat) et l'impératif du Décalogue, pris littéralement : tu ne tueras pas. C'est le problème de l'objection de conscience (cf. *J.C.P.*, 1950, 2, 5598). Le croyant, il est vrai, ne réclame pour le commandement religieux qu'une sphère d'application *individuelle*. Se plaçant dans cette conception individualiste, la l. 22 déc. 1963 (Code du service national, a. L. 116-1 ; Duffar, *Rev. dr. public*, 91, 657) avait tenté de résoudre le conflit en organisant, pour ceux qui objectaient à l'usage *personnel* des armes, un service national d'intérêt civil (ex. : Crim., 27 mars 1974, *J.C.P.*, 75, 2, 18079, n. H. de Touzalin). Dans le même esprit, les l. 17 janv. 1975 et 31 déc. 1979 (a. L. 162-8 C.S.P.) ont admis qu'un médecin pouvait, par motifs de conscience, refuser de pratiquer une interruption de grossesse (cf. Roujou de Boubée, D. 76, 531 ; Mémeteau, *J.C.P.*, 90, 1, 3443). Mais c'est l'objection passive qui est autorisée ; l'objection active, tendant à empêcher le déroulement d'une I.V.G., a été érigée en délit pénal (loi *Neiertz* du 27 janv. 1993, a. L. 162-15 C.S.P. ; cf. Crim. 31 janv. 1996, D. 96, *I.R.*, 64).

[51] ► La justice

Dans un sens usuel, la justice est l'ensemble des tribunaux, un service public dont les *justiciables* attendent qu'il *rende la justice*. Nul ne conteste que, dans les circonstances ordinaires, il ne rende la justice en appliquant les lois, c'est-à-dire en ne faisant qu'appliquer le droit positif, le droit de leur Etat. Mais il est un autre sens du mot, où la justice est placée plus haut que le droit, comme l'absolu est au-dessus du rela-

tif, les axiomes de géométrie au-dessus des observations empiriques. C'est un droit théorique, idéal, qui nous est alors montré, dont nous ne savons, cependant, s'il ne se veut pas morale plutôt que droit. Cette ambiguïté était déjà chez Aristote, dans le livre V (la justice) de l'*Ethique à Nicomaque*, destiné apparemment à être un modèle pour les justes avant que d'en être un pour les juges. Elle n'a pas cessé d'envelopper la théorie de la justice dans la pensée classique, et elle n'a pas disparu de la pensée moderne, dont nous avons pris pour répondant, en raison de la célébrité qu'il a acquise, l'Américain John Rawls.

a) *La théorie de la justice dans la pensée classique.* — Ainsi entendue, la justice y a toujours été très proche du droit naturel : c'est une même vocation aérienne à se libérer des technicités du droit. Des nuances sont, néanmoins, perceptibles.

— Tandis que le droit naturel a son siège dans des institutions ou des règles, la justice procède de la conscience et des comportements de l'homme. La justice est, avant tout, un sentiment, qui détermine une pratique, et cette pratique est une vertu, la vertu de l'homme juste.

— Tandis que le droit naturel se donne pour centre la personne humaine comme un être unique, la justice a besoin de supposer deux personnes pour que sa mission ait un sens. Car, dans la notion de justice, l'accent est mis sur l'égalité. La recherche de l'égalité est le ressort de la justice, égalité entre les objets échangés dans cette justice qui est dite *commutative*, entre les objets répartis dans celle que l'on qualifie de *distributive*. Le droit privé offre à ces formes de la justice des terrains quasi symboliques où s'exercer : pour la justice commutative, le contrat d'échange (a. 1702), plus généralement tous les contrats synallagmatiques (a. 1104, al. 1) ; pour la justice distributive, les partages (a. 822), ces actes rudimentaires, rustiques, dont un adage nous assure que l'égalité est leur âme, mais une âme qui a souvent bien de la peine à s'incarner (cf. a. 887). La justice distributive, il est vrai, n'est pas seule. Sur ses talons vient la justice corrective. C'est qu'il existe des inégalités de fait. Une justice plénière se doit de les corriger : elle rétablira l'égalité par des inégalités inverses qui ne seront que des compensations. Les inégalités auxquelles notre sensibilité est aujourd'hui la plus attentive étant les inégalités sociales, c'est la justice sociale qui est devenue le vêtement le plus habituel de la justice, lorsqu'elle est exaltée dans les discours contemporains.

[52] b) *La théorie de la justice selon John Rawls.* — Son œuvre essentielle, *Théorie de la justice*, a été publiée aux Etats-Unis en 1971, traduite chez nous en 1986, précisée et amendée dans des écrits posté-

rieurs. Très tôt le succès fut très vif, avivé par les objections et les discussions.

On pourrait, par une lecture sélective, ne retenir de cette œuvre que les aspects les moins novatoires. L'affirmation que le régime le plus juste est celui qui prend le mieux en compte les valeurs de liberté et d'égalité, de tolérance aussi, semble avoir été empruntée au discours politique courant dans toutes les démocraties libérales. Probable qu'aux Etats-Unis mêmes, encore aujourd'hui après les fluctuations électorales des années 90, aussi bien républicains que démocrates ne verraient rien à y changer.

L'originalité de Rawls est ailleurs : il a enserré entre deux principes sa recherche de la justice qui est une quête d'équité :

1° Le principe d'égalité : chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base, égales pour tous, qui soit compatible avec le même système pour les autres.

2° Le principe de différence : les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de telle sorte que l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et qu'elles soient attachées à des positions et fonctions accessibles à tous.

Nous arrivons au cœur de la pensée de Rawls, à l'endroit où elle va se traduire en une formule concrète qui frappera l'opinion : peu importe (et le principe de différence s'inverse en courbes d'indifférence) que le riche devienne plus riche si cela permet au pauvre de devenir moins pauvre. L'indifférence a, cependant, un postulat : c'est que les gens ne soient pas envieux. En quoi, remarqueront les ethnopsychologues, on voit bien que la scène se déroule chez les Américains, non pas en France.

L'américanisme de la théorie « rawlsienne » n'est pas niable : il ne faut pas, pourtant, tout y rapporter. Rawls nous semble très loin de la question sociale telle que la vit actuellement l'Europe, quand il passe rapidement sur les inégalités stratifiées et insiste sur l'égalité des chances. Mais les Français n'eurent pas une attitude différente il y a un siècle, lorsqu'ils eurent couvert d'écoles le pays, et ils la conservèrent tant qu'elle fut soutenue par l'enthousiasme pédagogique d'une armée d'instituteurs. Avec une différence capitale, toutefois, les Français de ce temps-là étaient jalousement attachés à l'égalité des chances *successorales*, que leur garantissait la réserve héréditaire, tandis que Rawls, comme toute l'Amérique, paraît s'accommoder d'un droit des successions qui, par la liberté testamentaire, fait jaillir des chances inégales.

[53] ÉTAT DES QUESTIONS

I. — Sur la justice en général

B.G. — V. *Arch.*, 1981 (L'utile et le juste), en particulier à propos de l'utilitarisme de Bentham qui fondait le juste sur l'intérêt (cf. P.-Y. Gautier, Contre Bentham, l'inutile et le droit, *R.T.*, 797) ; Ricœur, *Lectures*, I, 1991, 176 (le juste se situe entre le légal et le bon) ; L. Boltanski, *L'amour et la justice comme compétences, trois essais de sociologie de l'action*, 1990 ; G. Zanetti, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Bologne, 1993 ; Boudon, *Le juste et le vrai*, 1995 ; le numéro *Le juste, normes et idéaux*, de l'*A.S.*, 1995 (2) ; P. Kayser, La justice selon Aristote, *Dr. pros.*, 96 (2), 313 ; N. Dion, Le juge et le désir du juste, *D.* 99, chr. 195 ; M.-A. Frison-Roche, La justice racontée aux enfants, de la littérature au droit, *Mélanges Terré*, 1999. — Ouvrage collectif, dir. M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, *De l'injuste au juste*, 1997 (extrêmement varié).

PSYCHOLOGIE JURIDIQUE

a) *De la justice dans les partages (ou par les partages)*. — Partager est un geste typique de l'amour chrétien. Que celui qui a deux tuniques en donne une à celui qui n'en a pas (Luc, 3:11), et saint Martin portera le commandement à la perfection en coupant en deux son unique manteau. Mais, si le partage spontané s'inspire de l'amour, le partage imposé peut engendrer la haine. C'est un nid à querelles, litiges, procès. « Homme, ai-je été établi sur vous pour faire vos partages ? » Cette parole d'évangile (Luc, 12:14) donne à penser que le diable peut être très actif dans le fonctionnement de l'institution. Il pourrait bien être à l'œuvre sous le couvert du tirage au sort, aveugle, absurde, auquel le C.C., a. 834, a dû se confier, en dernière instance, faute de mieux (cf. Patarin, *R.T.*, 87, 129). Heureusement, l'humanité a reçu du Ciel les moyens de le neutraliser, la géométrie, les mathématiques, le droit, instruments de justice. Nul doute que c'est par le droit des partages que le sens de la justice (et, *a contrario*, de l'injustice) est entré en philosophie du droit, le partage des successions entre cohéritiers, plus profondément le partage du gâteau entre les enfants. Cependant, un sociologue qui s'est intéressé à la norme de justice dans les relations de parenté (J. T. Godbout, *A.S.*, 95, 2, 351) considère que cette norme n'y trouve qu'une application restreinte. Il faut dire que sa recherche a porté sur les donations, actes volontaires, non sur les successions déferées par la loi. Un descendant ne se sent pas le même droit acquis à être gratifié exceptionnellement qu'à recueillir intégralement ce que l'Ancien Droit appelait sa légitime, et s'il n'est pas favorisé, il n'éprouve pas la même frustration. D'autant que les donations rencontrées dans l'enquête ont l'air de n'avoir été que des *présents d'usage*, que la faiblesse relative de leur valeur fait chavirer dans le non-droit selon l'a. 852. Cf. La justice des arbitrages, Boudon, *A.S.*, 94, 34.

b) *Justice et injustice*. — La justice est proche du droit naturel, et celui-ci n'est pas loin de la religion (« la justice n'étant que le rapport secret de ce que l'homme

fait à ce que Dieu ferait », Hugo, *Dieu*, II, 8). Mais c'est peut-être par son contraire que la justice est le plus facilement — à vrai dire, subjectivement — saisissable. Cf. Edm. Cahn, *The Sense of Injustice*, N.Y., 1949. Rien de plus spontané que le sentiment de l'injustice — de l'injustice subie, mais aussi bien de celle qui est faite à autrui. Victimes et spectateurs sont révoltés, révoltés. Le phénomène psychologique a une de ses traductions (cf. t. IV, n° 230) dans la théorie de l'abus du droit (= « ras-le-bol »). Pourrait-on par une batterie de questions, mesurer le sentiment de justice ? des psychiatres l'avaient pensé : Baruk et Bachet, *Le test « Tsedek »*, 1950 (*tsedek*, suivant une conception du judaïsme, c'est la justice imprégnée de charité). V. aussi Kellerhals et al., *Figures de l'équité, la construction des normes de justice dans les groupes*, 1988, ainsi que Justice, sens de la responsabilité et relations sociales, *A.S.*, 95 (2), 317. Pour finir sur une note de doute : le goût du jeu (de hasard) est aussi naturel à l'homme que le sentiment de justice ; or, il le contredit (et, qui pis est, l'Etat moderne fait tout pour multiplier les occasions de jouer).

THÉORIE JURIDIQUE

a) *L'impasse des maximes de justice*. — La maxime « A chacun le sien », *Suum cuique tribuere*, ne saurait en aucun cas constituer un principe, car il faudrait, pour l'appliquer, savoir préalablement ce qu'est le sien. On est renvoyé, pour cette définition, à une règle antérieure, qui est le véritable principe. Tout aussi vaine est la maxime qui veut que chacun soit récompensé selon ses mérites ou châtié selon ses fautes : elle reste en l'air tant que mérites et fautes n'ont pas été définis.

b) *Le principe de proportionnalité*. — Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, 1990. Dans ce principe que notre droit positif paraît avoir adopté, comme une règle non écrite de justice, quelque chose se retrouve d'Aristote (*Ethique à Nicomaque*, V, 3, 9). Mais, dans les applications, ce principe est ramené à une exigence, un peu vague, d'équilibre raisonnable entre deux données contraires. Ainsi, la responsabilité d'un chirurgien n'est pas engagée pour les suites dommageables d'une opération, s'il avait observé une proportionnalité entre le risque d'une intervention et l'amélioration à en espérer. Une loi pénale n'est conforme à la Constitution qu'autant qu'elle respecte une proportionnalité entre la peine et le délit (cf. Cons. const., 30 déc. 1987, d. 87-237, *J.O.*, 31, p. 15761).

c) *Justice sociale*. — Une notion difficile, ayant partie (mal) liée avec la notion d'intérêt général, elle-même difficile (ce n'est pas le simple agrégat des utilités individuelles). Cf. Boudon, *Justice sociale et intérêt général*, *Rev. fr. de science politique*, 75, 193, et *Effets pervers et ordre social*, 1977 ; Wolfelsperger, *Le problème de la méthode en économie normative*, *A.S.*, 81, 223.

d) *Injustice et désordre*. — Dans les sociétés archaïques, l'ordre est souvent perçu comme un idéal abstrait, par opposition au désordre qui serait l'expression de la vie avec son imprévisibilité (cf. J. Roumeguère, *La double intelligence du monde*, essai sur l'écart entre l'idéal et le vécu, *Hommage à G. Gurwitsch*, 1968, 289 ; Balandier, *Le désordre*, 1988). Mais, dans les sociétés modernes, le désordre, sous ses intensités variables (chahut, émeute ou révolution), a longtemps été perçu comme une altération pernicieuse des conditions de la vie collective. Dans ses souvenirs du *Siège de Mayence*

(août 1793), Goethe a glissé une phrase qu'il se flatte d'avoir prononcée : « Et puis, c'est dans ma nature, je préfère l'injustice au désordre » (traduisons : mieux vaut une injustice individuelle qu'un désordre, mal collectif). En fait, il avait seulement cherché à sauver un suspect, qui pouvait être un criminel, des fureurs de la foule. La phrase continue, cependant, à rebondir dans les discussions politiques sur le droit, chacun des deux camps essayant, à sa manière, soit de soutenir Goethe (le désordre ferait pululer les injustices ; sur l'émeute arrivent les pillards), soit de le contrer (l'injustice est le plus grand des désordres, car elle provoque à des révoltes sans fin). Mais, dans une postmodernité qui, s'éloignant de la rationalité des Lumières, réhabilite l'exubérance primitive, le désordre a pris des couleurs nouvelles et trouvé chez les juristes plus de compréhension. Les mathématiciens n'ont-ils pas élaboré une théorie du chaos, propice à des analogies, fussent-elles douteuses ? Du moins admettra-t-on aujourd'hui que tout n'est pas mauvais dans le désordre, sinon dans l'anarchie. Cf. Van der Kerchove-Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, 1988, et plus nettement, un ensemble remarquable, J. Chevallier et al., *Désordre(s)*, C.U.R.A.P.P., Amiens, 1997.

II. — *Sur la théorie de Rawls*

a) *L'œuvre*. — *Théorie de la justice*, 1986 (trad. par C. Audard de l'édition américaine de 1971) ; *Libéralisme politique*, 1995 (trad. de l'édition américaine de 1993), Rawls y corrige en partie l'ouvrage de 1971, en le limitant au domaine politique.

b) *Etudes et critiques*. — La traduction de 1986 détermina en France un très fort attrait pour la pensée de Rawls : ex. Individu et justice sociale, *Actes du VI^e Colloque de philosophie du droit*, 1988 ; Bouretz et al., *La force du droit*, 1991, spéc. 59 ; *A.S.* (Le juste, normes et idéaux, 1995 ; Ricœur, *Le juste*, 1995, 71 et 99. Ph. Van Parijs s'efforça (Marx s'estompant) de définir un « rawlisme » de gauche : *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, 1991, *Sauver la solidarité*, 1995. Boudon a fait porter sa critique (*A.S.*, 95, 273) plus spécialement sur le principe de différence, dont il démontre l'impossibilité logique.

c) *Après Rawls ?* — Il y a Ronald Dworkin, qui le repousse un peu dans l'ombre. C'est maintenant l'« auteur-phare » : *Taking Rights Seriously* (quel juriste n'en serait d'accord ?), 1977 ; *A Matter of Principle*, 1985 ; *Law's Empire*, 1986 (trad. fr., 1994) ; *Freedom's Law*, 1996. Dans *L'Empire du droit* se trouve la célèbre métaphore du roman écrit à la chaîne (cf. revue *Droit et Société*, 1985 [1], 51). Ce roman, c'est le droit : chaque romancier (juriste), entrant dans le jeu, s'efforce de donner un sens à ce qu'ont écrit les précédents et de maintenir une cohérence à l'œuvre en progrès. On pourrait en inférer que Dworkin situe le droit dans la durée, en reconnaît la dimension historique. Mais son intention est différente : il veut mettre en relief l'unité du droit. A de multiples questions, il y a une seule bonne réponse, et celle-ci se découvre dans une lecture morale de la Constitution américaine. *Morale*, c'est-à-dire nullement empirique et qui s'attache avant tout aux principes — des principes de liberté.

Mais les Etats-Unis sont vastes (cf. A. R. Oquendo, *La philosophie du droit aux Etats-Unis* [Dworkin et autres], *Dr. pros.*, 98 (4), 1347), et des mouvements plus pétulants s'y manifestent. D'un côté, il y a les auteurs « libertariens », qui professent un individualisme débridé (cf. Lepage, *R. hist. Fac. de Dr.*, 1989 [8], 165). A l'opposé se

déploie la « majorité morale » qui, sans avoir encore ses théoriciens, prêche une réaction conservatrice (vertueuse, religieuse), notamment sur le terrain des mœurs (avortement, divorce). Ces courants extrêmes déteindront-ils sur l'Europe, plus que ne l'aurait fait justice ou liberté un peu pâles à la façon de Rawls ou de Dworkin ? A suivre au siècle suivant.

[54] ► *L'appel à la religion*

Entre les droits et les religions, la relation n'est pas toujours identique. Il existe des droits sécularisés, laïques, dont le C.C. donne un exemple qui, extérieurement, est presque sans faille. En antithèse diamétrale, il est des droits religieux, qui pourraient, à la limite, être qualifiés de divins parce que leurs règles auraient été inspirées aux hommes par la divinité, le droit musulman, droit coranique, étant un exemple théoriquement parfait de ces droits révélés. Il est fréquent, cependant, que les droits positifs se situent entre les deux extrêmes et que, profanes d'intention, ils empruntent néanmoins, ne fût-ce que par la médiation de la morale ou des mœurs, à la religion qui les entoure. Tel est, à le scruter de plus près, le cas du droit français. Ainsi, le calendrier est un des axes cachés de son fonctionnement ; or, ce calendrier, avec sa division en semaines, avec ses dimanches, reprend une tradition judéo-chrétienne (vainement la Révolution avait-elle tenté de s'en affranchir, par ses décadis). Du C.C. lui-même une des règles les plus fondamentales, quoiqu'elle n'y soit pas proclamée tout haut mais seulement rappelée par son contraire (a. 147), est le mariage monogamique : vu sous cet angle, notre C.C. est un Code chrétien. Mais ce sont là des sujets d'analyse pour l'histoire, la sociologie ou le droit comparé. Ici, le rapport du droit à la religion a un tout autre sens : c'est un mouvement, non pas une constatation de fait.

Il s'agit de savoir si le droit positif, laïque par hypothèse sur le point considéré, peut trouver dans la religion son ultime dépassement. Il est clair que c'est affaire de conscience. Mais cet appel à la religion est assez dans la logique de la tendance idéaliste pour que l'on puisse supposer qu'il n'est pas rare. Par quelles voies ? On en aperçoit deux, l'une plus précise, l'autre plus vague.

Dans la plupart des religions se rencontrent des commandements qui, sans forcément avoir été des règles de droit, en ont toute la netteté. Pour celui qui les entend avec fidélité, la tentation sera grande de les transposer dans son idéal juridique, complément hypothétique du droit positif, non plus impératif, mais persuasif, ou suivant une autre

opposition de termes, non plus *précepte*, mais *conseil*. Cela peut tourner à tous vents. Le romancier Paul Bourget, au début du siècle, lisant au livre de l'Exode (21 : 28) que le bœuf meurtrier doit être mis à mort, en déduisit un modèle biblique du droit pénal, aveugle aux intentions, accroché à la seule matérialité des faits. Mais, du temps que l'adultère était incriminé comme délit, beaucoup faisaient de sa décriminalisation un postulat évangélique, parce que le Christ avait arrêté net la lapidation de la femme adultère.

Cependant, le plus souvent, ce qui frappe les esprits religieux, c'est la distance entre ce que le droit — le législateur, le juge, l'homme — est capable de faire et ce que Dieu, le tout Autre, ferait. De là un élan vers la justice divine ou, comme l'exprime une des Béatitudes, une faim et une soif de cette justice, sans que jamais le but soit atteint, faim et soif apaisées. Le droit positif y gagne un supplément d'âme : à l'exigence d'une stricte et quasi mathématique justice selon les hommes, il ajoute une loi d'amour qui se traduira plus concrètement par charité ou solidarité (la traduction a varié au gré des époques), justifiant surabondamment des règles et des institutions que l'utilité avait peut-être déjà suffi à introduire, et en appelant d'autres plus audacieuses.

[55] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — *Arch.*, 1960 (*La théologie chrétienne et le droit*), 1973 (*Les dimensions religieuses du droit*), 1985, 412 s. (série de comptes rendus), 1993 (*Droit et religion*) ; Lombardi Vallauri, Dilcher et al., *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milan, 1981 ; J.-M. Ferry, Du droit et de l'éthique à la religion, *Projet*, 85, 168 ; Jean Foyer et al., Eglises et pouvoir politique, *Actes des Journées internat. d'hist. du dr. d'Angers*, 1987 ; Duvert, Droit et religion(s), *Dr. pros.*, 96, 797.

a) *Laïcité*. — G. de Lagarde, *Naissance de l'esprit laïque*, 1949 ; Rivero, *La notion juridique de laïcité*, D. 49, chr. 137. Sur la sécularisation du droit civil par le C.C., *Cristianesimo*, etc. (1981), p. 1007. Sur les limites de la laïcité en droit positif, cf. *supra*, n° 19, la distinction de la règle de droit et du commandement religieux.

b) *Droit idéal et christianisme*. — La religion, fondement du droit ?, *Arch.*, 93, 17 s. *Fonder, fondement*, c'est métaphore d'architecture, mais, en philosophie, le concept est rebelle aux définitions. Vous vous demandez, en somme, si le droit peut être fondé sur Dieu. Mais Dieu, sur quoi le fondez-vous ? Sur la Révélation. Mais, celle-ci, à son tour, sur quoi, sur qui ? Les juifs, les chrétiens précisent leur pensée en se référant à la Bible. Toutefois, à s'en tenir *brevitatis causa* au christianisme, il a visiblement hésité entre plusieurs manières de découvrir le droit à travers l'Écriture sainte

(cf. Villey *et al.*, La Révélation chrétienne et le droit, *Annales Fac. de Strasbourg*, 1961) : 1° *Identification*. Toute une partie de l'Ancien Testament, la *Thora*, est juridique. Ne devrait-elle pas être la loi vivante des chrétiens ? Ce fut une tentation de la Réforme (cf. Le calvinisme entre la fascination et la nostalgie de la loi, *Etudes théologiques et religieuses*, Montpellier, 1990 (4), 507). Ne pourrait-on admettre, à tout le moins, que le décalogue et la loi d'amour représentent l'absolu du droit pour le chrétien ? 2° *Imprégnation*. C'est la conception la plus courante : le droit peut toujours être vivifié par une montée de sève évangélique (il l'a déjà été, en fait, sous les empereurs chrétiens, même si V. Biondo Biondi, *Il diritto romano cristiano*, 1952, a poussé trop loin les thèses). Dans cette conception, la religion s'approprie volontiers le droit naturel pour lui faire exercer une fonction de médiation entre l'ordre divin et les droits positifs. Mais qu'y a-t-il de spécifiquement biblique dans ce droit naturel ? Les valeurs qu'il véhicule, le respect de la dignité humaine, l'aspiration à la justice se retrouveraient, à l'égal chez les stoïciens païens, dans les religions orientales et dans nos sociétés laïques (cf. Villey, Positivisme juridique moderne et christianisme, in *Cristianesimo*, etc., 1981, 199 ; Malaurie, La Bible, l'Alliance et le droit, réflexions d'un juriste chrétien, *Dr. pros.*, 98 [2], 433). 3° *Séparation*. C'est la doctrine luthérienne des deux règnes, sur laquelle nous reviendrons *infra*, parce qu'elle est mal connue en France. La vérité est qu'il n'existe pas de droit chrétien ; si le monde n'était composé que de chrétiens (au sens plein), il n'y aurait plus besoin de droit. Tous les droits sont à la fois méprisables, parce qu'ils agissent dans une orbite pécheresse, et respectables, parce que l'Etat répond à une *nécessité* de notre nature déchue. Car il n'est point d'homme qui ne pèche (La Bible le répète comme en passant, 2 Chroniques, 6:36, 1 Rois, 8:46). Cependant, s'il n'est pas de droit chrétien, il est une justice de Dieu (mais une justice, un jugement, non pas une règle de conduite donnée d'avance abstraitement). Devant la justice de Dieu, toute justice de l'homme est injuste : l'homme est incapable de savoir par lui-même ce qu'est la justice (Psaumes, 85:12 : la justice regardera du haut des cieux). Cf. Ellul, *Le fondement théologique du droit*, 1946, et Recherches sur le droit et l'Evangile, in *Cristianesimo*, etc., précité, 115. La justification qui vient de Dieu met en déroute non seulement toutes lois positives, mais tout droit naturel : l'offrande de Caïn a été rejetée (Gen., 4:5), l'ouvrier de la onzième heure est payé à l'égal des autres (Matth, 20:1-16), la sentence juste sort d'un juge inique (Luc, 18:5) — rien de commun en tout cela avec la raison ou même avec le cœur de l'homme.

c) *La doctrine des deux règnes* (= royaumes). — Cf. Diesselhorst, Zur Zwei-Reiche Lehre, in *Cristianesimo*, etc. ; précité, 141-198. C'est Luther qui l'a affirmée pour la première fois (Von weltlicher Obrigkeit, 1523). Mais, même sans contours précis, elle est entrée dans le patrimoine théologique de toutes les Eglises issues de la Réforme. Elle y était reconnaissable encore au début de ce siècle, porteuse comme elle était d'une laïcisation implicite du droit. Actuellement, cependant, les Eglises protestantes, même luthériennes, hésitent à la proclamer, car elles craignent qu'elle ne donne, qu'elle n'ait donné un aval à des régimes totalitaires, ce qui est la charger indûment, car elle est un diptyque, dont le premier volet met, mettait en état de résistance le règne de Dieu. Toujours est-il que le relais de la doctrine est plutôt assuré désormais par le protestantisme dit *évangélique* (baptiste, pentecôtiste), de type *fondamentaliste*, celui qui continue d'insister le plus fortement sur la condition pécheresse de l'humanité. Or, cet accent est, sans doute, indispensable à la compréhension de la doctrine. Luther y voyait une vérité

révélée fondée sur la Bible : non pas d'abord, comme on est tenté de le croire sur (l'épître aux) Romains, XIII, qui demeure assurément le résumé des devoirs du parfait citoyen (et contribuable) chrétien, mais plus immédiatement sur les Psaumes. Le verset 16 du Ps. 115 est péremptoire : « Les Cieux sont à l'Eternel, *mais* il a donné la terre aux titres humains. » Que prononce d'autre l'Evangile ? « Mon royaume n'est pas de ce monde » (Jean, 18:36), « Rendez à César » (Matthieu, 22:15). Un royaume est donné au peuple collectivement, au roi qui l'incarne — en termes modernes, à l'Etat qui le représente. La doctrine luthérienne établissait une corrélation inattendue entre le verset 16 et Psaume 115, où un roi, en effet, lance un programme de gouvernement, un gouvernement d'énergique justice, défendant les bons, punissant les méchants. Seulement, qui est donc ce roi ? C'est David, l'idéal type de tous les monarques, mais aussi, indivisiblement, le roi adultère, meurtrier, hypocrite, le roi pêcheur par excellence. Entre de telles mains, trop humaines, quel droit peut être assuré d'être droit ? On découvre là que, malgré les apparences, la pensée de Luther ne se confondait pas avec la distinction traditionnelle du temporel et du spirituel. Le spirituel n'a jamais abdiqué son pouvoir d'excommunier, voire de déposer les rois ou, plus légèrement, de spiritualiser l'Etat et son droit. C'est une tutelle, qui est une sécurité. La doctrine des deux règnes abandonne l'Etat, avec son droit, aux risques et périls d'une liberté humaine.

[56] 2 / La diversité des idées

Une histoire de la philosophie du droit, qui demanderait pour elle seule un autre livre, montrerait que beaucoup des théories qu'elle aurait à passer en revue n'ont été que la transposition de théories d'abord élaborées par la philosophie des philosophes. Les Sophistes ont eu une philosophie du droit, et il existe un existentialisme juridique. Plus concrètement, de chaque philosophe reconnu pour tel, on pourrait faire un extrait juridique et se demander ce qu'il a pensé du droit. Montaigne ou Jaspers, *quid de jure senserit*. De ce point de vue, il faut reconnaître aux théories du droit naturel le mérite insigne d'avoir tiré du droit lui-même une philosophie qui ne devait rien aux autres.

Toutefois, sous le rapport des influences reçues, il y a une distinction à observer entre les doctrines qui ont plus ou moins partie liée avec des idéologies politiques ou sociales, et d'autres qui se contentent d'appliquer au droit des attitudes intellectuelles ou morales que l'on peut dire philosophiques, parce qu'elles reflètent une sorte de sagesse — des sortes de sagesse. D'un mot, il est des philosophies du droit engagées, *militantes*, d'autres, idéologiquement neutres, qui ne se veulent que *sagesse* — sagesse parfois opposées.

B.G. — Nous nous contenterons de citer quelques exemples propres à illustrer la méthode, dont la fréquence vient d'être signalée, qui consiste à construire une philosophie du droit à partir d'une philosophie générale, par extraction d'éléments juridiques (développements ou simples passages) :

- soit d'un philosophe célèbre (ainsi Pascal, cf. L. Sebag, *Ann. Fac. dr. Clermont*, 1964, 85, et le Colloque de Clermont-Ferrand, *Droit et pensée politique autour de Pascal*, 1990 ; ou bien Spinoza, cf. S. Breton, *Arch.*, 73, 93) ;
- soit d'une école philosophique (ainsi la phénoménologie, Amselek, *La phénoménologie et le droit*, *Arch.*, 79, 185, non sans des convergences avec Kelsen ; A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, 1981 ; ou le structuralisme, A. J. Arnaud, *Arch.*, 68, 383 ; Brimo, *Arch.*, 78, 189).

On notera, toutefois, que, chez les philosophes des siècles passés, le droit est souvent entendu comme un droit naturel proche de la morale, ce qui rend incertaine la transposition de leur pensée au droit étatique.

[57] 1 | LES PHILOSOPHIES MILITANTES

Le marxisme. — De la philosophie du droit il relève surtout en ce qu'il insère le droit dans sa théorie du matérialisme à la fois historique et dialectique. Historiquement, le droit fait partie de la superstructure de la société, de la même manière que la religion, la politique ou la littérature ; il n'est que le reflet de l'infrastructure économique, et ses changements sont déterminés par les changements qui se sont opérés dans les rapports économiques de production. Dialectiquement, ses mouvements, loin de se dérouler suivant un progrès linéaire, se font par combats incessants entre des contraires — thèse et antithèse — par la lutte des classes qui oppose exploités à exploitants. Le droit, expression de l'intérêt de la classe dominante, apparaît ainsi comme dépourvu d'existence autonome : ce n'est ni un phénomène indépendant, ni la manifestation d'une idée de droit, il est indissolublement lié aux conditions matérielles de la vie sociale.

Les thèses traditionalistes. — On ne saurait leur apposer d'étiquette plus suggestive. Il faudrait encore moins parler de thèses conservatrices ; car, aujourd'hui, les conservateurs, s'il s'en rencontrait, seraient plutôt anticollectivistes, donc individualistes, alors que les traditionalistes ici visés, en réaction contre l'idéologie de 1789, sont anti-individualistes. Une philosophie traditionaliste postule une conception du droit qui soit historique plutôt que volontariste, se confiant aux coutumes plus qu'aux lois. Le droit, dans cette conception, n'est pas immobile, car sa technique peut progresser. Mais il repose sur des fon-

dements qui sont immuables, parce qu'ils tiennent à la nature de l'homme ou à la nature des choses ; et ce sont des valeurs communautaires : la famille et la propriété familiale, le pays et son identité historique, les Eglises établies.

Entre ces deux pôles, bien des idées ont vu le jour qui ont prêté une philosophie du droit à des positions politiques plus modérées. En citant seulement le réalisme presque bismarckien de Jhering et le solidarisme très républicain de Léon Bourgeois, on atteste que même le centre a ses diversités. Mais il a aussi son centre, et c'est, sans doute, le libéralisme, puisqu'il est la cible du traditionalisme communautaire non moins que du marxisme — le libéralisme politique, économique, juridique, toutes faces confondues, bien que sans *ultrance*.

[58] 2 | LES PHILOSOPHIES SAGESSES

Dans ce que la philosophie met ici à la disposition du droit, tout n'a pas la même ampleur ni la même fonction : à côté de *théories* véritables, démonstrations globales se suffisant à elles-mêmes, on trouve des instruments intellectuels moins ambitieux parce qu'ils avouent leur nature hypothétique. Ce sont de simples *hypothèses explicatives* (d'autres diraient peut-être des notions opératoires), qui permettent d'évacuer les incohérences apparentes d'un système juridique.

► Les théories

a) *L'optimisme juridique.* — Le droit est un bien en soi ; mieux, c'est un mieux. Le progrès du droit est une réalité. Comme dans tous les débats sur le meilleur des mondes, il s'agit, bien entendu, d'un bilan global, sauf accidents et temps morts, avec en compensation la chance de coups d'accélérateur. Mais, globalement, nous avons, par le droit, de plus en plus de justice (la justice sociale s'ajoutant à la justice inter-individuelle) et de plus en plus de sécurité (non pas seulement celle que procure le droit pénal aux honnêtes gens, mais aussi celle qui résulte, en droit privé, de la stabilité des droits acquis).

b) *Le pessimisme juridique* ne se contente pas de parler de déclin là où l'optimisme parle de progrès (vous dites : « de plus en plus de sécurité » ? Mais voyez l'instabilité des lois et de la monnaie...). Il ne se réduit pas à une critique de l'évolution contemporaine du droit, à

un éloge des temps passés. Sous sa forme radicale, c'est l'affirmation que le droit en soi est un mal, parce qu'il suppose le mal qu'il lui faut briser, et qu'il ne peut le briser qu'en lui opposant un autre mal, le mal de la violence.

c) *Le scepticisme juridique*. — Dès l'Antiquité, ce fut une attitude intellectuelle de philosophes. Mais ce qui n'était que sagesse a acquis, à notre époque, dans les sciences humaines et sociales, valeur épistémologique. Ces sciences ont pris conscience non pas exactement de leurs limites, mais qu'elles avaient des limites, que la multitude des faits particuliers déterminant l'ensemble des activités créait pour les cerveaux humains, fussent-ils aidés de l'informatique, une situation impossible à maîtriser. Peut-être même faut-il réclamer ici pour le droit un *a fortiori*, tant y pullulent les phénomènes d'arbitraire, c'est-à-dire de volonté pure, dont l'imprévisibilité est encore accentuée, au stade de l'application, par des coefficients d'inefficacité ou de rejet sur autrui. Au seuil de la méthode, en ces domaines, il conviendrait de placer très haut une théorie de l'ignorance ou, expression préférable peut-être, de l'inconnaissance scientifique.

[59] ► *Les hypothèses explicatives*

a) *Le changement*. — Il ne s'agit pas de l'évolutionnisme, théorie affirmée et répandue, bien que revêtant souvent une couleur idéologique (contre le *fixisme* prêté aux théories du droit naturel). L'hypothèse en cause est plus modeste et se ramène à ceci : que le droit est un objet mobile dans une société elle-même mobile. D'où la *possibilité*, et dans les deux sens, d'un décalage chronologique, d'un déphasage entre les deux.

b) *Le pluralisme*. — Le droit ne se restreint pas au monolithe étatique. Il existe une pluralité de foyers générateurs de droit ; à côté, au-dessous, au-dessus de l'Etat national. A notre époque, la reconnaissance de la notion d'entreprise, la poussée de l'action syndicale, la renaissance des corporations, la décentralisation, le pouvoir des organismes internationaux, et la puissance des multinationales — tout un émiettement de l'Etat a rendu plus crédible l'hypothèse.

c) *Le non-droit*. — Constater qu'il existe, dans une société, d'autres systèmes de normes, plus largement d'autres mécanismes de régulation que le droit — ainsi les mœurs, la morale, la religion, etc., ou même l'art ou la prudence — ce serait une banalité. L'hypothèse du non-droit ne se comprend que dans un mouvement du droit : le droit s'est

retiré d'un champ de relations sociales qu'il remplissait antérieurement, ou bien il s'est arrêté devant un champ qu'il aurait eu théoriquement vocation à couvrir. On oppose parfois à l'hypothèse du non-droit celle de la *complétude du droit*, d'après laquelle il ne saurait y avoir de vide juridique. Mais l'antinomie n'est qu'apparente. Il est exact qu'il n'y a pas de vide juridique en ce sens que le droit a toujours en lui des ressources pour combler les lacunes de ses propres textes : l'a. 4 C.C. fait même au juge un devoir de répondre au silence de la loi. Mais cela n'est vrai qu'autant que le droit n'a pas résolu de rester à l'écart, renoncé à occuper le terrain. Le principe de complétude est une norme d'interprétation à l'intérieur du droit ; le non-droit, par définition, est à l'extérieur.

ÉTAT DES QUESTIONS

a) *Marxisme et au-delà*. — Du marxisme juridique on peut se faire une idée rapide à travers ce qu'en a écrit un adversaire, Stoyanovitch (1914-1982), *La pensée marxiste et le droit*, 1974 et, par contraste, à travers ce qu'un marxiste, à la bonne époque, Toumanov, a écrit de la *Pensée juridique bourgeoise contemporaine*, 1974. Cf. Arch., 1964 (*Marx et le droit moderne*). Dans les pays de l'Est, le marxisme a eu la position sans pareille d'être philosophie du droit officielle. Les tentatives de quelques théoriciens (Pachoukanis) pour l'assouplir furent rapidement écrasées sous Staline. Par la suite, il est vrai, il a fallu compter avec l'irrésistible montée de la classe (moyenne) des juristes : ils ont su se rendre utiles et agréables. Dans le droit, le marxisme avait plus qu'ailleurs des pesanteurs à vaincre pour être vraiment révolutionnaire : la force de la tradition, la résistance des droits acquis, la continuité de l'Etat. Ce qui n'a pas empêché, chemin faisant, des enrichissements théoriques (ex. la place accordée à un élément subjectif, la conscience juridique ; v. *infra*, n° 128). Depuis, il y a eu des tremblements de terre.

En France, la philosophie du droit la plus proche de l'orthodoxie marxiste a été représentée, sans doute, par des membres du P.C.F., M. et R. Weyl, *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, 1969. L'étude de Suzanne Dalligny, *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, 1976, présentait l'intérêt d'esquisser une application concrète de la philosophie de base aux diverses institutions. — Plus fréquemment, toutefois, le marxisme juridique a été chez nous un marxisme de dissidents (ex. N. Poulantzas, *Nature des choses et droit*, 1965) et se teinte d'esprit libertaire, sinon libéral (ex. B. Edelman, *Le droit saisi par la photographie, éléments pour une théorie marxiste du droit*, 1973 ; A. J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du C.C. français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, 1973, et *Critique de la raison juridique*, t. I, 1981).

Quelque chose de cet esprit se retrouve dans le mouvement, plus organisé, dit de la *Critique du droit*. Son manifeste (*Pour une Critique du droit*, 1978) se réclame du matérialisme historique et dialectique, mais il se peut que l'accent se pose finalement sur critique. Point de départ dans les ouvrages de Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, 1976 ; *L'Etat du droit*, 1978 ; La critique du droit, *Droit et Société*, 92 (20-21), 73. On s'éloignera de Marx en suivant Ost et Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987. Mais on retrouvera des accents révolutionnaires chez Pierre Bourdieu : sa sociologie, qui est très active, s'intéresse au droit, mais surtout à l'application, à la pratique du droit, plutôt qu'à son élaboration (ex. droit et passe-droit, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1990 [81-82], p. 86).

b) *Thèses traditionalistes*. — Elles se sont constituées pendant la Révolution et par rapport à elle (Burke en Angleterre ; cf. Villey, Jaeger, *Arch.*, 1970, 99 et 64), puis après la Restauration (Joseph de Maistre, de Bonald). Par la suite, Frédéric Le Play (1806-1882), moins politique, plus social, les reprit sur le terrain du droit successoral, en combattant les principes égalitaires que le C. Nap. avait reçus de la Révolution (cf. des traces lointaines de son influence, mais avec une extrême originalité, dans Hervé Le Bras et Emm. Todd, *L'invention de la France*, 1981). Le gouvernement de Vichy avait rendu une actualité éphémère aux idées communautaires. Sa chute a paru les marquer d'archaïsme. Mais il y a eu de nouvelles philosophies qui ont pris leurs distances d'avec la Révolution. Et dans notre droit des successions, la transmission du patrimoine continue d'agir comme une idée-force (cf. t. II).

c) *Au centre*. — 1° *Avant 1914* : sur Jhering, P. Coulombel, Force et but dans le droit selon la pensée de Jhering, *R.T.*, 57, 609 ; sur le solidarisme, Bouglé, *Le solidarisme*, 1907. 2° *Après 1945* : le libéralisme juridique, en attente d'un maître à penser, l'aura probablement trouvé en la personne prestigieuse de Friedrich Hayek (1899-1992), économiste, juriste, philosophe : *La route de la servitude*, 1945 ; *Droit, législation, liberté*, 1980-1983 ; *La constitution de la liberté*, 1994, où il insiste sur le rôle efficace de notre ignorance, mais ce n'est pas du scepticisme (cf. J.-P. Dupuy, *Le sacrifice et l'envie*, 1992). Rawls (v. *supra*, n° 52) est aussi au centre (gauche ?), mais il n'est pas économiste.

[61]

II. — LES PHILOSOPHIES SAGESSES

a) *L'optimisme juridique* peut se nourrir de prophéties opposées. Il est des chrétiens pour qui le royaume de Dieu (à tout le moins l'*Oméga* de Teilhard de Chardin) pourrait être atteint par les bienfaits du droit. La loi étant pour les humbles libératrice, il faudra davantage de lois, une complexification croissante du droit (cf. Jean Saint-Geours, *Eloge de la complexité*, 1987 ; Fogelman-Soulié et al., *Les théories de la complexité autour de l'œuvre d'Henri Atlan*, 1991). A l'inverse, l'espoir du marxisme était que, dans la société communiste, l'Etat serait appelé à un dépérissement graduel, ce qui semblait devoir impliquer un dépérissement corrélatif du droit, du moins du droit contraignant (cf. G. Lyon-Caen, Stoyanovitch, *Arch.*, 63, 115, 125).

b) Même à Rome, dans une civilisation qui avait pourtant partie liée avec les juristes, le *pessimisme juridique* eut ses représentants (ex. dans l'étude admirable de D. Norr, *Rechtsskritik in der römischen Antike*, Munich, 1974, spéc. p. 88, 149, 152). Dans les

derniers siècles de notre Ancien Droit, c'est la variante judiciaire que l'on remarque davantage : les procès sont fréquents, interminables, ruineux, et ils nourrissent les haines. Les jansénistes, nombreux dans la magistrature, s'en affligent (ex. Domat, *Traité des lois*, chap. VIII : « Il y a, dans les sociétés, trois sortes de troubles, les procès, les crimes, les guerres »). Mais il faut aller plus loin, jusqu'à la loi, pour saisir le mal inhérent à tout système juridique. V. La loi en soi est-elle un mal ? in *Essais sur les lois*, 1995, 317. L'enracinement du péché au cœur de l'homme — qu'il soit prince ou peuple, législateur ou sujet — étant l'un des enseignements les plus sûrs de la révélation biblique (cf. *supra*, n° 55), la vision chrétienne du droit ne pouvait pas ne pas en être assombrie. L'énigme est que ce pessimisme antijuridique n'ait pas tué le droit, ni même les juristes. C'est, sans doute, qu'il a été constamment accompagné d'une espérance en la miséricorde divine. Que celle-ci soit acquise par des mérites ou par don gratuit dans une prédestination invisible, qu'importe ?, si elle permet d'améliorer paradoxalement le droit par le droit à l'infini.

c) *Le progrès en question*. — C'est une question-charnière, pouvant commander l'optimisme ou le pessimisme. L'anthropologie enseigne l'évolution, même si ce n'est plus une évolution linéaire. Cf. Dauchy, L'évolutionnisme darwinien est-il applicable au droit ? *Arch.*, 84, 341, L'idée de progrès fait partie de nos mécanismes mentaux depuis le XVIII^e s. au moins : est-elle transposable au droit ? En 1990, un jury suit le sujet au concours : y a-t-il un progrès du droit ? G. Lebreton, D. 91, chr. 99, triomphe par l'affirmative (sur un sujet assez voisin, en 1750, Jean-Jacques avait remporté par la négative [calculée ? non] le prix de l'Académie de Dijon). Souvent, on fait une réponse de compromis : il y a progrès de la technique, mais non de la morale (il n'y a pas plus de sécurité, pas plus de justice) : nous avons le chèque, la carte de crédit, mais il y a toujours des pauvres parmi nous (peut-être y en aura-t-il éternellement, Marc 14:7). A qui nierait le progrès, il est permis de clouer le bec par le second mythe de la caverne (le premier étant celui de Platon, tout différent). La preuve du progrès, c'est que l'*homo sapiens* ne vit plus dans une caverne, qu'il a inventé le droit de propriété pour être sûr de retrouver sa hutte libre en rentrant de la chasse, et qu'il n'a plus besoin de faire la guerre pour enlever une fille à la tribu voisine, ayant inventé le mariage, découvert l'amour.

[62] d) Sur le *scepticisme scientifique* dans les sciences sociales, v. Karl Popper, *La quête inachevée*, 1974 (cf. Verdan, K. Popper ou la connaissance sans certitude, 1991) ; F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, trad. 1983, t. III, 155. C'est une obligation de scepticisme que le droit a en commun avec les autres sciences sociales, en tant qu'il relève lui-même de cette catégorie de sciences (cf. J. C. Laursen, *The Politics of Skepticism in the Ancients, Montaigne, Hume and Kant*, Leyde, 1992). Mais, en tant qu'il est dogmatique, science de systématisation et d'interprétation, n'est-il pas justiciable d'un autre scepticisme, congénital ? De ce scepticisme particulier au droit, on aperçoit deux raisons : 1° dans la mesure où il se forme judiciairement, le droit naît d'une *contradiction* qui n'a de fin que par une fiction (l'autorité de la chose jugée), et il ne prétend pas atteindre à la vérité ; 2° le droit est familier avec le *doute* (le *Digeste*, 34, 5, contenait un titre *De rebus dubiis*, à propos de l'interprétation des testaments ; et, sous son influence, la doctrine ancienne avait étudié, en la généralisant, la notion du doute comme une notion juridique ; ex. Grotius, *De jure belli ac pacis*, II, 23). C'est une notion à laquelle les juristes, tant logi-

ciens que philosophes, continuent d'être attentifs (cf. Terré et al., *Le doute et le droit*, 1994). Elle pose des questions importantes, dépassant le domaine du droit pénal où on la rencontre le plus habituellement (ex. a. 622-4° C. Pr. P., le doute sur la culpabilité comme condition de la révision de la condamnation ; v. Gendrel, D. 90, chr. 79 ; plus généralement, cf. Montenbruck, *In dubio pro reo*, Berlin, 1985). Il ne serait pas irrationnel d'admettre une distinction entre le doute sur le point de fait, qui justifierait la relaxe du prévenu en droit pénal, le renvoi des plaideurs dos à dos en droit civil (Civ.³ 3 déc. 1980, *G.P.*, 81, 2, 481 ; v. cep. Civ.³ 16 avr. 1970, D., 70, 474 ; cf. Couturier, D. 89, chr. 23), et le doute sur le point de droit (la loi est obscure, son interprétation incertaine), qui ne serait jamais un motif avouable, l'a. 4 imposant au juge de juger (cf. Crim., 12 mars 1984, D., 85, 1, n. F. Warembourg Aube). Dans l'interprétation des contrats, la loi est parfois intervenue pour faire basculer le doute d'un côté plutôt que de l'autre : en 1162 et, moins marqués, 1157-1159 ; C. Trav., a. L. 122-14-3, *in fine*, plus coloré, mais le droit du travail a été décrit comme un droit unilatéral (« si un doute subsiste, il profite au salarié »). Le juge, en tout cas, doit être assez maître de lui pour ne pas trahir son doute : des motifs dubitatifs (« tel fait laisse à penser », « il semble »...) entraînent la cassation : ex. Civ.² 6 déc. 1995, *J.C.P.*, 96, 2, 22719, n. C. Puigelier.

A côté de ce scepticisme rationalisé, il existe un scepticisme empirique, largement répandu, qui porte moins sur le droit lui-même que sur sa réalisation. Non sans des variantes. Il y a le scepticisme de prudence : quand bien même le droit serait certain, le recours à la justice ne l'est pas (difficultés de la preuve, faillibilité des juges, etc.) ; il est plus prudent de renoncer, de transiger (proverbe populaire, un mauvais accommodement vaut mieux qu'un bon procès ; cf. *infra*, n° 187). Mais il y a aussi un scepticisme qui débouche sur l'éthique (ou la religion) : la règle de droit est incertaine, la règle morale (ou religieuse) ne l'est pas, et cela me suffit. C'est une remarque essentielle : les sceptiques du droit ne sont pas nécessairement sceptiques en toutes choses. Remarque d'un autre ordre, et qui n'est pas toujours bien comprise par les non juristes : ceux qui ont reçu une vocation juridique, qui exercent un métier juridique (*a fortiori* judiciaire), n'ont plus le droit d'être sceptiques ; ils ont le devoir, et c'est un fait qu'ils l'accomplissent, de faire comme si...

e) *Des voix écoutées.* — 1° L'ouvrage de W. Friedman, *Law in a changing Society*, 1960, a eu beaucoup d'influence entre 1960 et 1980 sur la communauté des juristes anglo-américains. On peut attribuer à cette influence l'organisation, en Angleterre, d'une commission chargée de veiller à un rephasage permanent des lois. Ce qui avait, il est vrai, moins de conséquence dans un pays où, par-dessus, le droit judiciaire demeurerait solide.

2° Georges Gurvitch (1894-1965) a attaché son nom au *pluralisme juridique*, dont il avait fait une véritable philosophie (*L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1935). Pour une bibliographie plus étendue, v. le « Quadriga » de *Sociologie juridique*, 1994, p. 111, 114, 556.

[63]

III. — LE NON-DROIT

On entend par là à la fois une théorie sociologique, une hypothèse explicative et une option de politique juridique (pour une critique de la notion, v. Méline Douchy, *Dr. pros.*, 1992 [2], 433, et surtout Sériaux, *Dr. pros.*, 95 (1), 13).

a) En sociologie, c'est l'observation de phénomènes d'absence ou de retrait du droit dans des situations où il devrait être présent selon sa finalité dogmatique — syncope du droit. Ex. l'amitié qui crée une impossibilité morale de se ménager une preuve écrite (cf. t. IV, n° 96), le conseil qui n'engage à rien (*consilii non fraudulentum nulla obligatio*), la nuit où tout dort... (cf. *Arch.*, 63, 55).

b) En traitant par le non-droit un événement de nature indéterminée, on lui donne un sens rationnel qu'aucune analyse juridique ne lui aurait procuré (cf. *R.T.*, 58, 627). Pourquoi un règlement administratif dont l'inobservation répétée n'avait pas été sanctionnée peut-il être inopinément remis en application ? Pourquoi, en droit civil, l'a. 2232 ? C'est que les actes de tolérance sont dans le non-droit : le non-droit ne peut créer de droit. Ex. jurisprudentiels où la notion du non-droit aurait pu être utilisée comme notion opératoire : 1° Civ.¹ 25 mai 1964, D. 64, 626 : au lieu d'annuler pour erreur de droit, les juges du fond auraient gagné du temps à constater d'emblée que les parties étaient restées dans le non-droit. 2° Lorsqu'une banque laisse pendant deux mois sans réagir le compte d'un de ses clients dans le rouge (cf. Com. 30 juin 1992, *Bull.*, n° 251), plutôt que de chercher à cette attitude une qualification juridique, il serait réaliste de reconnaître que les parties l'ont vécue comme un temps de non-droit. 3° Avant la loi de 1975 qui a introduit le divorce par consentement mutuel, beaucoup de ménages qui répugnaient au divorce pour faute passaient des pactes de séparation amiable ; on discutait en droit si de telles conventions n'étaient pas nulles pour objet illicite. Il eût été plus franc de dire que ces époux s'étaient placés dans le non-droit (comme il est toujours nécessaire tant que le droit n'a pas été inventé).

c) Dans la notion même du non-droit il y a une préférence latente pour l'abstention du droit, un encouragement à s'abstenir du droit le plus possible. L'encouragement s'adresse au juge comme au législateur.

1° Le juge s'en inspire, par exemple, quand il déclare une demande irrecevable pour défaut d'intérêt, en raison de l'insignifiance de l'enjeu. *De minimis non curat praetor* (*Flexible droit*, 1992, p. 62, 72). L'a. 31 C. Pr. C. le rassure, qui fait de l'intérêt une condition de l'action en justice, fondant ainsi *a contrario*, un droit du non droit. Mais il ne lui sera pas toujours constitutionnellement facile de laisser en dehors du droit ceux qui l'invoquent expressément.

2° *De lege non ferenda*, à l'opposé, le législateur est libre. Il s'abstiendra chaque fois que les conséquences et incidences de son intervention possible lui semblent obscures, en repoussant la tentation de légiférer. C'est reconnaître l'irréfutable valeur du *statu quo ante*, corollaire de l'historicité naturelle du droit. Le mouvement a sa valeur, mais il est rationnel d'attribuer des points de majoration à ce qui existe.

On pourrait se demander si dans les *lacunes* d'une loi (cf. sur le problème des lacunes, Perelman, Bruxelles, 1968), ce n'est pas le non-droit qui s'installe. Mais les juristes qui postulent la complétude du droit considèrent plutôt que les lacunes sont déjà virtuellement occupées par le droit, un droit en pointillé, en attente de devenir règle par l'interprétation. Du moins en est-il ainsi hors le droit pénal, en droit civil notamment, où l'a. 4 rappelle que, malgré le silence de la loi, le juge est là pour donner une solution juridique au litige. Et en droit pénal, ce que l'on appelle un *vide juridique* n'est que l'espace de liberté — non-droit, si l'on veut — résultant du principe de la légalité des délits et des peines, pour lequel la France a fait une Révolution.

TITRE II

[64]

Le droit civil et les institutions judiciaires de la France

Le droit civil de la France, avec les institutions judiciaires qui lui sont liées, n'est qu'un flot dans l'ensemble beaucoup plus vaste du droit français. Bien qu'au regard de cet ensemble son importance relative en volume d'écrits ait visiblement et considérablement décliné depuis 1804, date de la promulgation du C.C., il continue de bénéficier d'avantages de droit et de fait.

En droit, il garde le *thesaurus*, le trésor des notions fondamentales : c'est lui, par exemple, qui définit la vente et la condition, distingue de la possession la propriété, pose les règles premières d'une institution comme la famille, proclame des principes à tous vents, la liberté contractuelle ou l'ordre public. C'est à lui que les autres secteurs du droit viendront demander leur outillage intellectuel. Son Code est, pour la communauté des juristes, le livre de référence.

En fait, sans parler à son sujet de droit noble, ce qui serait ridicule, même pas de droit classique, il faut reconnaître qu'il s'est, mieux, moins mal que la moyenne, préservé des dégradations qui affectent, jusqu'à la moelle, tout le droit contemporain : l'inflation et la technicisation, avec leurs accompagnements, bureaucratie et formalisme.

Ce tout se divise en deux parties : droit public et droit privé. Le *droit public* a pour objet l'organisation de l'Etat et des personnes morales qui en dépendent, ainsi que leurs rapports avec les particuliers. Il comprend plusieurs subdivisions : droit constitutionnel, droit administratif, droit financier (des finances publiques). Le *droit privé* a pour objet les rapports des personnes privées entre elles, les personnes privées comprenant à la fois des personnes physiques (les individus, les particuliers) et des personnes morales. C'est dans le droit privé que le droit civil prend place. Il en représente le droit commun et le tronc

commun. Plus précisément, il est le droit privé lui-même, moins les rameaux spécialisés qui s'en sont, à différentes époques, détachés : le droit commercial (terrestre), le droit (commercial) maritime, le droit du travail ou encore, dit-on parfois plus largement, le droit social, dont le droit de la Sécurité sociale tend à se séparer à son tour, le droit rural, le droit aérien, etc. Le droit pénal (ou criminel) et la procédure civile (ou droit judiciaire) ont une situation à part. A l'analyse, ils sembleraient relever intrinsèquement du droit public : le droit de punir, au centre du droit pénal, est un rapport entre l'Etat et les individus ; la procédure civile règle le fonctionnement d'un service public, le service public de justice. Cependant, à d'autres égards, ils se rapprochent du droit privé : le droit pénal apparaît souvent comme en étant la sanction dernière, puisqu'il protège les individus dans leur vie, leur honneur, leur propriété, etc., et la procédure civile comme en étant la mise en œuvre, puisque, si les droits individuels sont contestés, il leur faut, pour se réaliser, une action en justice.

La division du droit en droit public et droit privé n'exclut pas les influences réciproques ni les compénétrations. Ce qui contribue, toutefois, à lui maintenir en France une certaine rigidité, c'est la distinction de deux ordres de tribunaux : l'ordre administratif et l'ordre judiciaire, avec deux espèces correspondantes de procès, le contentieux administratif et les procès civils. Ainsi, les juges et les jugements continuent à intervenir pour caractériser le droit civil. Ce n'est pas seulement le *droit civil français* qu'il nous faut décrire ; ce sont aussi ses *institutions judiciaires*.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Sur les *divisions du droit* (leur caractère artificiel), Grua, *R.T.*, 93, 59 ; et, comme exemple de l'affirmation contraire, les *Mélanges Drago*, 1996, sous le titre *L'unité du droit*.

I. — LE DROIT CIVIL DANS L'ENSEMBLE DU DROIT

Pour apprécier les privilèges dont jouit encore dans son coin le droit civil, il faut mesurer les dégradations, pour ne pas dire les cancers, dont souffrent bien plus gravement que lui les autres parties du droit. Cf. Amselek, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, *R. dr. public*, 1982 (2).

[65] a) *L'inflation du droit*. V. Ch. Debbasch et al., *L'inflation législative et réglementaire en Europe* (de l'Annuaire européen d'administration publique), C.N.R.S., 1987 (comment, en particulier, comptabiliser cette production normative ?) ; Perdriau, *L'excès de textes qui accable le juge*, *G.P.* 97, 2, Doctr., 1041.

Si, à notre époque, la loi est « en crise » (v. Terré, *Arch.*, 80, 17, et *Mélanges Foyer*, 1997, 171), cela tient, avant tout, à ce qu'il y a *trop de lois* (v. Savatier, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, *D.* 77, chr., 43 ; Nirtsch, *Arch.*, 82, 27). On le sent par impression — une impression de pression — sans qu'il soit facile de mesurer l'excès. En termes de *flux*, on peut évaluer : pour 1996, 1 238 lois, 1 255 décrets ; en termes de *stock* en vigueur, des experts avancent le nombre de 330 000 textes ; mais, dans chaque texte, combien de normes, et de quelle intensité ? Il serait rationnel, du reste, de n'admettre l'existence d'une inflation législative qu'autant que le volume des règles écrites dépasse les besoins réels de réglementation. Seulement, l'appréciation de ces besoins dépend elle-même largement de choix politiques (le libéralisme économique demande moins de lois que le socialisme). Toujours est-il que l'inflation législative a pour conséquences l'ignorance des lois (cf. *infra*, n° 128), leur ineffectivité et finalement leur dévalorisation dans l'esprit public (cf. *L'inflation des lois*, *Rev. des sciences morales et politiques*, 1982, 687). Ah ! si chacun voulait bien apprendre à rester sobre de lois : le législateur, qui ne légiférerait plus qu'en tremblant ; les citoyens, qui cesseraient de s'écrier, en présence du moindre inconvénient, « il n'y a qu'à faire une loi ».

Le trop-plein de textes a été accru par la montée du pouvoir réglementaire, avec apothéose dans la Constitution de 1958. Déjà, depuis la fin de la III^e République, la décadence du Parlement et, corrélativement, la prépondérance de la législation d'origine bureaucratique, technocratique, allaient s'affirmant. Mais c'était derrière la fiction d'une délégation (décrets-lois) ou même d'un vote du Parlement (lois d'initiative ministérielle). Aujourd'hui, la fiction est écartée comme inutile. Ce qui n'est pas sans danger pour la victoire même de la technocratie. L'obéissance à la règle de droit a besoin d'être soutenue par un mythe. Pour les lois, ce n'était plus la révélation de Dieu, mais c'était encore la volonté générale. Les décrets, eux, n'ont pas de mythe qui puisse susciter l'élan. Le risque, c'est une obéissance formelle, si proche de la résistance passive.

Le Conseil d'Etat, après avoir vu passer tant de textes (projets de loi pour avis, projets de décret pour décision), a fini par s'apercevoir lui-même qu'il y en avait beaucoup, trop pour la sécurité juridique. V. le rapport détaillé et vigoureux de Françoise Jurgensen-Chandernagor (Rapport public, 1991, *Etudes et documents* [43], 1992). Il se termine par des recommandations : celle-ci notamment, que tout projet de loi soit accompagné d'une étude de *faisabilité* . Sous cette expression empruntée aux travaux publics, il est à craindre que l'on n'entende seulement la possibilité technique, les moyens en argent et en personnel, non pas l'effectivité sociologique (cf. *A.S.*, 58, 3), la réception ou le rejet du texte par la masse, qui n'est pas inerte, de ses destinataire. Cinq ans plus tard, il ne semble guère que le rapport ait corrigé la pratique. Du moins a-t-il pu réveiller les décideurs et les inciter à quelques initiatives. Le Premier ministre a adressé une circulaire aux services ministériels (21 nov. 1995, *D.* 96, L., 316, *J.C.P.*, 95, 3, 67719) pour exiger que tous les projets de loi et les principaux projets de décret soient désormais assortis d'une étude non pas de faisabilité, mais d'*impact* (encore les travaux publics, quoique par l'autre bout), et il recommande même de veiller aux pos-

sibles *effets pervers* (sur cette notion, v. Malaurie, *Hommage Cornu*, 1994, 309 ; G. Pignarre, *Dr. pros.*, 94, (4), 8). De son côté, le Parlement entend mettre en mouvement son *Office d'évaluation de la législation* (l. 96-516 du 14 juin 1996). Mais est-ce bien le remède efficace ? Au coup par coup, la plupart des textes auront de bons arguments pour justifier leur existence. C'est le volume global qui est nocif. Seulement, pour le réduire, ou même en arrêter la croissance, il faudrait une action plus massive, plus politique. Cf. Decocq, *Le désordre juridique français, Mélanges Foyer*, 1997, 147.

[66] b) *La technicisation du droit.* — A notre époque, le plus gros volume de législation sort des ministères dits *techniques* (par opposition au ministère de la Justice) : Économie, Affaires sociales, Equipement, Agriculture, Commerce, etc. Ces ministères disposent d'assez de juristes pour habiller leurs textes d'un minimum de vocabulaire juridique ; leur conception de la loi est, néanmoins, très différente de celle qui continue à présider à la législation civile. La loi, pour eux, n'est pas une norme générale et permanente de la vie en société ; c'est un procédé d'administration, destiné à résoudre dans l'immédiat un type limité, bien qu'assez répétitif, de question pratique. L'important, pour eux, est que le texte soit compris en premier par les fonctionnaires du service ; en second, par les professionnels qui auront affaire à ce service ; la masse des usagers importe beaucoup moins. Quant aux parlementaires qui auront à voter la loi, aux magistrats qui auront à l'appliquer, la spécialisation qui s'opérera forcément parmi eux assure au droit technicisé la compréhension, quelque peu complice, résultant de la familiarité qu'entretiennent avec le sujet les spécialistes à qui les autres feront confiance. Ainsi s'est développé de plus en plus, depuis le milieu du siècle, ce droit technicisé. Rien de commun, soit dit au passage, avec la technique du droit, qui est une nécessité pour les juristes (technique = métier) : le droit technicisé, c'est, au fond, un droit colonisé par d'autres techniques, d'autres métiers que le droit. On pourrait penser que la technicisation ne fait que prolonger cette ligne de rationalisation du droit où Max Weber voyait (*Sociologie du droit*, trad. Grosclaude, 1986, spéc. VIII) une caractéristique des droits modernes (Brimo, *Etudes Eisenmann*, 1975, 21 ; J. Freund, *Arch.*, 78, 69). Mais elle va bien au-delà de ce que Weber aurait pu prévoir. Pour prendre conscience du phénomène, une expérience probante, quoique purement impressionniste, peut consister à feuilleter — rien que feuilleter — le C.G.I. et le C.C.H. — deux monstres de la codification contemporaine. Pourtant, le contrôle de la loi fiscale est un des droits de l'homme et du citoyen (a. 14), et le foyer ne devrait pas avoir pour code un éteignoir. Ellul (1912-1994), historien du droit et philosophe, avait consacré une grande part de son œuvre à dénoncer l'invasion de la technique : *La technique ou l'enjeu du siècle*, 1964 ; *Le système technicien*, 1977 ; *Le bluff technologique*, 1988.

c) *Bureaucratie et formalisme.* — La *bureaucratie* et l'intention de la comprimer apparaissent déjà au Bas-Empire : *officiorum insolentia comprimatur*, s'écrient Honorius et Théodose en 412, C. Just. 1, 40, 12 (*Insolence of office*, traduit Hamlet, III, 1, mais, lui, il est dépressif). La bureaucratie moderne a été étudiée en sociologie générale (cf. P. Naville, Critique de la bureaucratie, *Cahiers internationaux de Sociologie*, 1953 (2), 94 ; Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, 1964). Le phénomène a pénétré dans le droit par le règlement et la circulaire, mais par la loi aussi, la plupart des projets qui ont chance de devenir loi étant élaborés dans les bureaux ministériels. — Le formalisme a un aspect sociologique (cf. J. Cazeneuve, *Sociologie du rite*, 1971), mais il a

aussi ses traditions chez les civilistes (cf. t. IV, n° 89 s.). Ceux-ci, il est vrai, le pensent sous les espèces d'un formalisme noble et notarial, l'acte solennel. Mais, bien en dessous, existe aussi un formalisme bureaucratique, fait de formalités administratives ou fiscales. Il s'est infiltré jusque dans le C.C., notamment par la voie de la publicité foncière (ex. a. 2148 s. ; cf., à titre d'échantillon, l'*Instruction* du 17 août 1987, sur les conditions de délivrance des copies ou extraits du fichier immobilier, sommaire au *Rép. not.*, 87, 1, 1143 ; c'est, pourtant, du droit civil, et il s'agit de réaliser une publicité, c'est-à-dire d'informer le public, étymologie : *populus*, le peuple).

d) *Et après ?* — Les maladies du droit qui viennent d'être diagnostiquées appellent l'attention sérieuse de tous les juristes. Mais il faut reconnaître que le vaccin miracle n'a pas encore été découvert. Améliorer la connaissance du droit (cf. *infra*, *Publication des lois*) par des moyens matériels (l'informatique) ou humains (les « boutiques de droit », le « droit pratique », le « guide des formalités 1989 », etc.) n'est qu'un palliatif, et ambigu ; car, de ce que les lois peuvent être plus aisément accessibles, ceux qui les fabriquent se donnent bonne conscience pour forcer la dose. A maintes reprises, une commission a été mise en place pour simplifier les formalités ; les résultats n'ont pas été négligeables ; cependant, une tête coupée, il en repousse d'autres. Il ne faut pas compter sur les révolutions. La nôtre, sans cesser de réclamer une législation plus simple, fut aussi inflationniste en lois qu'en assignats (c'était la guerre, elle se sentait en état de siège, le droit *obsidional* est toujours fiévreux) ; la soviétique, après avoir, en novembre 1918, fait tomber d'un seul coup tous les codes antérieurs, ne tarda pas, semble-t-il, à légiférer intensément. Le paradoxe heureux de la France contemporaine est que, sous un système juridique aussi lourd et, qui pis est peut-être, aussi agaçant, les Français continuent de mener une vie apparemment sereine. Les révoltes anti-lois n'ont jamais été, en ce siècle, que sporadiques (ex., au cours des années 50, le phénomène du *poujadisme*, qui, dans la fiscalité et la Sécurité sociale, visait l'aspect de droit bureaucratique non moins que le coût à payer). Il faut croire que chaque individu a ses propres remèdes, et qui sont efficaces — dans le non-droit.

B.G. — Sur l'opposition de base, le privé et le public, v. Sève *et al.*, *Arch.*, 97. — R. Savatier, *Du droit civil au droit public*, 1950 ; Olivier, *Les sources administratives du droit privé*, Th. Paris II (ronéo), 1981 ; Guglielmi, *La notion d'administration publique*, 1991, p. 311 s. (sur la distinction des deux droits au XIX^e s.). Cf. Le droit administratif du droit civil, *R.H.D.*, 74, 758 — et sur la difficulté pour les tribunaux judiciaires de manier les concepts du droit public, Legrand, n. D. 97, 83.

Entre droit public et droit privé, les frontières sont mouvantes. Au Moyen Âge, tout était devenu droit privé (les services d'Etat s'étaient patrimonialisés, la puissance publique se confondait avec le domaine, la propriété du prince). Sous la Révolution, les contemporains eurent l'impression que tout devenait droit public (le mot est de Portalis), et c'est de nouveau l'impression que l'on eut, vers 1945, en présence de l'interventionnisme croissant de l'Etat dans le droit des biens (restrictions apportées à la propriété individuelle) et des contrats (extension de l'ordre public). Mais si, depuis lors, la pression du droit public a continué à croître dans certains secteurs (ex.

l'immobilier, témoin le C.C.H. de 1978 : il a fallu réglementer la construction, protéger l'environnement, etc.) — ailleurs, elle s'est affaiblie, et c'est même la pression privatiste qui s'est voulue agressive (symptômes variés : déréglementation, confiance faite aux conventions collectives, privatisation des entreprises nationalisées et même des services publics les plus traditionnellement publics (poste, S.N.C.F.). Sur un registre tout différent, certains ont même vu dans la concurrence que la cohabitation fait au mariage une tendance à privatiser l'union des sexes. Le débat droit public / droit privé s'est quelquefois pimenté d'une opposition gauche/droite, le droit public ayant réputation d'être plus « à gauche » (ce qui est psychologiquement si important dans un pays où personne ne se dit conservateur). Mais on a pu remarquer en sens contraire que le droit privé, où s'exprime librement l'antagonisme des intérêts, permet une action sociale que le droit administratif bloquerait par la prépondérance qu'il accorde à l'intérêt public. En particulier, on a montré fort suggestivement (A. Supiot, *Les juridictions du travail*, 1987, n^{os} 39-120) comment les syndicats ouvriers avaient su utiliser les conflits naissant du contrat individuel de travail pour développer leurs stratégies collectives.

III. — LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT

D'avoir reçu des mains d'un chef charismatique, en 1958, une constitution toute neuve ne pouvait que susciter, au moins chez les juristes, une passion pour le droit constitutionnel. Cette passion fut avivée par deux faits convenablement médiatisés : à partir de 1962, le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (cf. *infra*, n^o 117) ; en 1981, l'ouverture de la Convention européenne des droits de l'homme aux recours individuels et même à une application directe devant les tribunaux nationaux (cf. *infra*, n^o 140). Ces différentes forces ont concouru à l'envahissement du système juridique par l'esprit constituant. C'est un esprit qui considère les lois comme si elles n'avaient pas d'histoire : autour de la table rase il n'y a que des droits de l'homme, des principes fondamentaux, des normes à en déduire.

Quelle conséquence ? Les diverses branches du droit ne sont pas remplacées par le droit constitutionnel, mais elles en sont imprégnées. Leur conception, leur interprétation sont infléchies par une sorte de contrôle de constitutionnalité intime qu'elles exercent sur elles-mêmes. Ce phénomène de psychosociologie juridique est maintenant classé, nommé : c'est la *constitutionnalisation du droit*. Elle se dessinait dès avant 1980. Vers 1990, elle a pris conscience d'être une doctrine. Elle atteint tous les secteurs du droit, le droit administratif en droit public, le droit civil en droit privé (cf. B. Mathieu, *Droit constitutionnel civil*, in *Juriscl. dr. adm.*, fasc., 1449, n^{os} 116 s., et *R.T.*, 94, 59 ; ex. *J.C.P.*, 97, 1, 4023), et du coup la division des droits se trouve brouillée par l'amalgame de leurs sublimes. On pourrait même déceler sa présence, matière par matière (ex. S. Dion-Loye, *Droit constitutionnel de la responsabilité civile*, *Petites Affiches*, 92, n^o 91, 11 ; cf. B. François, in *La légitimité de la jurispr. du Cons. const.* 1999, 87) ; Schmitter, *La constitutionnalisation du droit processuel*, Th. Aix, 1994, v. *R.T.*, 94, 484) ; en sens contraire, Atias, *La civilisation du dr. const.*, *R.F.D.C.*, 91, 438 ; Beignier, *Le mythe d'une constitutionnalisation de la procédure civile*, in *La légitimité de la jurisprudence*, Aix, 1999.

Il faut bien voir, cependant, que cet essor de l'idéologie, car c'en est une, cette prise d'un pouvoir *supra-légal* par des axiomes abstraits, des idéaux, sinon des rêves,

tout cela s'accomplit nécessairement au détriment des institutions positives. Chacune y perd ses principes propres, ses finalités spécifiques, sa raison d'être. Le droit en devient moins réaliste, plus lointain. Le mouvement a certes d'ardents défenseurs (v. Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*, *Mélanges R. Drago*, 1996, 25). Une réaction n'est pas, néanmoins, improbable, qui le ramènera à sa juste mesure (v. ainsi Vedel, *Introduction aux Mélanges R. Drago*, p. 51, très clairement). Le droit constitutionnel pourrait se trouver en droit civil d'autres débouchés : plutôt que de concasser toutes les institutions de ce droit pour en extraire de problématiques droits fondamentaux, plus ou moins vaguement constitutionnalisés, que ne constitutionnalise-t-il directement certaines institutions fondamentales, telle l'autonomie de la volonté ou la responsabilité pour faute — la possession ?

Cette description tout externe essaiera de situer le droit civil français dans le temps et dans l'espace, de le saisir par l'*histoire* et par le *droit comparé*.

1 / Le développement historique du droit civil français

Il est commode de découper l'histoire du droit français par rapport au C.C., regardé comme le point de départ d'une ère nouvelle, et du droit civil dans lequel nous vivons — à condition de ne pas s'exagérer la profondeur de cette coupure et de ne jamais oublier que le C.C. n'a pas deux siècles d'existence, alors que ce qui l'a précédé s'enracine dans des millénaires.

1 | AVANT LE CODE CIVIL

Deux périodes doivent être distinguées, de très inégale longueur, mais d'égale importance pour la formation du C.C. : l'*Ancien Droit*, c'est-à-dire tout le droit antérieur au 14 juillet 1789, le *Droit intermédiaire* (il se situe *entre* l'Ancien Droit et le C.C.), c'est-à-dire le Droit de la Révolution.

[69] ► *L'Ancien Droit*

Il ne peut être question ici que d'en indiquer quelques traits essentiels, faisant contraste avec le droit du C.C. Encore devons nous user d'une simplification très grossière puisque, d'une évolution qui fut évidemment fort complexe — entre la période gallo-romaine et la Révolution — nous ne considérerons que l'aboutissement : les derniers siècles de la monarchie.

a) Quant à la *forme*, l'Ancien Droit se caractérise par une extrême diversité.

C'est d'abord, la diversité territoriale. D'une province à l'autre, le droit civil n'est pas le même : non seulement il faut séparer pays de droit écrit (romain) au Midi et pays de coutumes (imprégnés de droit germanique) dans le reste de la France, mais le pays coutumier est lui-même morcelé entre une multiplicité de coutumes.

C'est, en outre, sur un même territoire, la diversité des systèmes juridiques, issus d'origines et, pourrait-on dire, de souverainetés différentes, chacun ayant compétence à régir une matière déterminée. Un même bourgeois peut ainsi se trouver soumis au droit canonique pour son mariage, à la coutume du lieu pour son régime matrimonial, au droit romain pour les effets des contrats qu'il passe, aux ordonnances royales pour la preuve qu'il doit s'en ménager, etc.

Une telle diversité n'était sans doute pas aussi intolérable qu'elle a pu sembler rétrospectivement au XIX^e s. (de grands Etats modernes, ex. les Etats-Unis, continuent à offrir, dans leur droit civil, cet aspect de mosaïque). C'était cependant une gêne, spécialement pour les affaires. D'où, dans la bourgeoisie commerçante une *aspiration à l'unité*. Cette aspiration fut fortifiée par plusieurs courants : politique (la monarchie et ses légistes tendent à la centralisation) ; littéraire (l'esprit classique s'attache à l'universel plutôt qu'au particulier) ; philosophique (le cartésianisme fait prédominer la raison sur la tradition). Ces influences se rejoignent chez des jurisconsultes comme Domat (1625-1695), Daguesseau (1668-1751), Pothier (1699-1772), qui préparèrent les voies à la codification, en s'efforçant de *mettre en ordre* le droit de leur temps, soit doctrinalement (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, de Domat ; la série des traités de Pothier), soit législativement (les grandes ordonnances de Daguesseau sur les donations, les testaments, les substitutions).

b) Quant au *fond*, L'Ancien Droit reflète la constitution politique du pays. C'est le droit civil d'une monarchie catholique, appuyée sur

une aristocratie foncière : il est *confessionnel* (compétence reconnue au droit canonique pour régir le lien de mariage), *inégalitaire* (privilèges dans la condition des personnes, dans la dévolution successorale, ex. aînesse), *communautaire* (l'individu est pris dans des communautés naturelles : corporation, famille) et *terrien* (les immeubles constituent la propriété par excellence, à garantir et à conserver dans les familles, tandis que la fortune mobilière n'obtient qu'une protection inférieure).

Mais, là encore, des courants contraires se dessinent au couchant de la monarchie : le gallicanisme chicane la compétence du droit canon ; la philosophie proclame l'égalité de tous les hommes et les droits de l'individu ; le développement du commerce et de la banque fait monter la fortune mobilière dans le jugement de l'opinion.

[70] ► *Le droit intermédiaire (ou droit révolutionnaire)*

Dans cette période, on distingue souvent deux phases : la phase proprement révolutionnaire, celle des assemblées, de la Constituante à la Convention, du moins à la Convention d'avant Thermidor, puis une phase de réaction relative, qui ira s'accroissant du Directoire au Consulat. La brièveté est compensée par l'intensité. Ce fut alors qu'entrèrent dans le droit beaucoup des idées qui semblent aujourd'hui essentielles à la civilisation juridique. La Révolution a agi en droit civil de trois manières.

a) Par les *principes politiques* qu'elle posa et qui, étant l'antithèse de ceux de la monarchie, devaient amener, par voie de conséquence, la chute de tout un pan de l'Ancien Droit civil : liberté de conscience (les effets civils retirés au Droit canon), égalité des personnes et des terres (ex. abolition des droits féodaux, du privilège d'aînesse), liberté du commerce (suppression des corporations, licence donnée au prêt à intérêt), etc.

b) Par les *lois civiles* qu'elle élaborait directement. Cette législation ne recouvrit pas le droit civil tout entier, et une bonne part de l'Ancien Droit (ex. régimes matrimoniaux) demeura ainsi en vigueur jusqu'à l'apparition du Code. L'œuvre civile de la Révolution fut, cependant, très importante, et pas seulement négative : ex. organisation de l'état civil et institution du divorce aux lendemains du 10 août ; réglementation du système successoral par une série de lois de l'an II (au seuil de la Terreur), avec, entre autres caractéristiques, l'égalité de droits reconnue à l'enfant naturel ; établissement d'une publicité des hypothèques et aliénations immobilières (réforme demandée par les intérêts

financiers, contre les résistances terriennes). Toute cette législation est, bien souvent, techniquement remarquable, ayant été rédigée par des juristes de valeur, tels que Merlin de Douai (1754-1838), très avertis de l'ordre juridique qu'ils voulaient abattre.

c) Par les *projets de Code civil* qu'elle prépara. Codifier le droit civil pour l'unifier était dans le programme de la Révolution. Si l'on ne put alors aboutir, du moins y eut-il plus que des ébauches. Trois projets successifs portent, dans cette période, le nom de Cambacérès. Le premier (ouvrage, en réalité, du Comité de Législation de la Convention ; 8 août 1793) est le plus typique, celui qui répond le mieux à l'esprit, individualiste et égalitaire, du moment : le mariage dissoluble par volonté unilatérale, la femme mariée pleinement capable, l'interdiction de rompre par des libéralités l'égalité entre héritiers, de faire des libéralités aux riches et aux célibataires, etc. Et, dans la forme, un laconisme qui ne s'explique pas seulement par l'imitation de l'Antique et de ses lois gravées sur le marbre, mais par souci très réaliste de rendre le droit accessible au peuple.

[71] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — a) *Droit romain*. — Monier, *Manuel élémentaire de d. r.*, 1954, 2 vol. ; Huvelin, *Cours élémentaire de d. r.*, 2 vol., 1927-1929 ; Girard, *Manuel élémentaire de d. r.*, 8^e éd. par Senn, 1939 ; Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, 2^e éd., 1971 ; J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 1991 ; Testu, *Les glossateurs*, R.T., 93, 279.

b) *Ancien Droit*. — Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé* (cité d'après la 1^{re} éd., 1907) ; Fr. Olivier Martin, *Histoire du droit français*, 1948 ; P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé* (Droit romain et Ancien Droit), 1969-1971 ; Villers et Giffard, *Obligations*, 1976 ; Timbal, *Régimes matrimoniaux, successions*, 1975 ; Ourliac, *Etudes d'histoire du droit médiéval*, I, 1979, spéc. L'esprit du droit méridional, 313 s. et II, 1980 ; Ourliac et Gazzaniga, *Histoire du droit privé de l'an mil au C.C.*, 1985 ; Hilaire, *La vie du droit*, 1994 (notamment, la ténacité des communautés familiales). — Sur Domat, C. Sarzotti, *Jean Domat, Fondamento e metodo della scienza giuridica*, Turin, 1995 ; cf. P.-Y. Gautier, R.T., 92, 529. — Sur Daguesseau, le Colloque de Limoges, 1951, *Actes*, Limoges, 1953 (p. 36, L'importance de Daguesseau pour son temps et pour le nôtre) ; P.-Y. Gautier, Le discours de la méthode du chancelier Daguesseau, R.T., 94, 67.

c) *Droit intermédiaire* (ce qualificatif a le tort de suggérer en lui un droit transitoire, alors qu'il apparaît à beaucoup d'égards comme un droit fondateur). — Anciens : Sagnac, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, 1898 ; A. Esmein, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, 1908. Moderne, *Histoire générale du droit privé français*, commencée par Marcel Garaud (I,

La Révolution et l'égalité civile, 1953 ; II, *La Révolution et la propriété foncière*, 1959 ; III, *La Révolution et la famille*, 1978). Le Bicentenaire a fait éclore une floraison de recherches collectives : *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?* (Colloque d'Orléans, 1986), 1988 ; *La famille, la loi, l'État*, 1989 et *Droit et Société*, n° 14, 1990 ; *L'enfant, la famille et la Révolution française* (Institut de l'enfance et de la famille, Sorbonne), 1990 ; *Propriété et Révolution* (Université de Toulouse I, 1989) ; Farjat, Remiche et al., *Liberté et droit économique*, Bruxelles, 1992 ; O. Beaud et al., *La Révolution française et le droit*, *Droits*, 1993 (17).

d) (Synthèses). Ellul, *Histoire des institutions*, 5 vol., 1989-1991 ; F. Garisson, *Histoire du droit et des institutions*, 2 vol., 1984 ; Szramkiewicz et Bouineau, *Histoire des institutions (1750-1914)*, 1992 ; N. Rouland, *L'État français et le pluralisme, histoire politique des institutions publiques*, 1995, et *Introduction historique au droit*, 1999 ; A. Leca, *La genèse du droit, essai d'introduction historique au droit*, 1999.

Questions d'histoire

a) *Abrogation de l'Ancien Droit*. — Comme *source formelle* de notre droit positif, l'Ancien Droit (mais non le droit intermédiaire) a été abrogé en bloc par l'a. 7 de la loi du 30 ventôse an XII. A défaut de cette abrogation expresse, il n'aurait été abrogé que tacitement, par incompatibilité, ce qui eut nécessité une recherche dans chaque cas. Le C.C. a ainsi opéré une coupure formelle dans l'histoire juridique de la nation (opp. le droit anglais, où cette solution de continuité ne s'est pas produite, si bien que des textes ou des précédents judiciaires du Moyen Age peuvent encore y avoir force de loi). Il avait, pourtant, été convenu lors de la rédaction de la loi de ventôse an XII que les juges garderaient malgré tout la faculté de prendre pour guide le droit romain et l'Ancien Droit (cf. Merlin, *Rép.*, v° *Raison écrite*). Au XIX^e s., quand le C.C. était interprété par l'intention de ses rédacteurs, il était usuel de rechercher quel avait été le dernier état de l'Ancien Droit : le législateur de 1804, qui avait dû le connaître, ne pouvait avoir donné un autre sens aux dispositions correspondantes du droit nouveau. Ce qui importait le plus, c'était donc le droit du XVIII^e s. (d'où l'autorité attribuée à Pothier). Mais, aujourd'hui, cette interprétation psychologique n'a plus guère cours : dans le C.C. on voit moins une intention que le produit d'une évolution. Ce qui a ouvert à l'étude de l'Ancien Droit (et pas seulement de l'Ancien Droit finissant) une nouvelle carrière. Par épisodes, les reculs de l'individualisme, les accrocs au libéralisme économique peuvent nous ramener vers le Moyen Age, à la recherche de modèles pour nos décompositions de la propriété, nos corporatismes, nos formalismes.

[72] b) *Survie de l'Ancien Droit*. — Comme *source réelle* de notre droit positif, l'Ancien Droit conserve une importance considérable, bien que non affichée. C'est que le C. Nap., tout en innovant par quelques principes à résonance politique, s'était approprié une masse de dispositions techniques du droit antérieur. Une bonne part de la coutume de Paris était passée dans les règles de la communauté conjugale (avant les réformes de 1965-1985) ; une bonne part des Ordonnances de Daguesseau continue de nourrir notre droit des donations et des testaments ; etc. Le droit romain mérite plusieurs étoiles (cf. *Usus hodiernus pandectarum*, *Mélanges Zajtay*, 1982, 107, v. ex. Gau-

tier, D. 89, chr. 113) : c'est sur ses règles, presque deux fois millénaires, que se sont construites, au XIX^e s., des jurisprudences aussi capitales que la théorie de l'enrichissement sans cause ou la maxime *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Qui fera mieux chez les modernes ?

N'oublions pas non plus les influences intellectuelles. L'effort de mise en ordre et de clarification qu'avaient accompli Domat et Pothier est latent sous le C. Nap. (cf. A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du C.C. français*, 1969). Quant à la méthode législative, disons davantage : quant à la philosophie de la législation, Montesquieu, sans le vouloir (il n'était point partisan d'unifier le droit civil), a été un maître à penser. Le retentissement de l'*Esprit des lois* (1748) avait déclenché un engouement durable pour la législation. Parfois très directement (Rousseau, Diderot, Mably), tous les philosophes rêvèrent de légiférer. Mais leur conception de l'art législatif les éloignait beaucoup de Montesquieu. Ils voyaient les lois comme des déductions rationnelles à partir de principes *a priori*, tandis que l'*Esprit des lois* tendait plutôt à démontrer qu'elles devaient être induites de l'expérience, des données de la géographie (théorie des climats) et de l'histoire. A y regarder de près, l'*Esprit des lois* se serait plus exactement nommé l'*Esprit des coutumes*. Le parti philosophique ne fut pas long à s'apercevoir que ce livre, qu'il avait d'abord acclamé pour ses protestations généreuses contre les abus de la monarchie, apportait bien des arguments aux thèses conservatrices ; et Condorcet en fit une critique sévère. A la veille du C.C., il y avait ainsi une opposition déclarée, sur la manière de légiférer, entre ceux que l'on appelait les « Idéologues », dernier carré des philosophes conséquents, tenants d'une législation rationnelle, et les fidèles de Montesquieu préconisant l'empirisme et le relativisme historique. Portalis était du côté de Montesquieu.

2 | LE CODE CIVIL

C'est le monument central où le civiliste moderne est sans cesse ramené. Avant d'apprendre à le connaître dans le détail, il est bon de se demander ce qu'il signifie, au milieu de notre histoire et pour cela, il faut savoir par *quels hommes* il a été fait et de *quel message* il était chargé pour les générations futures.

[73] ▶ Les auteurs du Code civil

A travers une procédure assez complexe — ce que l'on appelle les *travaux préparatoires du C.C.* (ensemble de projets, rapports, exposés des motifs, débats) — on voit émerger un certain nombre d'hommes qui animent l'œuvre et lui donnent un sens.

a) Le C.C. de 1804 a eu pour base un premier jet, dit *Projet de l'An VIII*, mis sur pied en quatre mois par une Commission de quatre juristes, que Bonaparte avait nommée au lendemain du 18 brumaire :

Tronchet, président du Tribunal de cassation, et ancien défenseur de Louis XVI devant la Convention ; Portalis (1746-1807), avocat provençal, entré dans la politique au temps du Directoire (il devait participer, plus tard, à la négociation du Concordat) ; Bigot de Préameneu, jadis avocat et devenu commissaire du gouvernement près le Tribunal de cassation ; Maleville, membre de ce Tribunal.

Si les quatre étaient politiquement des modérés (le civiliste véritable de la Révolution, Merlin de Douai, fut délibérément tenu à l'écart), ils n'étaient pas cependant réactionnaires assez décidés pour proposer le retour à l'Ancien Régime. Portalis, d'ailleurs, qui domina la Commission (il fut chargé de présenter le projet dans un *Discours préliminaire*), avait puisé dans ses lectures de Montesquieu et un exil outre-Rhin le sens de la relativité et des changements nécessaires, comme dans ses traditions gallicanes une prédisposition à accepter de la Révolution le morceau capital de la sécularisation du droit.

La comparaison du projet de l'an VIII et du texte de 1804 fait apparaître d'assez notables différences. Une des plus frappantes est la présence, dans le projet, d'un livre préliminaire *Du droit et des lois*, contenant nombre d'affirmations philosophiques, qui ont finalement été supprimées, non point par désaccord doctrinal, mais pour la raison pratique qu'elles n'étaient pas à leur place dans une codification. Il faut rappeler, pour situer les auteurs du C.C. dans la philosophie du droit, que ces affirmations procédaient ouvertement du postulat du droit naturel.

b) Le projet de l'an VIII fut soumis à l'examen du Tribunal de cassation et des tribunaux d'appel, dont les observations, surtout techniques, furent mises à profit par le Conseil d'Etat. Le projet entre, en effet, à partir de là, dans la procédure d'élaboration des lois qu'avait organisée la Constitution consulaire.

1° Préparation du projet définitif par le *Conseil d'Etat*, où la discussion, assez approfondie, fut souvent animée par le Premier Consul en personne :

2° Discussion au *Tribunat* ; et 3° *Vote par le Corps législatif*. Mais, à ce stade, un accrochage politique se produisit. La gauche du Tribunat critiqua à la fois les méthodes suivies (élaboration par les seuls techniciens, en dehors de la Nation) et le fond des dispositions (trop de copies de l'Ancien Droit). Le titre préliminaire fut repoussé (l'a. 2 avait été qualifié de contre-révolutionnaire).

Il fallut une manière de coup d'Etat pour venir à bout de cette résistance. Le Tribunat fut épuré et réduit à l'impuissance. Le vote devint dès lors une formalité. La *loi du 30 ventôse an XII*, qui réunit en

un seul corps de lois les différents titres successivement votés, est comme l'acte de naissance du Code civil.

c) Sur le Code civil plane l'ombre de *Napoléon*. L'œuvre a même pris officiellement, sous le Premier, puis le Second Empire, le nom de l'homme, et aujourd'hui même, l'expression de Code Napoléon est courante pour désigner le C.C. dans son état de 1804.

On discute si le rôle de Bonaparte, dans l'élaboration du Code, a été réel ou fictif, heureux ou néfaste. Ce qu'il faut reconnaître, à tout le moins, c'est qu'il eut le mérite de *vouloir* un Code civil et de le vouloir avec continuité (épaulé, il est vrai, par le Second Consul, *Camba-cérès*, qui était spécialement chargé de suivre l'affaire). Ce que l'on peut admettre aussi, c'est qu'il a, homme éminemment politique, imprimé à l'œuvre l'orientation de sa politique, qui était, comme on l'a dit souvent, de consolider la Révolution, en la dépouillant de certains excès. Otez Bonaparte et son Code, il ne serait sans doute rien resté de la Révolution dans notre droit civil.

[74] ► *L'esprit du Code civil*

On trouve dans le C.C. une *matière* venue de l'Ancien Droit, toute une masse de dispositions empruntées au droit romain ou aux coutumes. Il y a toujours, dans un droit civil, des habitudes et des techniques qui ne se réinventent pas chaque fois qu'une nation change de régime politique. Mais il faut voir d'où vient le souffle, *l'esprit* qui anime la matière : c'est de la Révolution. Le C.C. tient de là les traits essentiels de son idéologie :

a) Négativement, la sécularisation, la laïcité. Le Code de 1804 a été le premier à séparer de l'Eglise le droit civil (état civil, mariage). Nous sommes blasés aujourd'hui, mais l'omission de la religion dans le C.C. avait une portée révolutionnaire.

b) Positivement, *l'individualisme*. Expression civiliste de la Déclaration des Droits de 1789, le C.C. apparaît comme une triple exaltation de l'égalité, de la *liberté*, de la *volonté* de l'homme.

1° *Egalité*. — Non seulement le C.C. consolide le principe de l'égalité des droits entre les hommes (avec, implicitement, la suppression de tous les privilèges personnels), mais il se préoccupe de réaliser l'égalité de fait, l'égalité économique (encore que ce soit par des moyens empiriques) : son régime successoral tend au morcellement, à la constitution d'une classe de petits propriétaires, d'où ne pourra surgir une nouvelle féodalité.

2° *Liberté*. — Liberté individuelle, défendue contre les aliénations de l'individu lui-même (a. 686, 1780), contre la tyrannie des groupements (systématiquement ignorés) et même de la famille (divorce, cessation de la puissance paternelle à 21 ans) ; liberté économique, la propriété étant conçue comme une liberté et affranchie du régime féodal, ainsi que des vestiges du communisme agraire (a. 647).

3° *Volonté*. — L'homme, dans le C.C., est traité essentiellement comme une volonté. A-t-il un corps ? par allusion seulement, à travers les « sports » de l'époque (a. 1966). Il est vrai que le corps a paru prendre sa revanche, en 1994, avec les deux lois de bioéthique (a. 16-1 à 16-9). En général, cependant, le sujet du droit civil n'est pas un être de chair, passible de faiblesses, en proie à des besoins, écrasé par des forces économiques : c'est une volonté toujours forte, éclairée, tendue vers un but, et libre. Le mariage se forme par la volonté (a. 146), la relation sexuelle (la *copula carnalis*) n'y retrouve pas la place que lui avait reconnue le droit canonique ; la responsabilité suppose la volonté ; l'accord de deux volontés, le contrat, est rapproché de la loi (a. 1134), comme par un souvenir inversé du *Contrat social*. Cette précellence accordée au contrat dans la vie juridique rejoint d'ailleurs la maxime de la liberté économique : laissez faire, laissez passer.

C'était au moins un programme. Il eût été de bonne guerre de reprocher à son auteur de n'y avoir guère été fidèle : il s'était fait introniser par le pape, avait restauré la noblesse, pratiqué les lettres de cachet et, par le blocus continental, ruiné la mobilité contractuelle. Mais Napoléon ne fut pas candidat à sa réélection. Et là avait été justement la chance du C.C., que son génie dangereux fût rapidement sorti de la scène, le laissant à son état originel de projet de société, dont les générations suivantes surent faire peu à peu une réalité familière, une coutume.

► *Les collatéraux du Code civil*

Le C. Nap. apparaît comme l'aîné d'une codification napoléonienne où virent le jour successivement le Code de procédure civile (1806), le Code de commerce (1807), le Code d'instruction criminelle (1808), le Code pénal (1810). Le C.C., élaboré avec plus de soin, leur était techniquement supérieur, mais il avait besoin d'un C. Pr. C. pour sa mise en œuvre judiciaire, et il trouva un renforcement dans le C.P. qui assurait par la répression une protection des mœurs et de la propriété.

Dès sa naissance, sans qu'il y parût, le C.C. avait été solidement encadré par deux textes fondamentaux sur lesquels Bonaparte comptait pour assurer le fonctionnement du système juridique :

1° Le *Concordat*, qui avait valeur de traité international, conclu avec le pape Pie VII (1801), bientôt accompagné d'Articles organiques, distincts pour les cultes catholique et protestant (1802), qui n'avaient valeur que de lois internes. C'est Portalis qui avait négocié le Concordat, et l'on pouvait escompter des avantages accordés à l'Eglise romaine que celle-ci accepterait plus aisément la sécularisation du droit civil.

2° La *loi de Germinal* (17 germ. an XI), qui instituait, après la crise prolongée des assignats, un nouveau système monétaire, ayant pour base le franc (1803). On pouvait en escompter une stabilité des obligations et des contrats.

Les deux objectifs furent atteints au XIX^e s. sans difficulté majeure. Mais le Concordat fut aboli par la l. 9 déc. 1905, portant séparation des cultes et de l'Etat, et le franc de Germinal par la l. 25 juin 1928, qui lui substitua un franc amputé des quatre cinquièmes. Ce qui a pu, souterrainement, déséquilibrer, çà et là, notre droit civil.

Que peut-on inaugurer au seuil du XXI^e s. ? Sur l'article des monnaies, le fait accompli de 1928, qui n'était lui-même qu'un effet retardé d'août 1914, va se compléter par l'extirpation du nom même de *franc*, troqué contre l'euro.

Sur l'article de la religion, la situation est moins claire. C'est un propos de table répandu que le Concordat exprès a été remplacé par une sorte de Concordat tacite, un échange de bons offices entre les deux puissances, l'Etat offrant à l'Eglise des avantages sur des points sensibles (l'enseignement privé, la fiscalité, les congrégations), l'Eglise — les diverses confessions, chacune avec ses nuances — s'offrant en retour à accompagner l'Etat même dans ses foudrues immoralistes, sans lui opposer de critiques qu'assez subtilement feutrées pour ne point l'ébranler. L'Etat s'étant, d'ailleurs, donné des motifs laïques d'interdire le prosélytisme aux « religions nouvelles », qualifiées de *sectes*, c'est, pour lui, une manière mieux que concordataire de consolider au bénéfice de qui de droit les droits ancestralement acquis.

[75] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Sur le C.C. en général, v. *Le livre du Centenaire du C.C.*, 2 vol., Paris, 1904 ; et à propos d'une commémoration plus générale du « patrimoine » français, Le C.C., in P. Nora et al., *Les lieux de mémoire*, t. II : *La Nation*, 1986, p. 293 ; Halpérin, *L'impossible C.C.* (spéc. sur l'état de la société globale, de la classe juridique), 1992 ; aujourd'hui, J.-Fr. Niort, *Homo civilis, repères pour une histoire politique du C.C.*, Th. Paris I, 1996, ronéo (c'est un monument considérable d'érudition, dont l'intérêt est accru par un travail sans précédent sur la tentative de révision de 1904 ; v. *infra*, n° 81 ; du même, cf. *Arch.*, 92, 101) ; et d'un autre, *L'Année canonique* (38), 96, 91 (« La codification dans les Etats de droit, le cas français » ; pour réussir une codification, ne faut-il pas être un soldat heureux ?). — Phénomène significatif de sociologie juridique : le C.C. fut mis en vers, et il y en eut des publications illustrées ; v. les travaux très remarquables d'A. Esminger, *Recréation de la forme, récréation de la norme, trois versifications du C.C. français au XIX^e s.*, Th. Montpellier (ronéo), 1986 (où sont analysés plusieurs mythes juridiques) ; *Dr. pros.*, 89 (1), 145 ; et *ibid.*, 94 (1), 29.

Les travaux préparatoires du C.C. se trouvent dans les deux recueils de Fenet (*Recueil complet des travaux préparatoires*, 15 vol., 1827-1828) et Locré (*Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 31 vol. dont les 16 premiers concernent le C.C., 1827-1832). Ces deux recueils ont eu une grande audience à l'époque de l'Exégèse, quand il était de mode de rechercher l'intention du législateur pour interpréter la loi. On en trouvera des morceaux choisis chez Bonassies, A. travers le Fauet, *Mélanges J.-P. Béguet*, 1985 ; et Ewald et al., *Naissance du C.C.*, 1989. Pour atteindre la vérité du législateur, si tant est que ce soit la vérité que cherche l'historien, il y a plus d'un barrage à franchir. Le compte rendu déforme le discours, le discours masque la pensée, la pensée en dialogue n'est pas la pensée solitaire. Au fond de l'alcôve que reste-t-il ? l'action. *Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*.

I. — LES AUTEURS DU C.C.

[76] Sur le rôle personnel de Bonaparte, v. Savatier, *Bonaparte et le C.C.*, 1927, Ville-neuve de Janti, même titre, Th. Paris, 1934. Les admirateurs (Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire* ; A. Sorel, Introduction au *Livre du Centenaire du C.C.*, I, p. xxiv s.) disent qu'il confondit les juristes du Conseil d'Etat par sa science (mais il prenait des répétitions de Tronchet avant les séances et, comme tous les militaires, il avait bonne mémoire), que, bien souvent, il vit plus juste qu'eux, eut un sens plus exact des réalités françaises. Les esprits critiques (ex. Boncase, *Philosophie du C. Nap. appliquée au droit de famille*, 1928, n° 80) rétorquent qu'il ne pensa qu'à lui-même et à ses ambitions dynastiques (divorce, adoption), qu'il se borna à caporaliser les juristes. Il faut certes regretter que le sort des institutions d'un pays ait pu dépendre aussi étroitement des expériences du mari trompé d'une femme stérile. On peut même ajouter au passif toutes les saillies de droit pseudo-oriental, toutes les turqueries juridiques rap-

portées d'Égypte avec les tentations musulmanes (Non, Madame, vous ne sortirez pas... ; la femme est la propriété de l'homme, comme l'arbre à fruits est celle du jardinier ; l'adoption à la façon des Mameluks, etc.). Il reste, cependant, qu'il a fallu Napoléon pour oblitérer les Capétiens.

Sur Cambacérès, J.-Louis Bory, *Cambacérès*, 1979 ; Pinaud, *Cambacérès*, 1996. Il était fêru de Kant, que Bonaparte ne prisait guère. — Sur Portalis (un choix de ses *Écrits et discours* a été publié par les Presses Universitaires d'Aix, 1988), v. Schimsewitsch, Th. Paris, 1936 ; Beignier, *Rev. hist. fac. dr.*, 1988 (6), 77 ; Agulhon, *Histoire vagabonde*, 1988, II ; Leduc, *Portalis*, 1990 ; Oppetit, *Portalis philosophe*, D. 95, chr. 331 ; Marceau Long/J.-Cl. Monier, *Portalis, l'esprit de justice*, 1997. C'est une personnalité chatoyante : sur un arrière-fond moraliste, des influences du romantisme allemand ; une hostilité aux « Lumières », avec des élans de libéralisme (cf. *Bull. Soc. hist. protestantisme*, 79, 66 s., et *Mélanges Marty*, 1978, 255). Il sent la puissance historique du droit romain, et il admire Montesquieu, ce seront ses deux guides.

Mais les rédacteurs apparents sont-ils les auteurs véritables ? Le C.C. doit beaucoup à la pensée juridique des XVII^e et XVIII^e s. Et surtout on peut se demander si, dans la genèse d'une législation, les forces collectives, anonymes (économiques, démographiques, la simple force d'inertie) n'ont pas plus de poids que le législateur-individu. Il fallait, toutefois, un médiateur charismatique pour accoucher la société française du C.C. dont elle était grosse, et ce fut Bonaparte (cf. Le C. Nap. en tant que phénomène sociologique, *Dr. pros.*, Aix, 81-3, 327, et le « Quadrigue » de *Sociologie juridique*, 1994, p. 78, 80, la guerre à l'arrière-fond).

II. — L'ESPRIT DU C.C.

[77] Il est classique de louer l'esprit de modération du Code. Il fut, suivant l'expression qu'emploient de nos jours les sociologues anglo-américains, un droit de compromis (*law of compromise*), une transaction législative entre des forces sociales, des intérêts collectifs, antagonistes. Et cela sous plusieurs aspects.

a) Un antagonisme qui était en 1804 palpitant, quoique nous ayons peine maintenant à le revivre (malgré tant de retours de tendresse pour l'Occitanie), c'était l'antagonisme juridique entre pays de coutumes et pays de droit écrit (v. Beignier, Le chêne et l'olivier, *Mélanges Foyer*, 1997, 355). Un point chaud : le choix du régime matrimonial (cf. J. Brisset, L'adoption de la communauté comme régime légal dans le C.C., *Travaux Fac. dr. Paris*, 1967). Fallait-il préférer la communauté coutumière ou le régime dotal (c'est-à-dire, pratiquement, pour le peuple, la séparation de biens) à la romaine ? Le compromis (un peu boiteux) consista à adopter la communauté comme régime national de droit commun, tout en permettant le régime dotal sur l'ensemble du territoire à titre de régime conventionnel. C'est un compromis qui a duré jusqu'en 1965, où il a été implicitement dénoncé par le Parlement, lequel s'acharna, sans grande sensibilité historique ni sociologique, à expulser le régime dotal du C.C. réformé.

b) Un autre antagonisme, plus voilé peut-être, séparait en 1804 deux familles de pensée qui, tout le long du siècle précédent, avaient semblé par instants faire alliance dans une commune opposition à la monarchie absolue : les philosophes et les jansénis-

tes (ceux-ci avaient, avec la Révolution, repris quelque vigueur ; cf. Monique Cottret, *Jansénismes et Lumières*, 1998). Il y a eu transaction. Si, dans le C.C., une partie de l'idéologie, l'individualisme, vient à coup sûr de la philosophie des Lumières, elle est tempérée par un autre apport, un moralisme que nous croyons d'origine janséniste — moralisme chrétien, mais d'un christianisme indépendant. On sait combien, au XVIII^e s., le monde judiciaire, le Parlement de Paris surtout, fut imprégné de jansénisme ; et quelle fut, sur les rédacteurs du C.C., l'influence de Pothier (dont l'onction morale est janséniste). De là, certains traits du droit nouveau qui procèdent du jansénisme, et non pas de la philosophie : ex. la répugnance pour le jeu, le trafic, peut-être aussi pour la fortune mobilière ; et en discordance avec le légalisme révolutionnaire, le rôle laissé au juge par des institutions comme les délais de *grâce* (a. 1244), la nullité du contrat pour atteinte aux bonnes mœurs (a. 6, 1133). Le juge du C.C., en contraste avec celui dont avait rêvé la Révolution, sera un juge très puissant ; c'est que les jansénistes portaient en eux l'idéal biblique du juge d'équité. Aussi est-il assez conjectural d'attribuer à l'esprit janséniste, sur la foi de la célèbre dialectique de Pascal entre la justice et la force, ce qu'il y a de positivisme dans le C. Nap. (v. Marc Réna, *Dr. pros.*, 92 [3], 817). Ce positivisme n'est, au fond, que le légalisme (cf. a. 544, 1134) de la Révolution toute proche.

c) Mais c'est avant tout pour avoir su concilier l'Ancien Régime et la Révolution que le C.C. a été exalté par les juristes du XIX^e s. (et même d'après) comme un acte éminemment politique de modération et de compromis (ni réaction ni révolution : la formule est de Planiol, v. Ripert-Boulanger, I, n° 112). Il est bien vrai qu'au premier contact l'œuvre fut jugée réactionnaire par la gauche du Tribunal. Mais cette critique était peu de chose en comparaison de la réprobation passionnée qui allait s'élever dans toute l'Europe contre-révolutionnaire, sur le double thème religion et famille. L'hostilité diplomatique de la papauté au C.C. fut très vive (cf. Latreille, *L'Eglise et la Révolution*, 1946-1950, II, p. 64, 72, 96, 100, 111, 115, 141, 160, 185, 247) : il lui apparaissait comme un prolongement des fameux Articles Organiques de l'an X, destinés à reprendre sous main les concessions du Concordat (cf. La sécularisation du droit civil par le C.C. des Français, in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milan, 1981, p. 1007 s.). Le reproche de ruiner la famille (par l'affaiblissement de l'autorité paternelle et le régime successoral de divisibilité absolue) était bien plus profond. On le voit poindre dans l'Émigration ; il sera renouvelé, tout le long du XIX^e s., par des penseurs isolés (Balzac, entiché d'aristocratie et de majorats ; Renan, *Essais de morale et de critique*, 1859, préface, p. x), avant d'être systématisé par Le Play (*La réforme sociale en France*, 1864) et son école. En face, la critique que l'on pourrait considérer comme de gauche est réapparue d'abord sous un aspect sentimental (les droits de la femme et de l'enfant, dans le romantisme de George Sand et de Victor Hugo). Elle a revêtu une forme plus précise sous le Second Empire (Acolas, I, p. XLIII), mais, en stigmatisant le C.C. comme rétrograde, on avait surtout le dessein d'atteindre le neveu à travers l'oncle. Enfin, le socialisme vint, et l'on eut un motif apparemment exact pour dire que le C. Nap. était un Code conservateur, car il n'avait point été socialiste, il avait même été à peu près muet sur le contrat de travail (heureusement ; car, s'il l'avait réglementé, il eût bien gêné le développement du droit ouvrier). Cf. Maxime Leroy, *L'esprit de la législation napoléonienne ; esquisse d'une étude critique*, Th., Nancy, 1898 ; A. Tissier, Le C.C. et les classes ouvrières, *Livre du Centenaire*, I, p. 71 s. Le motif a pu paraître

d'autant plus exact que les laudateurs du C.C. (ex. Boistel, Le C.C. et la philosophie du droit, *Livre du Centenaire*, I, p. 45 s.) ont parfois ramené l'essentiel de sa philosophie à une défense des droits individuels contre la collectivité. Mais il ne faut pas gommer des textes leur signification révolutionnaire : ex. l'a-544 peut être lu comme un principe de conservation, mais c'était en 1804 une garantie pour la nouvelle couche sociale qui avait acquis (à bon compte) des biens nationaux contre la revendication des anciens propriétaires (les émigrés, l'Eglise). Une nouvelle image du Code a été proposée par X. Martin, *R.H.D.*, 82, 589, *Rev. hist. Fac. de dr.*, 1987 (4), 87, et 92 (13), 227, ainsi que *Nature humaine et Révolution française*, 1995 : l'auteur conteste l'individualisme et le libéralisme du C.C., et il impute aux rédacteurs une philosophie matérialiste qui les rapprocherait de Hobbes (un Hobbes sans son calvinisme). Intéressant, mais paradoxal : le rôle de Portalis et de Tronchet paraît sous-évalué. L'accent est mis sur les fréquentations mondaines de Bonaparte avec Cabanis et les « Idéologues » sensualistes. Mais, la nuit, ne rêvait-il pas avec Ossian, en vrai romantique ? Le fait est qu'il ne tardera pas à mettre les idéologues à la porte du Tribunal, puis à les pourchasser.

d) Il a été usuel, dans la doctrine marxiste, de présenter le C. Nap. comme un moment historique de la lutte des classes : le moment où la bourgeoisie montante triompha de la féodalité (ce qui expliquerait, notamment, la virulence avec laquelle le juriste prussien Charles de Savigny, dans un libelle fameux de 1814, repoussait pour son pays toute idée d'une codification à la française : il y apercevait une menace pour ses intérêts de féodal ; cf. Krystufek, La querelle entre Savigny et Thibaut, *R.H.D.*, 1966, 59). Mais, après avoir été le signe, peut-être l'arme d'une évolution nécessaire et bénéfique, le Code ne faisait plus, dans cette vision, que de se survivre comme un rempart croulant, le rempart que la classe capitaliste, condamnée à disparaître, opposait à la montée du prolétariat. D'inspiration marxiste — quoique d'un marxisme ouvert à d'autres brises — un auteur a essayé avec brio de démonter les mécanismes subtilement répressifs qui se cachaient sous l'apparence libérale du C.C. — ces mécanismes par lesquels la classe possédante assurerait sa domination sur les non-possédants (André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du C.C. français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, 1973 ; cf. *Arch.*, 75, 447). — Au-delà des intuitions, il n'est pas si facile, pourtant, de vérifier scientifiquement l'hypothèse d'une complicité objective entre le capitalisme et le C.C. (à supposer que le capitalisme soit une mauvaise fréquentation), voire d'une relation quelconque entre les deux. Car il ne suffit pas d'établir que, sous le C.C., le capital prospéra et le prolétariat souffrit ; il faudrait encore démontrer que, sans le C.C. (ce qui fut apparemment le sort de l'Angleterre), les choses fussent allées différemment. Inutile, en tout cas, de chercher la vérification dans le contentieux, en postulant que le C.C. a fonctionné comme une machine à débouter les prolétaires. L'impression qui se dégage de la jurisprudence publiée au XIX^e s., c'est que les procès civils que le Code servait alors à résoudre ne recouvraient de conflits de classe que par accident. La plupart se déroulaient à l'intérieur d'une même classe, la classe moyenne largement entendue, les classes moyennes. Sauf à observer que, dans ces luttes intestines, assez souvent, un des litigants — pas forcément le perdant, d'ailleurs — pouvait être un marginal, un faible, un malchanceux, bref un *déclassé* (l'enfant naturel, le bourgeois en déconfiture...). Mais en est-il autrement à l'heure actuelle ? Abstraction faite du contentieux prudhomal, et encore ! la vérité gênante, que nous nous cachons, pour-

rait bien être que le droit reste essentiellement l'affaire des classes moyennes, que le haut et le bas n'y touchent que du bout des doigts.

e) Pour terminer sur une note, sinon de scepticisme, du moins de réduction des exagérations, il faudrait essayer d'imaginer ce qui se serait passé s'il n'y avait pas eu le C.C., ou s'il n'était venu que cinquante ans, voire cent ans plus tard. Cf. *Le C. C. des Français a-t-il changé la société européenne ?*, D. 75, chr. 171.

3 | DEPUIS LE CODE CIVIL

La codification n'a pas arrêté les *transformations du Droit civil*. Elles se sont même précipitées au cours du XX^e s. (du moins en avons-nous l'impression). Ce qui a posé la question d'une *révision du Code*.

[78] ► *Les transformations du droit civil depuis le Code Napoléon*

a) *Jusque vers 1880* (« fin des notables »), le mouvement fut lent. Les changements politiques n'eurent que des contrecoups très limités sur le Droit civil. La *Restauration* aurait pu être une revanche de l'Ancien Droit, si Louis XVIII, par la Charte, n'avait promis le maintien du C.C. Le divorce fut bien aboli en 1816, pour donner satisfaction à l'Eglise, mais une tentative pour le rétablissement du droit d'aînesse échoua en 1826.

Au fond, la France eut, dans toute cette période, un seul gouvernement, celui de la grande bourgeoisie libérale, et celle-ci, précisément, trouvait satisfaction dans le C.C. Tout au plus Karl Marx pouvait-il noter dans la législation civile de son temps les reflets du combat mené contre l'aristocratie terrienne (le C. Nap. était encore très rural) par la classe montante des financiers (en 1852, législation de faveur pour le plus gros prêteur sur hypothèques, le « Crédit Foncier de France », qui depuis...). Ni le gouvernement provisoire de 1848, ni la Commune de Paris, ne surent faire plus que des lois révolutionnaires d'expédient en matière de loyers, et des moratoires. Le vrai est que, par-delà les constitutions politiques éphémères, le C.C. resta la Constitution la plus authentique du pays.

b) *Vers 1880*, l'avènement de la République démocratique va déterminer un mouvement plus profond. A beaucoup d'égards, le mouvement sera dirigé *contre* le C.C. Il est, cependant, complexe, et s'accomplit sur deux axes distincts.

1° Dans le droit des *personnes*, de la *famille*, des *incapacités*, l'individualisme qui avait inspiré le C. Nap. a été soit rétabli dans sa pureté primitive (réintroduction du divorce en 1884), soit surtout développé vers des conséquences nouvelles : indulgences distillées à l'enfant naturel (augmentation de ses droits successoraux, 1896 ; possibilité de légitimer l'adultérin, 1907 ; ouverture de la recherche de paternité, 1912) ; et pour la femme mariée, abolition de la puissance maritale en 1938, de son incapacité en 1942 (les maris manquaient).

Cette croissance des droits de l'individu n'a pu s'accomplir qu'au détriment de la cohésion du groupe familial. Cependant, à dater de 1938 (sous l'influence d'une politique démographique nataliste), on voit s'ébaucher un autre mouvement, qui interfère avec le premier, et le neutralise en partie : un mouvement de promotion de la famille (ex. lois successorales de 1938, en réaction contre l'égalitarisme absolu de la Révolution ; C. de la famille de 1939).

2° Dans le droit du patrimoine, *propriété, contrats, responsabilité*, la réaction contre l'individualisme a été plus précoce et politiquement d'origine différente (l'autoritarisme en matière économique peut aller de pair avec l'individualisme en matière familiale, et *vice versa*). Sous l'action de facteurs divers — développement de la grande industrie, du commerce d'exportation, de la banque, influence accrue des masses ouvrières ou de petits groupes militants, guerres (dont deux grandes), crises économiques, inflation —, le libéralisme économique a été battu en brèche, et l'intervention de l'Etat jugée désirable et nécessaire pour assurer le bien de tous. De là — depuis 1914 — des restrictions multiples apportées à la propriété privée dans l'intérêt collectif ; le développement de l'ordre public, qui vient mettre des barrières à la liberté contractuelle ; la tendance à procurer une réparation à toutes les victimes de dommages, sans se préoccuper de savoir si celui qui est chargé de la réparation a commis une faute, dès lors qu'il a les moyens économiques de supporter la charge (théorie du risque). On assiste à une socialisation du droit civil, dont on peut se demander, du reste, si elle n'est pas, plutôt qu'une infidélité à l'esprit de 1789 et même de 1804, la conclusion logique du principe d'égalité alors rappelé à la lumière. A l'intérieur de cette période, il faut insister sur la césure, la fracture de 1914 : c'est l'année où tomba un des points d'appui implicites du C.C. (le franc de Germinal, la convertibilité du billet de banque en or). A partir de là, notre droit du patrimoine a été constamment dominé par la dépréciation, déclarée ou rampante, de la monnaie (cf. t. III, n° 18).

c) Depuis 1958 (V^e République), les deux mouvements précédents se sont probablement prolongés sur leurs lignes générales, non sans hésitations, cependant, pauses, retours, alternances.

1° Dans le droit des *personnes*, le principe d'égalité a achevé ses conquêtes : égalité de la femme au mari (régimes matrimoniaux, 1965 et 1985), de la mère au père (autorité parentale, 1970) et éventuellement du père à la mère (autorité parentale encore, 1987), de l'enfant naturel à l'enfant légitime (tutelle, 1964 ; filiation, 1972), de l'adolescent à l'adulte (abaissement de l'âge de la majorité, 1974). Toutefois, dans une partie de ces réformes (filiation et divorce surtout), certains préfèrent voir (peut-être à tort) un phénomène nouveau, procédant moins de l'idéologie individualiste égalitaire que d'une transformation des mœurs qui s'est produite dans toute l'Europe à partir des années 60-70 : l'avènement d'une société permissive ou société de tolérance (société d'impudeur « médiatique », en tout cas). La transformation, du reste, aurait été sans doute moins profonde en France qu'à l'étranger, dans les pays historiquement protestants (Suède, Angleterre et Etats-Unis, Allemagne), ce qui expliquerait que les réformes n'y aient pas été aussi loin (ex. restrictions à l'égalité de droits quant à l'enfant adultérin ; droit du mariage maintenu tel quel malgré le développement d'une pratique de cohabitation ; solution de compromis en ce qui concerne la transmissibilité du nom de la femme mariée). Dans les années 80, les discussions classiques, menées en termes de liberté individuelle et d'égalité des droits, ont été refoulées au second rang par des questions nouvelles, nées d'une génétique de pointe (procréations assistées, statut de l'embryon), auxquelles ont finalement répondu deux grandes lois dites de *bioéthique* (29 juill. 1994), et la personne a été hissée au pinacle (*supra*, n° 49, d). Mais, en 1997-1999, les démanagements libertaires reprennent (avec le projet de *pacs*, t. II, p. 696 ; de divorce simplifié, etc.).

2° Dans le droit du *patrimoine*, il n'y a eu aucun retour décisif au libéralisme, pas plus, malgré les prestiges du franc fort, puis de l'euro, qu'à l'authentique stabilité monétaire (un régime où l'on usait constamment de la même monnaie sans s'interroger constamment sur elle), tels qu'ils existaient avant 1914. L'industrialisation, l'urbanisation ont imposé un pullulement de réglementations techniques et entraîné de nouvelles restrictions de la liberté contractuelle comme de la propriété privée. Ce qui n'a pas empêché qu'à maintes reprises — 1976, 1983, 1986, 1992 (le traité de Maastricht) — ne s'affirme un désir politique de liberté économique, de déréglementation, de privatisation, plus ou moins suivi d'effets législatifs. Joint à cela que la société de tolérance,

étant aussi la société de consommation, éprouve le besoin d'exalter, à contre-courant de toute socialisation, l'instrument juridique de la consommation, qui est le contrat. Mais c'est l'instrument qui est exalté, non les individus : le professionnel est suspect, le particulier est surprotégé comme consommateur (loi *Scrivener*, 10 juill. 1978), en attendant de l'être comme surendetté (loi *Neiertz*, 31 déc. 1989). Là même où l'on escompterait le plus de liberté, par ex. dans le droit de la concurrence (ord. 1^{er} déc. 1986), on constate qu'un papier jadis aussi banal que la facture du commerçant est devenu le pivot de tout un système juridique pour initiés. Pour trouver la liberté contractuelle à l'état pur, exempte soit de colbertisme, soit de charité protectrice, c'est aux contrats bancaires, financiers qu'il faudrait se reporter, ceux que manie le grand capital ; mais ils se sont évadés du droit civil, peut-être même de l'espace national.

[79] ► La révision du Code civil

Elle pourrait être préconisée, à l'heure actuelle, pour des raisons de forme plus que de fond. Cependant, à quoi bon rebâtir la maison si l'on ne sait qui l'habitera ?

a) En la *forme*, l'émergence d'une pluralité de systèmes juridiques a fait perdre à notre droit civil sa belle ordonnance unitaire : il existe un droit commun et des législations spéciales (ex. un droit commun du bail, qui est dans le C.C. et une législation spéciale du bail à usage d'habitation, qui reste en dehors) ; les principes de la responsabilité sont toujours aux articles 1382 et s., mais plusieurs applications, parmi les plus lourdes, en sont sorties (ex. accidents de la circulation) ; les contrats de consommation, quoique contrats civils, ont été refoulés dans un pseudo-code autonome. Outre que maintes règles de droit positif demanderaient à être recueillies dans les arrêts consolidés de la Cour de cassation (ex. sur les vices du consentement), même de la Chambre commerciale, dont la jurisprudence (ex. en matière de cautionnement) a déteint sur le droit civil. Rassembler, réorganiser, il y aurait tout un travail à faire pour que de nouveau le *civis* dispose de son Code.

b) Mais est-ce le moment quant au *fond*, alors qu'entre les différentes tendances qui la sollicitent ou la déchirent, la France, visiblement, hésite et cherche sa réponse ? Libéralisme et interventionnisme, famille traditionnelle et famille *new-look*, religion et laïcité — il est des oppositions qui pourraient relever, semble-t-il, de l'art du compromis.

Encore faudrait-il que le législateur eût mesuré le poids respectif — politique, démographique, psychologique — des parties, et surtout les multiples nuances où chacune, étant française, entend se diversifier. Et s'il n'y avait que ces divisions intérieures... Mais d'autres s'y emmêlent, qui viennent du dehors. Passons sur l'Islam, quoiqu'il soit présent avec sa *Charia* à l'état virtuel (cf. *infra*, n° 83). L'Europe ne se laisse pas aussi aisément négliger. Elle a déjà deux pieds chez nous comme droit actuel, le conventionnel et le communautaire, celui-ci principalement (cf. *infra*, n° 139). Et ce n'est pas fini : l'aspiration à la supranationalité pousse à une explosion de la compétence législative. A la limite, scénario imaginable, la révision de notre C.C. irait se fondre dans l'élaboration d'un Code civil européen. Mais ce sont les premières années du XXI^e s. qui nous diront s'il y a une Europe, et laquelle.

[80] ÉTAT DES QUESTIONS

I. — HISTOIRE

B.G. — Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 1996.

Mettons à part les commencements : les années impériales, si rapides, dont les historiens ont surtout retenu les chevauchées du C. Nap. hors de France, dans les pays annexés ou satellisés (cf. *infra*, n° 84) ; puis les toutes premières années de la Restauration, marquées par l'étrangeté de la situation, le C.C. debout, tout nu, sans jurisprudence, dans un flot de ressouvenirs d'Ancien Droit (cf. En l'année 1817, *Mélanges P. Raynaud*, 1984, p. 81 s.). A partir de là, peu à peu, le droit nouveau entrera dans les mœurs françaises. Comment cela ? L'établir serait l'objet d'une minutieuse histoire des faits, que nous ne possédons pas encore (l'histoire des idées est mieux partagée, en tant qu'histoire de la doctrine civiliste et des méthodes d'interprétation ; cf. *infra*, n° 152).

a) *Les transformations du droit civil*. — Il existe tout un genre littéraire de transformisme ou évolutionnisme juridique. A défaut d'histoire des faits sociaux, ce sont des raccourcis sociologiques ou même philosophiques par lesquels l'auteur relie, à travers le temps, les événements saillants de la législation et de la jurisprudence.

Première période (où l'on décrit une évolution qui a semblé très profonde, mais qui nous semble maintenant bien modérée, le progrès au sens radical socialiste) : Tarde, *Les transformations du droit*, 1894 ; Charmont, *La socialisation du droit*, 1903 ; *Les transformations du droit civil*, 1912 ; Dugué, *Les transformations générales du droit privé depuis le C. Nap.*, 1912 ; G. Morin, *La révolte des faits contre le C.C.*, 1920 ; *La loi et le contrat et la décadence de leur souveraineté*, 1929 ; *La révolte du droit contre le Code*, 1945.

Deuxième période (où l'on décrit une évolution plus précipitée, plus dramatique, aux alentours de la deuxième guerre mondiale ; finalement, une socialisation tranquille

du droit, plutôt qu'une révolution socialiste) : Josserand, *Evolution et actualités*, 1936 ; Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1935-1939 ; *Le déclin du droit*, 1948 ; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3 vol., 1952-1959.

Et aujourd'hui ? Cf. E. Bertrand, *L'esprit nouveau des lois civiles*, 1984, à tempérer par Oppetit, Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain (par des retours à l'archaïsme ou par des excès de modernité), *Mélanges D. Holleaux*, 1990, p. 316, et *Droit et modernité*, 1998 ; Atias, le C.C. nouveau, D. 99, chr. 200.

Et demain ? Cf. *Mélanges Terré*, 1999, *L'avenir du droit* (en ses différentes matières).

Aux interprétations évolutionnistes, que privilégient les médias, on peut faire l'objection que, jugeant sur textes (de lois ou d'arrêtés), elles s'exagèrent la profondeur des transformations décrites et méconnaissent la force d'inertie et de résistance des mœurs. Il y a certainement eu des changements. Mais ont-ils porté sur les bases ? La propriété privée des moyens de production, le contrat, la famille (toutes les familles ne sont point incertaines, ni éclatées) restent des réalités fondamentales, aujourd'hui comme en 1804.

[81] b) *La révision du C.C.* — Sous le Second Empire, la question fut agitée doctrinalement : mémoire de Batbie, professeur d'économie politique à la Faculté de Paris, à l'Académie des Sciences morales, en 1865 (dans un sens contractualiste à outrance : v. une réponse dans *R.C.*, XXVIII, p. 125, 308 ; XXIX, p. 116) ; réunions républicaines chez Jules Favre, en 1866, pour préparer une réforme en prenant pour principe l'autonomie de l'individu ; rapport introductif d'Acollas, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes, et notamment le C. Nap., au point de vue de l'idée démocratique*. — En 1904, dans le *Livre du Centenaire*, la question est abordée contradictoirement. Planiol (II, p. 955 s.) : *Inutilité d'une révision générale du C.C.* (la nature humaine, écrit-il avec son scepticisme d'historien, est telle qu'on ne peut améliorer, mais seulement remplacer des inconvénients connus par d'autres qui ne le sont pas). Mais, en sens contraire : Larnaude et Pilon (*loc. cit.*, II, p. 901 s., 935 s.). A la même époque, un rapport magistral du commercialiste Thaller à la Société d'Etudes législatives (*Bulletin* de cette société, 1904, p. 472 s.) résumait la position moyenne de l'opinion éclairée : « Il y a des angles à arrondir, des tempéraments à trouver, un certain socialisme d'Etat à infuser par doses modérées dans le corps social. » On peut se demander si ce n'est pas ce qu'a fait, mais cinquante ans plus tard, la C.R.C.C. En 1904, le ministère de la Justice avait aussi réuni une Commission extraparlamentaire (*Bull. de la Soc. d'Etudes législatives*, 1905, p. 93), mais trop nombreuse, chargée de littérateurs à la mode (Brieux, Paul Hervieu, Marcel Prévost, qui y apportaient la note nécessaire d'individualisme féministe), elle se perdit bientôt dans les sables. Sur l'épisode, v. Niort, thèse précitée, *supra*, n° 75).

La Commission de révision du C.C. (C.R.C.C.), instituée par le d. 7 juin 1945 a fourni un effort constructif considérable. Ses *Travaux* ont été publiés (1^{er} vol., 1945-1946). La Première Partie de l'Avant-Projet (*Livre préliminaire : Personnes physiques, Famille*) a été présentée au garde des Sceaux, fin 1953, avec une série d'exposés de motifs et un remarquable rapport d'étape de Julliot de La Morandière (où il se plaignait un peu, non sans raison, que la Commission n'eût reçu du pouvoir politicien

aucune orientation générale de politique législative). L'entreprise s'est poursuivie jusqu'en 1962. Si l'on se risquait à faire la critique aisée d'un art difficile, les reproches principaux porteraient sans doute sur les points suivants : l'indifférence à la forme, les trop fréquents regards jetés en arrière (vers le B.G.B., vers le radical-socialisme de l'entre-deux-guerres), et surtout la trop grande confiance faite à la « classe juridique », au monde des professionnels du droit (d'où l'engouement pour la jurisprudence et la pratique notariale, la réduction du droit au contentieux). La C.R.C.C. n'en avait pas moins proposé une foule d'améliorations de détail, dont les réformes ultérieures ont fait leur profit.

[82] c) *La V^e République*. — Pour une vue critique, v. *Droit et passion du droit sous la V^e République*, 1996, à tempérer par G. Cornu, plus optimiste, *R.T.* 96, 1033. Il n'est pas illégitime de choisir pour échantillon le *Droit de la famille*, car c'est, semble-t-il, la seule partie du C.C. pour laquelle avait été entamé un travail systématique de réforme. Et à deux reprises, en deux vagues successives, à une génération de distance. Ce qui pourrait faire croire à ceux de la seconde vague qu'ils sont les acteurs d'une nécessité de l'histoire et pourrait leur suggérer pour devise qu'à chaque génération il faut un droit. Alors qu'au contraire, si des forces naturelles éloignent l'une de l'autre les générations, la mission du droit de la famille est de les empêcher de s'éloigner trop jusqu'à ne plus se reconnaître.

1° *La vague consulaire*. Les premières années de la V^e ont parfois été qualifiées de consulaires. Plus d'un motif faisait penser à l'an VIII : un général charismatique, une constitution nouvelle, un franc nouveau, les avoués supprimés, des conseillers d'Etat pétulants... Il y avait du printemps dans l'air législatif. Cf. Une législation revisitée comme un champ de bataille, *Essais sur les lois*, 1995, p. 195. La première vague a été lancée en 1964 (réforme de la tutelle) par Jean Foyer, le Garde des sceaux de l'époque, dont le regard portait loin, et les derniers remous s'en font encore sentir (réforme du droit des successions) en 1999, sur les sables de la plage. A l'origine, il n'avait peut-être été question que de réécriture : simplifier, clarifier des articles que des lois antérieures, trop hâtives, avaient encombrés de scories. Mais, rapidement, il apparut qu'il faudrait aller beaucoup plus au fond des choses.

Sans doute, il n'a pas été touché à la structure générale du code — au point qu'on s'est efforcé acrobatiquement d'en préserver la numérotation, du moins pour des textes connus (ex. a. 312, 450, 502), ce qui a conduit à des articles vides (ex. a. 430, 431) ou démultipliés (ex. a. 220-2, qu'il conviendrait de lire, plutôt que deux cent vingt-deux, deux cent vingt *indice deux*). Cette conservation des formes, du reste, ne s'explique pas seulement par le désir de tranquilliser les praticiens. Il faut y voir une considération politique : dans une société dont le droit public avait changé de constitution dix fois en cent cinquante ans, il était bon de maintenir à la constitution civile — la véritable — cette légitimité historique qu'assure, *more britannico*, la continuité des formes.

Le fond, néanmoins, a été modifié. A ces réformes du droit de la famille, une fraction de la doctrine civiliste a imputé, soit une idéologie libertaire prononcée, soit un *sociologisme* aveugle, acceptant de calquer la législation sur une évolution permissive et pernicieuse des mœurs (cf. Atias et Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 77, chr. 251 ; Sériaux, *Droit pros.*, 88 (1), 263). La loi aurait trahi une de ses fonctions essentielles, la fonction pédagogique, laquelle consiste, sinon à dresser ou redresser les

mœurs, du moins à leur proposer un modèle. Peut-être reconnaîtra-t-on tout de même que, sur des questions où la société française était foncièrement divisée entre conservateurs et novateurs, le législateur avait tenté une fois de plus un compromis politique ; et qu'il s'était d'ailleurs proposé moins de proclamer des principes (ou des contre-principes) que de dénouer empiriquement quelques-unes des difficultés que les ménages (vrais ou faux) rencontraient dans leur vie quotidienne (cf. *Arch.*, 75, 1). Accaparés par le débat sur les institutions, les commentateurs n'ont pas prêté attention à d'autres aspects, qui pouvaient être caractéristiques, des lois nouvelles : le goût des options, des solutions diversifiées (ex. dans la l. 3 janv. 1968, l'éventail des régimes de protection de l'incapable majeur ; dans la l. 11 juin 1975, la coexistence de quatre types de divorce) ; la préférence accordée aux situations vécues sur les situations formelles (ex. le rôle de la possession d'état, dans la l. 3 janv. 1972) ; la tendance antibureaucratique (ex. l'importance attribuée par la l. 13 juin 1965 aux présomptions des a. 221-222, comme si la femme avait eu à conquérir son égalité moins sur le mari que sur les banques et le notariat). Cf. Tendances actuelles de l'art législatif en France, *Essais sur les lois*, 1995, 267.

2° *La vague de 1998* (rose, diront les uns ; rouge, les autres). — C'est, pour le droit de la famille, une réforme d'ensemble qui est annoncée. Des expertises ont été demandées, une commission instituée, qui a déposé son rapport en septembre 1999. Deux idées transparaissent : conserver au mariage sa valeur, moderniser le reste, l'adapter à des mœurs présumées nouvelles. A l'automne 1999, le résultat le plus proche se dessinait autour du *pacs* (pacte civil de solidarité, statut du concubinage, même homosexuel), dont l'initiative avait été parlementaire, mais qui avait reçu l'appui du gouvernement (cf. t. II, p. 28, 669 s.). Jusqu'où réformer ? Pour un catalogue maximal (mais sérieusement argumenté) du possible et de l'impossible, v. J. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, 1998.

d) *Vers un C.C. européen ?* — Sur la question, du point de vue européen, v. *infra*, n° 141. Du point de vue français, recherche préalable : existe-t-il une *exception* française, une singularité du droit, de la culture juridique, qui résisterait à l'intégration ? Cette singularité aurait été creusée par deux faits historiques : 1° au XVI^e s. le rejet de la Réforme, c'est là qu'Alain Peyrefitte voyait l'origine de ce qu'il appelait, dans son livre célèbre, *Le mal français* (mais, à ce compte, on remarquera que c'est le mal de tout le Sud, des pays du *Club Méd.*, comme disent dédaigneusement les Allemands) ; 2° au XVIII^e s., la Révolution française, pas seulement la Déclaration de 1789 dont on trouverait l'équivalent ailleurs (en Amérique, par ex.), mais la décennie tout entière, Terreur comprise, sans oublier le calendrier décadaire, la tentative la plus extraordinaire (et qui échoua) pour *changer* juridiquement la vie.

II. — GÉOGRAPHIE

Le principe, jacobin mais aussi consulaire, est et demeure l'unité du droit civil sur l'ensemble du territoire français, du moins du territoire de la métropole (cf. *Dr. pros.*, 92 [1], 55, Pastorel, à propos du statut de la Corse, et 73, A. Roux, normes nationales et normes locales). Par deux lois du 1^{er} juin 1924, la législation civile et commerciale de la France (de « l'Intérieur ») a été introduite tout entière dans les trois départements

d'Alsace et de Moselle. Réserve était faite, toutefois, de certaines dispositions de droit local (d'origine allemande), limitativement énumérées (v. Ortscheid, *Le bijuridisme*, *R.I.D.C.*, 90, 469). Ces exceptions subsistent, concernant notamment pour le droit civil la tutelle (ex. Civ.¹ 4 oct. 1988, *J.C.P.*, 88, 4, 373), la publicité foncière, les associations (ex. trib. adm. Strasbourg, 17 juin 1986, D. 88, 304). Un Institut du *droit local* est associé à la Faculté de droit de Strasbourg. Plus généralement, un peu partout, mais surtout à la campagne, les usages locaux (régionaux peut-être) apportent de la diversité au paysage juridique, soit que le C.C. lui-même leur ait donné délégation (cf. *infra*, n° 137), soit que les tribunaux s'y réfèrent d'eux-mêmes pour interpréter la volonté des parties dans les actes juridiques (a. 1135 ; ex. Civ.¹ 19 janv. 1982, D. 82, 589, n. Prévaux, testament de 1864 interprété selon les usages de la Corse).

La multiplicité des juridictions est, d'ailleurs, un facteur de morcellement du droit. La Cour de cassation est loin d'avoir toujours les moyens de son magistère d'unification : toutes les affaires, faute de pourvoi, ne montent pas jusqu'à elle, et elle-même, en renvoyant les questions de fait à l'appréciation souveraine des juges du fond, ouvre à la diversité un champ immense. Chaque tribunal peut ainsi avoir (du moins *in petto*) son barème de dommages-intérêts (comme en droit pénal son tarif de mois de prison), mais aussi son interprétation originale d'une règle de droit. Cependant, l'appel peut rétablir une unité. Il existe, bien connues des praticiens, des jurisprudences de cours d'appel (v. chr. Laher-Loyer, *J.C.P.*, 89, 1, 3407), et l'informatique (cf. *infra*, n° 145) appliquée, comme s'en est développée la pratique, aux décisions du ressort, permet aux juges de s'en pénétrer, ce qui renforce la cohérence et l'autorité de ces sortes de droits provinciaux. Il serait intéressant pour la sociologie juridique de rechercher si des corrélations peuvent être établies entre telle jurisprudence, telle attitude judiciaire, et les données historiques, économiques, politiques, etc., de la région considérée (cf. le « Quadrige » de *Sociologie juridique*, 1994, p. 359). Néanmoins la réalité de ces pôles autonomes de développement du droit ne doit pas nous dissimuler le poids de Paris, qui est devenu énorme, dans le système juridique de notre époque. La concentration sur Paris de notre Cour suprême et des ministères, du Tribunal et de la Cour de Paris, qui se veulent pionniers, des médias qui amplifient les messages, des sièges sociaux et des services juridiques des grandes entreprises, des journaux qui font l'événement — tout concourt à imprimer au droit français une dominante d'esprit parisien. La conséquence est que beaucoup de lois (ou même de jurisprudences) conçues en fonction de possibilités ou de difficultés propres à la capitale sont inadaptées à la province.

2 / Le droit civil français en face des systèmes juridiques étrangers

Pas plus que la France, le droit civil français n'est seul dans le monde. Il faut donc essayer de le situer par rapport aux divers *systèmes juridiques* entre lesquels la planète se partage. Mais, quand bien

même il apparaîtrait comme trop différent, trop original pour entrer dans aucun système, nous devons nous demander s'il n'a pas exercé une *influence* sur les autres ou reçu des autres une *influence*.

[83] 1 | LES PRINCIPAUX SYSTÈMES JURIDIQUES

Il est classique, en droit comparé, de regrouper les droits civils qui ont entre eux des rapports, soit de parenté historique, soit d'affinité technique, pour en former des sortes de famille : ce sont les systèmes juridiques. Il y a nécessairement une part d'arbitraire dans ces classifications : il en est, néanmoins, qui sont couramment admises. Allons du lointain au proche.

a) Il faut commencer par mettre à part les droits que l'on qualifie de *Droits orientaux*. De loin, l'Occident leur attribue une originalité profonde, quoique indéfinissable : ils n'attacheraient pas la même importance que le nôtre à l'action en justice, au contentieux, à la réalisation du droit ; la distinction du droit, des mœurs, de la morale y serait nébuleuse. C'est le droit chinois du temps des mandarins qui pourrait être le prototype de ces droits orientaux. Mais, depuis lors, Japon en tête, l'Orient s'est fortement occidentalisé. Du moins dans les textes, sinon dans la manière de les comprendre et de les appliquer.

b) *Les droits religieux*. Un droit n'est pas religieux parce qu'il est influencé par la religion (tel jusqu'en 1995 le droit de la République d'Irlande, qui excluait le divorce par respect pour l'Eglise catholique). Il ne l'est pas non plus quand il intègre des éléments religieux à ses institutions (tels les droits assez nombreux qui accordent des effets civils aux mariages confessionnels). L'essence d'un droit religieux est d'avoir sa source immédiate dans la religion, comme par antithèse l'essence d'un droit laïque est de n'avoir de source que profane. Les droits européens se sont laïcisés au XIX^e s., le C. Nap. donnant l'exemple. Mais il existe des droits religieux. Laissons de côté le droit canonique : c'est un droit religieux, car il émane de l'Eglise catholique ; cependant, sa nature propre et la fonction qu'il s'assigne dans la société font de lui aujourd'hui un cas très particulier. Dans la plénitude de la notion, un droit religieux est un droit *révélé*, donc un droit qui procède de la divinité. Dans l'Etat d'Israël, c'est un droit perçu comme révélé, puisqu'il est contenu dans la *Thora*, que les tribunaux rabbiniques appliquent au mariage et au divorce. Mais le phénomène le plus remarquable de droit révélé est représenté par le droit musulman. A l'heure actuelle,

dans la plupart des Etats islamiques, la *charia* est devenue droit positif, soit intégralement (y compris un interdit de principe contre le prêt à intérêt), soit au minimum quant au statut personnel (mariage, autorité parentale). Et en France même, à travers l'immigration maghrébine, cette explosion d'un droit religieux n'est pas sans poser des questions au droit laïque de notre C.C.

c) *Les droits socialistes*. Ce sont les droits des pays de l'Est, qu'on disait communistes (quoique aucun ne fût arrivé au stade du communisme, de l'entière communauté des biens). Ces droits étaient socialistes en ce sens que leur poutre maîtresse était la socialisation de tous les moyens de production, et en premier lieu la socialisation du sol. Le contraste était violent avec les autres droits — droits capitalistes, même quand ils n'avaient pas conscience de l'être, puisqu'ils étaient ouverts sans limite à l'appropriation privée de tout ce qui est économiquement capital. Il ne faut pas croire, toutefois, que la différence pouvait se résumer en quelques articles de plus ou de moins, pour garantir ou pour éliminer la propriété individuelle. Le droit socialiste, c'était aussi un autre paysage juridique : la formation du contrat analysée comme une discussion comptable entre deux entreprises d'Etat, les réformes législatives remontant par débats successifs le long d'une gradation d'assemblées populaires, les tribunaux de camarades, la procureure (cf. *infra*, n° 102), et aussi une certaine difficulté, pour l'étranger, d'être informé sur la façon dont ces choses-là se passaient en pratique. Dans le bloc socialiste, le droit soviétique constituait le noyau et le modèle. Tout en préservant l'indépendance formelle de leurs codes, les Etats politiquement liés à l'U.R.S.S. avaient imité son droit. Non sans rester un pas ou deux en arrière : en général, un secteur de petite propriété paysanne ou artisanale avait été maintenu au flanc de la propriété collective. Mais le mouvement politique, social (psychologique également) dit de *perestroïka* (restructuration), qui s'était déclenché à Moscou dès 1986 et aboutit à la chute du Mur de Berlin en 1989, a eu pour conséquence tout à la fois de libérer les nations voisines de leur satellisation juridique et de remettre en cause sur le territoire même de l'ancienne U.R.S.S. ce qui était au cœur du système : le refus de la propriété capitaliste (même si la propriété privée du sol n'a pas encore été formellement reconnue). Partout, l'adhésion à l'économie de marché a l'air enthousiaste. Sur le plan du droit comparé, en 1999, on ne peut qu'enregistrer l'autodissolution de la catégorie des droits socialistes.

d) *Les droits de common law*. Après des classifications qui opéraient par des critères extérieurs au droit, en voici une qui se présente

comme de pure technique juridique. C'était, pour les comparatistes d'autrefois, la *summa divisio* : d'un côté le droit anglais, se prolongeant aux Etats-Unis par héritage ; sur le bord opposé, tous les droits continentaux ; ou, pour exprimer sans géographie la même antithèse, outre-Manche la *common law*, ici les droits civils (les droits de droit civil, entendons : les enfants du *Corpus juris civilis* de Justinien). Car c'est l'histoire qui explique la division. Le droit anglais, à la différence des droits du continent, n'a pas reçu les leçons du droit romain. Il ne lui a emprunté ni ses catégories ni ses méthodes. D'esprit, il est empirique et inductif, plutôt que logique et déductif. Il répugne à poser dans un code des principes abstraits. Il préfère laisser au juge le soin de donner à chaque cas la solution la plus raisonnable, en la tirant de l'expérience du passé, de ce magma de précédents, d'usages, voire d'opinions, que l'on nomme la *common law*. On fait observer, il est vrai, que, de nos jours, le droit anglais a cessé d'être exclusivement judiciaire ; que, pour faire face à des situations nouvelles, le Parlement a été amené à légiférer de plus en plus intensément. C'est un fait, mais, pour être écrit, ce droit, dans son style, continue de porter trace de l'empirisme originel et de préférer les règles détaillées aux déclarations de principes.

e) *Droits germaniques et droits latins*. Unis tant qu'il s'agit seulement de les confronter aux droits de *common law*, ils apparaissent distincts dès que l'on a repris pied sur le continent. Dans une des deux cases, on fera tomber l'Allemagne (réunifiée par extension à l'Est du droit de l'Ouest) avec l'Autriche, la Scandinavie, la Suisse même, que les Romands ne pourront retenir. Dans l'autre, l'Italie, l'Espagne, le Portugal ; la France aussi à titre conservatoire, et la Belgique, malgré les Flamands. On hésitera devant les Pays-Bas : leur Code de 1838 les avait placés sous influence française, donc latine, mais, sans rompre, leur nouveau Code (1970-1992) les en a éloignés, au bénéfice du droit allemand. Si la ligne séparative oscille, c'est que le critère de la séparation est incertain. Le plus simple serait de prendre en compte la diversité des sources historiques : droit romain pour les droits latins, vieux fonds germain pour les droits germaniques. L'histoire, pourtant, est plus retorse que cela. Aux XIV^e-XV^e s. le *Corpus juris civilis* avait fait l'objet d'une *réception* en bloc dans le Saint-Empire ; si bien que, repêtré par les « Pandectistes » allemands, adapté par eux aux besoins modernes (*usus hodiernus pandectarum*), il fut en Allemagne, pour des parties importantes du droit, législation très vivante jusqu'au B.G.B. de 1900. A l'inverse, les grandes invasions ont durablement déposé, dans plus d'un droit latin, des éléments significatifs de droit germa-

nique (ex. la communauté de biens entre époux). Faut-il alors passer de l'histoire du droit à l'histoire des religions ? Même bridée par la Contre-Réforme, la Réforme du XVI^e s. a profondément labouré les pays germaniques. On assure parfois que c'est elle qui a imprimé à leur droit des affaires, à leur droit des contrats, ce dynamisme que les économistes savent mesurer. C'est elle, en tout cas, qui a introduit dans leur droit des personnes cette institution symbolique du divorce sur laquelle ils n'ont été rejoints que bien plus tard par les Latins. Mais peut-être faudrait-il se demander plus simplement s'il n'y a pas deux familles de droits parce qu'il y a deux familles de langues ? Notre temps a redécouvert le pouvoir des mots, et que des mêmes concepts, ils peuvent faire des concepts différents. La vérité de Babel.

[84] 2 | LES INFLUENCES RÉCIPROQUES

a) *L'influence du droit français hors de France*. — Les premières conquêtes du C. Nap. ont été des *conquêtes militaires*. Il fut automatiquement appliqué, dès sa promulgation dans l'ensemble des territoires qui constituaient la République, plus tard dans ceux qui furent annexés à l'Empire, et dont certains n'étaient nullement de culture juridique française. Les Etats satellites (ex. royaume de Naples, grand-duché de Bade) l'adoptèrent bon gré mal gré. Partout, cette introduction avait la signification d'un acte révolutionnaire, d'une subversion de l'Ancien Régime (abolition des droits féodaux, virtuellement incluse dans l'a. 544, sécularisation de l'état civil et du mariage). D'où des remous, des résistances, qui expliquent que le C. Nap. ne put toujours survivre à la chute du système napoléonien (ou du moins il lui fallut abandonner une part de ses principes, notamment la laïcité). En quelques endroits, pourtant, il réussit à se maintenir dans son intégrité (ex. Rhénanie, Bade, jusqu'en 1900 ; Belgique jusqu'à notre époque).

Au cours du XIX^e s., ce fut pacifiquement que le C. Nap. exerça son influence. Influence aux causes complexes : techniques, certes (le C. Nap. est, à cette époque, la seule codification vraiment moderne), mais aussi linguistiques (C.C. de la Louisiane, de Haïti, au début du siècle ; C.C. de la province de Québec, en 1866, non sans mélange avec des éléments fondamentalement différents, tirés du droit de l'Ancien Régime), mais aussi politiques (le libéralisme du C. Nap. le rendra sympathique aux républiques sud-américaines naissantes ; un renouveau de prestige impérial lui vaudra, sous Napoléon III, d'être écouté

en Italie, C.C. de 1865, et en Roumanie, C.C. de 1866). Au ^{xx} s., cette influence s'est estompée, par suite de la concurrence de codifications plus récentes (en particulier, C.C. allemand de 1900, C.C. suisse de 1907 ; et plus tard, à l'Est, sur un registre idéologique tout différent, Codes soviétiques).

Sous la III^e République, la colonisation avait ouvert à notre droit civil de nouveaux champs d'action, et cette action a survécu, spécialement en Afrique, à la décolonisation. Elle est surtout restée forte dans le droit des obligations ; beaucoup moins dans le droit des personnes et de la famille, où elle est en concurrence avec le fonds autochtone, coutumier ou musulman.

b) *L'influence de l'étranger sur le droit français.* — Longtemps faible (notre droit civil surtout, appuyé sur un Code symbolique, est plutôt nationaliste), elle s'est accrue avec les progrès du droit comparé. Au droit allemand ont été faits des emprunts assez nombreux : « filiation alimentaire » dans la l. 15 juin 1955 (ancien a. 342 ; les versions de 1972 et 1993 procèdent d'idées différentes) ; juge des tutelles (l. 14 déc. 1964, a. 393) ; régime de participation aux acquêts (l. 13 juill. 1965). A l'Angleterre nous devons le chèque (depuis 1865) et nous devons peut-être un jour la fiducie (le *trust*). Mais d'autres réformes (égalité entre enfants légitimes et naturels, l. 3 janv. 1972, a. 334 ; abaissement de l'âge de la majorité, l. 5 juin 1974, a. 388 ; divorce pour cause objective, l. 11 juill. 1975, a. 237) semblent s'être inspirées, fût-ce en y mettant un bémol, d'un mouvement législatif d'ensemble, mouvement de *libéralisation* qui s'était manifesté, à peu près en même temps, dans les pays anglo-américains, germaniques et scandinaves (pour ne rien dire des pays socialistes, où il était antérieur), et qui s'est ensuite étendu aux pays latins.

ÉTAT DES QUESTIONS

[85]

I. — PRINCIPAUX SYSTÈMES JURIDIQUES

B.G. — R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950 ; R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 1992. Pour le contenu des différents systèmes, institution par institution, v. Arminjon Nolde et Wolff, *Traité de droit comparé*, 3 vol., 1950-1952 (mais l'ouvrage aurait besoin d'une intense mise à jour), et l'*International Encyclopedia of Comparative Law* (ouvrage collectif et monumental). Unité, malgré tout ? L. Moccia, *Les bases culturelles du juriste européen*, *R.I.D.C.* 97, 799.

[85]

a) *Sur le droit belge moderne*, v. H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 1990 ; Dekkers, *Précis de dr. civ. belge*, 1954 ; F. Rigaux, *Les personnes*, 1971 (les ouvrages belges sont souvent directement utilisables pour l'étude d'une question de droit français). Sur des textes qui sont restés communs aux deux pays, la jurisprudence belge a souvent des positions originales, que la jurisprudence française aurait intérêt à connaître.

b) *Allemagne* : plusieurs périodes de son histoire, qui ont retenti sur le droit, demanderaient une étude attentive (cf. Droit germanique et droit français, approches comparatives de deux traditions juridiques, *R. d'hist. des fac. de droit*, 1998 [19]). Ex. : 1^o *XVI^e-XVIII^e*. La réforme luthérienne, par sa doctrine des deux règnes (cf. *supra*, n^o 55), habitua les esprits à séparer le droit de la religion, à une laïcisation progressive du droit (cf. B. Jussen, C. Koslowsky et al., *Kulturelle Reformation*, 1998 ; F. E. Schrader, *L'Allemagne avant l'Etat-nation*, 1998). Les universités (très actives, à en juger par le nombre des thèses de doctorat) secrétèrent un corps de juristes théoriciens du droit public (cf. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne*, 1998), ainsi que de praticiens, les *caméralistes*, à la fois administrateurs et économistes.

2^o *Avant et après le B.G.B.* Pour l'état actuel, v. Fromont, Rieg et al., *Introduction au droit allemand*, I (Fondements, 1977), III (*Droit privé allemand*, 1991) ; Witz, *Droit privé allemand*, I (*Actes juridiques, droits subjectifs*), 1992 ; Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, 1993. Le *Code civil* de 1900 (*bürgerliches Gesetzbuch*, B.G.B.) fit sensation, même en France, par sa supériorité technique sur le C.C. (il est plus complet, plus scientifique, mais aussi plus lourd, plus abstrait). Son esprit, individualiste et libéral dans l'ensemble, faisait de lui, cependant, une œuvre moins parfaitement adaptée au ^{xx} s. que le C. Nap. L'était au ^{XIX} s. Les juristes français se réfèrent souvent à son texte aux fins de comparaison. Il faut prendre garde, toutefois, que les textes ne sont pas tout : quoique lentement, l'interprétation et la construction juridique se sont développées depuis 1900. Joint à cela, l'importance des lois nouvelles qui ont notamment « démocratisé » le droit de la famille et adapté le droit des contrats à l'économie *sociale de marché*, véritable *logo* de la République fédérale depuis les gouvernements Adenauer-Ehrhard (le marché fait loi, mais est en dialogue constant avec les syndicats). Commentaires en usage : ex. K. Larenz, *B.G.B. Allgemeiner Teil*, 7^e éd., 1989 ; Medicus, *Bürgerliches Recht*, 15^e éd., 1991 ; O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52^e éd., 1992. Le grand traité de Staudinger continue d'être réédité par une nouvelle génération de civilistes. Dès le B.G.B., on avait remarqué — et admiré — dans le droit allemand la rigueur logique, la cohérence qui permet, à partir de principes fermes, la prévisibilité des solutions. L'influence du normativisme de Kelsen, l'action de la Cour constitutionnelle ne pouvaient que renforcer ce caractère. Bien qu'il ait été écrit à propos du droit de la filiation, le parallèle dressé par R. Frank (*R.I.D.C.*, 93, 635) éclaire le contraste très au-delà de ce secteur du droit : c'est de l'excellente ethnopsychologie juridique. On peut seulement se demander si le penchant de la Cour de Karlsruhe à penser le droit civil en termes de droits fondamentaux (cf. Pédamon, *D.* 97, chr. 110) n'est pas en train de déteindre sur une partie de la doctrine française (cf. *supra*, n^o 67, la constitutionnalisation du droit).

3^o *Le droit national-socialiste* a été, dans l'histoire du droit allemand, et même européen, un épisode bref, mais violent, et qui mérite attention. La prétention à renouveler le droit fut totale. Le C. Nap. était dénoncé comme un produit typique du libéralisme de

l'*Aufklärung*. Les traits dominants du droit nazi étaient : la prédominance conférée à l'intérêt général sur l'intérêt particulier (mais, à Rome, les XII Tables avaient déjà proclamé *Salus populi suprema lex esto*) ; le sens germanique de la communauté (*Gemeinschaft*, cf. t. I, n° 214) (tempéré, il est vrai, par le culte wagnérien du héros), d'où une exaltation de la volonté, de la fidélité, et, par contrecoup, un certain retour à l'individualisme), le racisme (aux conséquences discriminatoires dans le droit de la famille et possiblement mortelles dans le droit des personnes), la défiance à l'égard d'une légalité purement formelle. Un projet de *Volksgesetzbuch* (Code du peuple) destiné à se substituer au B.G.B. (Code « bourgeois ») était en chantier quand le système sombra. Le régime avait espéré posséder son grand philosophe du droit en la personne de Carl Schmitt (1888-1985), mais celui-ci ne devait être persuadé qu'à moitié, si l'on en croit la suite (cf. *Droits* [14], 91, 115). De Carl Schmitt, v. *Les trois types de pensée juridique*, trad. 1995, avec un remarquable portrait psychologique par D. Ségard.

c) Le droit suisse a un intérêt particulier pour nous : applicable dans les cantons romands, il nous montre la quantité d'ordre germanique qui est compatible avec l'esprit français. En la forme, il est constitué de deux Codes : le Code civil (C.C.S.) de 1907, qui contient le droit des personnes, de la famille, des incapacités, des biens : le Code des obligations (C.O.) de 1881, révisé en 1911 et 1936. Le C.C.S. fut à peu près l'œuvre d'un seul homme, le P^r Eugène Huber. Il est libéral et individualiste (des traits d'esprit patriarcal, qui correspondaient sans doute aux sentiments des cantons alémaniques, ruraux et montagnards, ont été effacés peu à peu). Il est de style populaire et non technique, le Code d'un peuple plus démocratique que d'autres. Cf. Tuor, *Le C.C.S.*, trad. fr. de Deschenaux, 1952 ; Engel, *Traité des obligations*, 1997, *Traité des contrats*, 1992, et H. Deschenaux et al., *Traité de droit privé suisse (1969-1987)*. Longtemps regardé comme le code le plus moderne — au point d'être choisi par Kemal Atatürk pour former le droit civil de la Turquie régénérée, le C.C.S. avait tout de même subi l'effet du temps. D'où un mouvement de réforme (ex. filiation, droit matrimonial, successoral, *R.T.*, 77, 665, 85, 831, 88, 221, n. Grossen ; 90, 724, n. Guilloid et Schweizer ; cf. Steinauer, *Trav. Assoc. Capitant* (XXXIX), 88, 359 s.).

d) Le droit italien est intéressant par son Code civil (C.C.It.) qui a longtemps joui d'une relative modernité technique (1942). Quoique élaboré sous le fascisme, il ne portait que de faibles traces (éliminées depuis) de cette idéologie. Et il avait accueilli, en les latinisant, beaucoup de nouveautés germaniques, surtout dans le domaine des contrats et obligations, ce qui a pu justifier l'idée de la prendre comme base de travail pour la problématique élaboration d'une codification européenne de cette matière (v. Gandolfi, *R.T.*, 92, 707, et sur le colloque organisé à Pavie à cette fin depuis 1990, P. Stein et al., *Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti*, Milan, 1993). La doctrine italienne, très remueuse de théories, offre également un grand intérêt. V. Mario Rotondi, *Istituzioni di diritto privato*, 8^e éd., 1965. — A partir de 1970 (introduction du divorce), l'Italie a procédé à des réformes très profondes (et très approfondies) du droit de la famille (cf. G. Brulliard, *R.I.D.C.*, 1975, 645) ; l'esprit du droit italien s'en trouve fondamentalement modifié. V. F. Galgano, *Diritto privato*, 1990 ; D. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, 1993 ; A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, 1990 ; M. Sesta, *Per i cinquant'anni del Codice civile*, 1994.

e) Le droit canonique a, pour les fidèles de l'Eglise catholique, valeur de droit obligatoire, même s'il ne dispose pas de l'appui d'une contrainte étatique. Le droit divin

(l'Ecriture, et la Tradition) figure parmi ses sources médiates, mais sa source immédiate est l'autorité ecclésiastique compétente (le pape et les conciles). Sur son histoire, v. J. Gaudemet, *Eglise et Cité, histoire du droit canonique*, 1992. Gabriel Le Bras s'est interrogé sur *L'originalité du droit canon* (*Études Julliot de La Morandière*, 1964, 265) : supranaturel par sa mission (conduire les âmes au salut), pouvait-il être un véritable droit ? D'autres auteurs lui attribuent du moins une place à part, entre l'ordre juridique et la finalité pastorale (un signe de cette nature serait le recours fréquent à l'*aequitas canonica*, *epikie*, mais les droits laïcs, aujourd'hui, sont eux aussi ouverts à l'équité, cf. *supra*). Objectivement, cependant, le droit canon présente beaucoup des caractères du droit (cf. *R.I.D.C.*, 88, 491) : sa compétence se limite aux actes extérieurs, en contraste avec la théologie morale ; il comporte des sanctions (peines canoniques) et des tribunaux (officialités). Le droit canonique avait été codifié en 1917. Sur ce *Codex juris canonici* (texte en latin, divisé en canons, au lieu d'articles), v. Naz, Clercq et Lefebvre, *Traité de droit canonique*. Cf. L. de Naurois, ensemble d'études in *L'Année canonique*, 1982 (XXVI). Un nouveau Code a été promulgué en 1983. Son latin aurait pu être plus élégant. Sur le fond, a dit le pape Jean-Paul II en le promulguant, c'est « l'ecclésiologie de Vatican II mise en discours canonistique ». Ce qui se traduit par des atténuations des fonctions anciennes (ex. le droit canonique ne prétend plus régir tous les baptisés, mais seulement ceux qui l'ont été dans l'Eglise romaine). Par contre, sur bien des points (ex. célibat ecclésiastique, divorce, mariages mixtes), le texte reste conservateur, peut-être en retrait sur le Concile : d'où une déception chez les catholiques les plus progressistes. V. une série d'articles, *L'Année canonique*, 1984 (XXVIII), et les *Actes* du Colloque du Centenaire (1995) de la Fac. de dr. canonique, 1996. Pour une vue d'ensemble, Valdrini et al., *Droit canonique*, 1999 ; Sériaux, *Droit canonique*, 1996.

f) Sur le droit soviétique, dont l'importance historique demeure : R. David et J. Hazard, *Introduction à l'étude du droit soviétique*, 2 vol., 1954 ; Hazard, *The Soviet Legal System*, New York, 1971 ; Sadikov, *Soviet Civil Law*, Londres, 1988. Sur la situation après *Perestroïka*, Lesage, Les problèmes du système juridique soviétique vus par un juriste français, *R.I.D.C.*, 1989, 89 s. Cf. sur les principes généraux du droit civil dans la Chine (communiste), v. *R.I.D.C.*, 89, 125, et 94, 7.

g) Sur le droit anglais, malaisé d'accès par l'ampleur de ses sources judiciaires, ainsi que par sa technique déroutante pour le juriste du Continent, v. David, Guttridge, Wortley, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948 ; David, *Le droit anglais* (« Que sais-je ? »), 1982, Jolowicz et Tunc, *Droit anglais*, 1992, et les ouvrages (concis) de la *Clarendon Law Series*, notamment, Hart, *The Concept of Law*, Lawson et Rudden, *The Law of Property*, ainsi que D. Walker, *The Oxford Companion to Law* (en forme de dictionnaire), 1980. Peut-être le droit privé anglais est-il, d'ailleurs, en train de se « continentaliser » (multiplication des lois ; imitation d'institutions étrangères depuis trente ans, spécialement dans le droit de la famille ; moindre rôle de la procédure ; cf. H. P. Glenn, *R.I.D.C.*, 93, 559). Pour l'Ecosse, v. H. David, *Introduction à l'étude du droit écossais*, 1972. — Le droit civil des Etats-Unis a avec celui de l'Angleterre une parenté de technique et de fond (de *common law*). La multiplicité des législations d'Etats et des sources jurisprudentielles le rend, néanmoins, plus malaisé encore à pénétrer. V. E. A. Farnsworth, *Introduction au système juridique des Etats-Unis*, trad. 1986 ; A. Levasseur, *Droit des Etats-Unis*, 1994. Intéressante à suivre, la réaction des juristes américains aux notions de loi et de codi-

fication, telles qu'ils les aperçurent, sous la Révolution et l'Empire, dans le miroir du droit français (cf. Harman, *R.I.D.C.*, 95, 707). Séduits d'abord, ils se montrèrent allergiques par la suite (1865-1910), c'est l'époque où le grand juge Holmes professait que « les solutions générales ne résolvent pas les cas particuliers ». Cependant, l'idée de codification a retrouvé grâce : le commerce a créé un besoin d'unité. Ainsi est né un *United States Uniform Commercial Code*. On pourrait, d'ailleurs, se demander si, plus que les différences formelles, ce n'est pas l'esprit d'une pratique contractuelle et activiste qui éloigne de nos habitudes (routines ?) juridiques le droit américain (en ce sens, L. Cohen-Tanugi, *Le Droit sans l'Etat*, 1985, un livre très vif). Mais, en revanche, vraie ou fausse, plane sur les mœurs juridiques de là-bas l'image d'une processivité à n'en plus finir, d'un pays où les avocats peuvent mettre leurs clients sur la paille.

h) Le Québec était régi depuis 1865 par un Code civil dit du *Bas-Canada*, où se conjuguèrent plusieurs influences : la Coutume de Paris qui était antérieurement le droit de la province, le Code Napoléon, le catholicisme. Après une préparation approfondie, marquée par un large appel au droit comparé, il s'est donné un nouveau Code, de facture et de philosophie très modernes (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 ; cf. R. Cabrillac, *D.* 93, chr., 267).

i) Plus ou moins bien compris par nos médias, le « modèle suédois » (notamment dans le droit de la famille) n'a pas peu contribué à exciter les Français *pro* et *contra* ; mais v. S. Strömholm, *An Introduction to Swedish Law*, 1988, spéc. p. 43, modération à méditer.

j) Sur le droit musulman, cf. N. Coulson, *Histoire du dr. islamique*, 1995 ; G. H. Bousquet, *Le droit musulman*, 1963 ; Milliot et Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2^e éd., 1987 ; Chehata, *Droit musulman*, 1970 ; *Etudes de droit musulman*, Travaux et recherches Fac. droit Paris, 2 vol., 1971-1973 ; El-Shakankiri, *R.I.D.C.*, 1981, 767 ; B. Durand, *Droit musulman*, 1991 ; Blanc, *Le dr. musul.*, 1995 ; J. Schacht, *Introduction au droit musulman*, trad. fr., 1983. On pourrait penser que le droit musulman se sépare irréductiblement des droits des pays chrétiens, en ce qu'il est un droit *révélé* (ce que le droit canonique lui-même ne prétend être à aucun degré). Toutefois, un système juridique chrétien où la Bible serait directement une source du droit ne serait nullement inconcevable (v. *supra*, n° 55). Seulement, même en ce cas, le droit chrétien révélé serait différent dans son essence du droit musulman révélé, comme la révélation biblique l'est de la révélation coranique : il ne s'agirait pas d'une parole incréée, descendue sur terre et enfermée une fois pour toutes dans un livre, mais d'un esprit, d'une volonté, d'un amour présents et en action à travers un livre. Toujours est-il qu'à l'heure actuelle, l'immigration maghrébine crée des occasions de *clash* entre droit français et droit musulman (ex. E. Rude-Antoine, *Le mariage maghrébin en France*, 1990 ; et al., *L'immigration face aux lois de la République*, 1993). Cf. J. Costa-Lascoux, *De l'immigré au citoyen*, 1989 ; F. Dekeuwer-Defossez et al., *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Univ. Lille II, 1993 ; Alain Boyer, *L'Islam en France*, 1998. Une acculturation du droit maghrébin de la famille sera-t-elle possible un jour ? V. S. Jahel, *R.I.D.C.*, 94, 31 ; Schlich, *R.I.D.C.*, 97, 813. Plus précisément, la répudiation (unilatérale, à la disposition du seul mari, qui a été jugée incompatible avec l'ordre public français, Civ.¹ 16 juill. 1992, *Bull.*, n° 229) est-elle susceptible d'une accommodation ? V. Yakov Meron, *R.I.D.C.*, 95, 921.

k) Le Japon s'est donné, dès 1898, un code civil d'inspiration occidentale. Au cours des travaux préparatoires, du reste, l'influence française avait reculé devant l'influence allemande. V. Y. Noda, *Introduction au droit japonais*, Paris, 1966, spécialement, p. 21 s. ; D. T. C. Wang, *Les sources du droit japonais*, 1978, Y. Okubo, G. Boissonade, père français du droit japonais moderne (1825-1910), *R.H.D.*, 86, 29, et *R.I.D.C.*, 1991, 389. Même aujourd'hui, on ne peut assurer que cette greffe du droit occidental, phénomène d'acculturation juridique, ait réussi à cent pour cent (v. Kitamura, *Psychanalyse de l'homme juridique au Japon*, *R.I.D.C.*, 87, 791, -et cf. sur l'ineffectivité des décisions de justice, *Travaux de l'Assoc. H. Capitant* (XXXVI), 1985, p. 135). Les mœurs sont là (cf. T. Matsukawa, *La famille et le droit au Japon*, 1991). Entre les deux droits, en tout cas, la comparaison requiert beaucoup de doigté. Pour la méthode, utiles conseils chez Kitamura et al., *R.I.D.C.*, 95, 861-882.

II. — LE SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS

[86] a) Sur l'influence exercée par lui, v. P. Coste-Floret, *Le C.C. et les codifications étrangères*, Trav. de la C.R.C.C., 1945-1946, p. 34 s., qui en marquait bien les limites ; cf. La circulation du modèle juridique français, *Trav. Assoc. Capitant* (XLIV), 1993 (recherche des influences par aire géographique) ; *R. hist. Fac. de dr.* (15), 1994 (outre-mer et étranger). L'influence de doctrine à doctrine a été indéniable dans les pays culturellement ou politiquement liés à la France (ex. franco-roumain, Eminescu, *R.I.D.C.*, 89, 737). Mais deux observations :

1° L'influence du C. Nap. hors de France a peut-être été décrite en termes trop idylliques du côté français. Dans des pays socialement très différents, où ses institutions furent pour ainsi dire plaquées, sans racines dans les couches populaires, il n'a pas toujours eu de bons résultats (ex. la Roumanie du XIX^e s., Dissescu, *Livre du Centenaire du C.C.*, II, p. 860 s. : notre droit successoral individualiste fut la ruine des communautés familiales traditionnelles ; Haïti, où le C.C. d'inspiration française est resté largement ignoré en dehors des villes, J. Despeignes, *Le droit informel à Haïti*, Th., Paris, 1973) ; Vieux, *Le plaçage, droit coutumier et famille en Haïti*, 1989.

2° Il ne faut pas confondre, en effet, l'influence du C. Nap. sur les législateurs étrangers, l'imitation qu'il a pu susciter de texte à texte dans le microcosme des gouvernants et des juristes, avec son impact proprement sociologique, sa pénétration réelle dans la société (cf. D. 1975, chr., 171). Plus spécialement, sur les résistances allemandes, v. E. Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, 1974. Toute réception d'un droit importé suscite, du reste, des difficultés dans le milieu national ; cf. Papachristos, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Th., Paris, 1975 ; J. Gaudemet, *Les transferts de droit*, *A.S.*, 76, 29 s. ; Rodière, *Les migrations de systèmes juridiques*, *Mélanges Marty*, 1978, 947 s.

[87] b) *Place du droit français dans les familles de droit.* — Géographiquement, il est amarré à l'Occident et, dans l'Occident, au continent. On peut aussi le créditer, à vue de pays, de plusieurs traits négatifs : ce n'est ni un droit religieux, ni un droit socialiste ; il n'appartient ni à la *common law*, ni aux droits germaniques. Positivement, ce pourrait bien être un droit de la famille latine. Mais, à y regarder de plus près, des traits d'originalité apparaissent çà et là, qui brouillent les classifications.

1° A la fin du XIX^e siècle encore, notre droit civil, tout entier enfermé dans un code, s'opposait de manière éclatante au droit judiciaire des Anglais : la France — comme tout le continent, du reste — était un pays de légalité, de droit écrit. Depuis lors, explique-t-on couramment, l'opposition s'est estompée : non pas tant parce que l'Angleterre s'est mise à faire des lois, mais parce que les juges français se sont mis à faire du droit judiciaire. Il n'y a pas eu, pour autant, métissage. La jurisprudence de chez nous reste une technique tout autre que le *précédent* d'outre-Manche. Et surtout, psychologiquement, un droit judiciaire fonctionnant sous pression, pour répondre chaque année à des centaines de milliers de demandes, ne se laissera jamais comparer à des décisions discutées et méditées à loisir par quelques *gentlemen* d'un certain âge. Il est des différences de degré qui valent des différences de nature. L'hypertrophie jurisprudentielle pourrait bien être une particularité de la France.

2° Notre droit civil est un droit capitaliste, puisque, dans un de ses textes fondamentaux, l'a. 544, il affirme la possibilité d'une appropriation privée sans en exclure les choses qui ont nature économique de capital. Mais, dit-on, depuis les grandes guerres, surtout la seconde, des doses de socialisme lui ont été injectées : nationalisations, contrôle des prix, planification — que des épisodes de retour au libéralisme, des mouvements de « déréglementation » n'ont pas réussi à éliminer. Nous avons ainsi, pour une économie mixte, un droit hybride. Mais non pas hybride entre l'Ouest et l'Est, car ses emprunts apparents au socialisme scientifique ont rejoint, jusqu'à se fondre avec elle, une tradition nationale d'interventionnisme protecteur. Notre droit civil est ainsi hérissé de statuts catégoriels, de privilèges, d'obstacles à la fluidité des contrats, d'incrustations dans les lieux. Ce sont plutôt des traces d'esprit médiéval ou colbertiste que des anticipations de socialisme. Dans la famille capitaliste, il y a une singularité française.

3° Il fut une époque où la plupart des droits latins — au fond, droits des pays très majoritairement catholiques — repoussaient l'institution du divorce, et même, corrélativement, celle d'un mariage exclusivement civil. La France les acceptait, ce qui justifiait l'hypothèse d'un groupe français, unissant France et Belgique et faisant bande à part de la famille latine. C'était la suite d'une Révolution, nommément française, qui avait eu le temps de produire une législation révolutionnaire, dont des fragments ou symboles avaient persisté à travers le Code Napoléon. Mais, depuis lors, les autres droits latins se sont ouverts aux institutions jadis repoussées. La famille latine n'est-elle pas désormais réunifiée ? Ce serait négliger le poids de l'histoire. Une institution n'a pas le même sens quand elle a été introduite à l'arraché, au prix d'une tragédie historique, ou quand elle l'a été parlementairement, fût-ce sur une opinion divisée, au terme d'une réflexion de sociologie et de droit comparé. Le droit français reste, sans doute, le moins latin des droits latins.

Il faut citer ici, car c'est un modèle de méthode, une recherche de droit comparé au second degré (Assier-Andrieu, Commaille *et al.*, *Politique des lois en Europe*, 1995), menée non pas sur les lois elles-mêmes, mais sur les facteurs politiques ou juridiques qui les ont déterminées. Le thème était donné par les lois qui, en divers pays d'Europe continentale (tous des latins, sous la réserve qu'appelle la Belgique), ont réformé le droit de la filiation au cours de notre dernier tiers du siècle. Il n'était pas inattendu que, sur ce thème, une homogénéisation des mœurs, perceptible même à l'observateur étranger, ait entraîné un parallélisme des mouvements législatifs. Le rapprochement, néanmoins, n'efface pas les originalités nationales (en particulier, p. 129, la singularité que la France tient de son histoire).

Chapitre II

[88]

LES INSTITUTIONS JUDICIAIRES FRANÇAISES

De même que les jugements sont un élément nécessaire du système juridique à côté des règles de droit, le droit civil, tel qu'il vient d'être décrit, nécessite, pour son accomplissement pratique, des institutions judiciaires — disons plus largement des mécanismes propres à éteindre, voire à prévenir, les contestations, les disputes que peut susciter cet accomplissement. Juger, rendre la justice, dire ce qui est juste entre deux individus qui affirment sur ce point des opinions contradictoires, c'est une fonction de l'Etat qui est essentielle, puisqu'elle tend à rétablir la paix qui a été troublée. Aussi existe-t-il un *service public de justice*. Mais ce n'est pas un monopole absolu. A côté de la justice d'Etat fonctionnent des *modes* informels non juridictionnels, *de résolution des conflits*. Toutefois, comme ils ne peuvent intervenir dans le conflit, en tout cas le résoudre qu'avec l'accord des deux litigants, alors que le service public, lui, aurait le pouvoir de s'imposer, on ne saurait les regarder que comme des *modes secondaires*.

► Le service public de justice

Il se subdivise en plusieurs branches, qui n'intéressent pas toutes également le droit civil.

Il faut commencer par éliminer du tableau les juridictions de l'ordre administratif : les 27 *tribunaux administratifs* de la France métropolitaine, les 5 *cours administratives d'appel* (l. 87-1127 du 31 déc. 1987, d. 17 mars 1992) et, juridiction supérieure qui siège à Paris, le *Conseil d'Etat*, statuant au contentieux.

A l'ordre administratif s'oppose l'ordre judiciaire, avec une subdivision entre le *pénal* et le *civil*. Le pénal, c'est l'ensemble des juridictions

répressives : tribunaux de police, tribunaux correctionnels et cours d'assises. Ces juridictions ont un rôle très particulier, qui est d'infliger des peines aux individus coupables d'infractions à la loi pénale (respectivement : contraventions, délits, crimes) — et aussi, sans doute, d'innocenter les individus accusés à tort. Elles touchent aux juridictions civiles par une certaine communauté d'organes et de personnel : le juge de police est en même temps juge du tribunal d'instance dans l'ordre civil, et le tribunal correctionnel tribunal de grande instance ; les cours d'appel sont juridictions d'appel à l'égard des tribunaux correctionnels comme des tribunaux civils. En outre, des intérêts civils sont souvent débattus devant les juridictions répressives, car le particulier à qui un dommage a été causé par une infraction pénale peut, pour en obtenir réparation (sous forme d'indemnité pécuniaire : dommages-intérêts), s'adresser au même tribunal qui doit statuer sur l'application d'une peine au coupable ; il se portera *partie civile* devant le tribunal répressif.

Sous réserve de ces recoupements, nous n'avons à nous occuper de l'ordre judiciaire que dans sa branche *civile*. Les juridictions civiles connaissent essentiellement des litiges entre particuliers, ce qui correspond à la matière propre du droit privé. L'originalité de leur fonction est d'interposer entre les *parties* en conflit un tiers (juge, tribunal) qui leur est étranger, qui est *impartial*. Il fera cesser l'affrontement en faisant pencher le combat d'un côté ou de l'autre, ou en imposant une tierce solution. Seul ce passage de la *dyade* à la *triade* — traduit-on quelquefois — permet de donner une solution aux conflits.

Le service public de justice se fait reconnaître entre tous par la forme des actes juridiques, des décisions dans lesquelles s'exprime l'essentiel de son activité : les *jugements*. Dans un sens large, les jugements, ce sont toutes les décisions de justice. Mais, dans une terminologie plus technique, les noms se sont spécialisés suivant les juridictions : le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance rendent des *jugements* au sens strict (pour les anciens juges de paix, on préférerait même parler de *sentences*) ; la cour d'appel et la Cour de cassation rendent des *arrêts* (pour un temps ou pour toujours le cours du litige est comme *arrêté*) ; enfin, du président ou d'un juge du tribunal de grande instance, quand il est appelé en certains cas à juger seul, on dit qu'il rend des *ordonnances*.

A l'opposé d'autres services publics, la justice n'est pas gratuite pour les usagers. Y recourir impose des dépenses, *dépens* (a. 695 C. Pr. C.) qui seront, par le jugement, mis à la charge de la partie perdante (a. 696), ce qui souligne dans le procès l'aspect de combat (vic-

toire/défaite). Il est, néanmoins, des *frais* qui ne sont pas compris dans les dépens et qui peuvent rester à la charge du gagnant (a. 700). Mais c'est surtout la nécessité de faire l'avance des dépens qui peut dissuader les plus démunis d'exercer leurs droits en justice. Pour eux est instituée l'*aide juridique* (l. 10 juill. 1991). Elle comporte deux volets : l'aide à agir en justice (l'ancienne « assistance judiciaire ») qui dispense de l'avance des fonds, et l'accès au droit (l'aide à s'informer du droit ; chacun est censé le connaître, cf. *infra*, n° 125, mais a besoin d'y être aidé). On peut aussi s'assurer à titre privé (et onéreux) contre le risque de litiges ou même de simples contestations : c'est l'assurance de protection juridique (C. Ass. a. L. 127-1 s.).

► *Les modes alternatifs de résolution des conflits*

Sous cette appellation on réunit couramment plusieurs mécanismes différents les uns des autres, mais dont chacun se sépare par quelque trait du modèle de la justice d'Etat.

a) *La transaction*. — C'est le mode de résolution qui s'éloigne le plus du modèle, car il fait l'économie du passage à la triade : il ne comporte pas le recours à un tiers départiteur. Les deux parties s'accordent directement entre elles (d'ordinaire, en se faisant mutuellement des concessions). C'est un contrat (a. 2044 s.), licite là où ne sont en jeu que des intérêts pécuniaires. Les textes (a. 2048 s., surtout a. 2052) mettent en relief une certaine parenté d'effets avec le jugement. Si la transaction se noue en cours d'instance, force exécutoire lui sera conférée très simplement par le président saisi sur requête (a. 1441-4, d. 28 déc. 1998). Elle garde sa nature de contrat malgré cette intervention du juge.

b) *La conciliation*. — Apparaît l'intervention d'un tiers. En principe, c'est à l'un des juges qui seraient compétents pour juger le litige qu'est confiée la mission de conciliation. La l. 8 févr. 1995 sur l'organisation des juridictions, a. 21-1° et le décret d'application 96-652 du 22 juill. 1996 (a. 831-1 s. C. Pr. C.) prévoient, cependant, qu'en toutes matières (sauf divorce et séparation de corps), le juge peut se décharger de cette mission sur une tierce personne. Dans cette perspective, ont été établies des listes de *conciliateurs* bénévoles (sur leur recrutement, v. d. 20 mars 1978), devenus *conciliateurs de justice* par d. 13 déc. 1996. Le conciliateur ne juge pas : par des conseils de modération qu'appuie son autorité morale, il essaie d'amener les parties à se concilier elles-mêmes, soit qu'il exhorte l'une à abandonner ses pré-

tentions, soit qu'il suggère à toutes deux de se faire mutuellement des concessions.

Le législateur a surtout envisagé la conciliation au seuil du procès, dans un rôle préventif, mais elle reste possible à tous les moments de l'instance (a. 21, 127 s. C. Pr. C.). En principe, et notamment devant le tribunal de grande instance, la tentative de conciliation est facultative : la proposition que leur en fait le juge doit être acceptée par les deux plaideurs. Ce n'est qu'exceptionnellement que la conciliation a été organisée en une procédure distincte, obligatoire pour les parties. Il en est ainsi en matière prud'homale (a. L. 511-1 C. Tr.) et, quant au droit civil, pour certains cas de divorce (a. 251 s. C.C. ; cf. t. II, n° 146 ; la conciliation s'attachant là, du reste, plutôt qu'à résoudre un différend, à restaurer un minimum d'entente, sinon d'amour). Dans les affaires relevant de la compétence du tribunal d'instance, un préliminaire de conciliation a beau être de droit (a. 830 s. C. Pr. C.), le demandeur peut sauter par-dessus en formant une assignation à toutes fins (a. 836 s.), à fin de conciliation et, à défaut, à fin de jugement immédiat. Au demeurant, lors même que la conciliation est obligatoire, il va de soi que seule est imposée une présence physique, nullement une disposition morale à s'accommoder. Il n'y a jamais de conciliation, éteignant en tout ou partie le litige, que par l'accord de l'un et de l'autre litigant. Seulement, cet accord sera constaté dans le procès-verbal du juge, dont les extraits vaudront titre exécutoire, avantage que n'aurait pas procuré un contrat de transaction sous seing privé.

c) *La médiation*. — L'institution vient du droit international public où elle désigne l'intervention d'une puissance neutre entre deux nations belligérantes en vue de ramener la paix. Non sans analogie, l'expression a été reprise par le C. Tr. (a. L. 524-1 s.) pour désigner, à mi-chemin entre la conciliation et l'arbitrage, une procédure de règlement des conflits collectifs du travail (grèves) entre syndicats de salariés et employeurs. Partant de ces exemples, la loi précitée du 8 février 1995, a. 21-2°, a introduit la médiation partout où la conciliation était déjà admise, et le décret d'application du 22 juillet 1996 a ouvert pour elle un titre distinct au C. Pr. C. (a. 131-1 s.). A lire rapidement ces textes, la différence entre conciliation et médiation ne paraît pas très nette. Nous voyons qu'en contraste avec le juge conciliateur, les médiateurs, qui peuvent être des personnes physiques (qualifiées, a. 131-5) ou des associations, sont rémunérés et disposent de pouvoirs plus larges. Mais cela ne touche pas la nature de leur action. Peut-être le signe diacritique se cache-t-il dans l'a. 131-1 : la médiation doit permettre aux litigants de *trouver une solution* au

conflit qui les oppose. C'est bien cela une solution à inventer, originale, pas simplement une cote bien ou mal taillée entre les demandes antérieures. C'est l'esprit dynamique de la médiation : le médiateur s'efforce de dépasser les prétentions adverses en fédérant les adversaires autour d'un projet commun. Dans les conflits du divorce et de l'après-divorce, terrain d'élection de la méthode, le projet se dessine de lui-même autour des enfants, de leur éducation et de leur avenir. Dans un litige commercial, le projet pourra se construire autour d'une perspective de développement concerté, de partenariat, auquel pourront être éventuellement associés des tiers, des collectivités locales, des organisations économiques. Le recours à un médiateur est, néanmoins, comme pour le conciliateur, subordonné à l'accord des parties. Et si un accord intervient, il n'aura force exécutoire que par l'homologation du juge (a. 25).

d) *L'arbitrage*. — L'institution ressemble à la justice d'Etat en ce qu'elle suppose l'intervention d'un tiers entre les parties et attend de lui qu'il juge, non qu'il concilie. Mais elle s'en sépare en ce que ce tiers, l'arbitre, se place, par définition, quand il juge, en dehors du service public, lors même qu'il en serait personnellement issu. Une autre différence, qui n'est que facultative, concerne les sources de la décision (a. 1474 C. Pr. C.) : si, en principe, l'arbitre doit statuer selon les règles de droit, il est affranchi de cette obligation lorsqu'il a reçu mission de statuer comme *amiable compositeur* ; auquel cas il pourra se référer à l'équité ou à la morale (celle des axiomes ou celle de la discussion ; cf. *supra*, n°s 11, 18), ou encore appliquer un droit étranger, voire (s'il a de l'ancienneté) sa propre jurisprudence. Le recours à l'arbitrage postule l'accord des deux litigants, une convention. Deux modalités sont concevables : 1° *le compromis* (a. 2059 s.), qui suppose un différend déjà né : il est possible, en droit civil, sur toutes les matières qui ne sont pas d'ordre public (a. 2060 ; cf. a. 6) ; 2° *la clause compromissoire*, qui est insérée d'avance dans un contrat quelconque pour les litiges qui pourraient éventuellement surgir dans l'exécution de ce contrat. Réputée dangereuse parce qu'elle est une renonciation anticipée à la justice d'Etat, la clause compromissoire, permise dans les contrats commerciaux (a. 631, *in fine*, C. Com.), est nulle en matière civile (a. 2061). Quoique n'étant pas une justice d'Etat, l'arbitrage reste toujours, d'ailleurs, sous contrôle étatique : les jugements arbitraux n'acquièrent force exécutoire que par *l'exequatur* d'un juge d'Etat, et ils sont sujets à appel devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.

[89] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — X. Bioy, L'institution judiciaire entre autorité constitutionnelle et service public, *Annales Univ. Toulouse*, 98, 311.

SOCIOLOGIE

a) *Figures de juges*. — Sur un temps long, certains distinguent : le juge magique (par divination, ordales), le juge charismatique (le cadi de Max Weber), le juge logique (opérant par syllogisme dans un système de légalité ; cf. *supra*, n° 8). Autre distinction, en se concentrant sur notre propre temps : juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur (Ost, in Ph. Gérard et al., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, 1983). Mais ce qui est toujours nécessaire, c'est l'intervention entre les parties d'un être humain impartial. Pour le philosophe, Kojève (*Esquisse d'une phénoménologie du droit*, 1981, 25), ce serait même de la présence de ce tiers désintéressé que naîtrait le droit. Aurait-on, cependant, besoin d'un juge s'il n'y avait pas déjà eu le droit pour se disputer ?

b) *Le rituel judiciaire* (la robe du magistrat, la disposition de la salle d'audience, la solennité du langage, etc.), n'est pas simple affaire de folklore ou de caricature : la gravité qui est de l'essence du droit y est impliquée. V. l'étude approfondie d'un homme du sérail, A. Garapon, *Bien juger*, 1997, qui montre comment ce rituel, à la recherche du bien (la mise à distance de la violence), peut aboutir à un mal (la mise à l'écart du citoyen).

c) *La justice informelle*. — C'est une passion de cette fin de siècle : v. Vincent et al., *La justice et ses institutions*, 4^e éd., n°s 607 s. ; Cornu-Foyer, *Proc. civ.*, n°s 8-9). Ce sont des phénomènes populaires qui ont d'abord été visés sous le concept de *justice informelle*, tel que venu d'Amérique (R. Abel, *The Politics of Informal Justice*, 2 vol., New York, 1982 ; Russell Smith et al., *Why People go to Law*, Oxford University, 1991, bientôt acclimaté en France (citons le rôle pionnier de Bonaffé-Schmitt, *Droit et Société*, 1987 [6], 263 et in *Droit négocié, droit imposé ?*, Fac. Univ. Saint-Louis, Bruxelles, 1996, 419 ; Bonaffé-Schmitt et al., *Les justices du quotidien, les modes formels et informels de règlement des petits litiges*, Lyon II, 1986 ; cf. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Th. Paris II [ronéo], 1977). Les Etats-Unis connaissent ainsi des « justices de voisinage », comme l'U.R.S.S. avait eu des « tribunaux de camarades » : une petite communauté, très chaude, secrète son propre mode de règlement des litiges, c'est une autogestion de la justice. Dans la même sensibilité, notre Révolution avait fait intervenir, quitte à déchanter (v. cep. Commaille, Halpérin, in *La famille, la loi, l'Etat*, 1989, 274, 292), des « tribunaux de famille » (de parents et alliés) dans les conflits entre époux ou entre père et enfant. La sociologie américaine, qui a poussé assez avant l'étude de tous les modes alternatifs de résolution des conflits, en a proposé une variante active, visiblement inspirée de la méthode des *psychodrames*, que Moreno (1892-1974), en son temps, avait mis à la mode (cf. le « Quadrige » de *Sociologie juridique*, p. 222) : il est demandé aux litigants de vivre eux-mêmes leur diffé-

rend dans un procès en réduction (*mini-trial*) ; l'attente est qu'ils se purgeront peu à peu de leur agressivité et finiront par se retrouver dans la position d'indifférence de deux avocats, entre lesquels une transaction s'est dessinée d'elle-même.

d) *L'intervention de l'Etat*. — Un minimum d'intervention était utile pour délimiter aux modes alternatifs leur espace naturel, pour établir des passerelles de retour vers la justice formelle (une voie de recours ? un procédé d'exécution des sentences ?). Mais autre chose était d'intégrer la conciliation et la médiation au système judiciaire. Tout en continuant à en recruter les agents hors des professions juridiques, ne fallait-il pas contrôler ce recrutement, plutôt que de l'abandonner à une sécrétion spontanée du milieu ? Le risque était alors de faire perdre leur âme populaire aux modes *alternatifs*. Cette conception centralisatrice a, pourtant, été perceptible dès l'ébauche qui révéla un intérêt du Pouvoir pour un renouveau de la conciliation, le d. 20 mars 1978, instituant des conciliateurs (cf. Bornet, *J.C.P.*, 79, 1, 2949, et N. Bonnard-Pontay, in *Les conciliateurs, la conciliation*, étude comparative, 1983). Il semble que le succès de l'institution ait été ballotté entre le réflexe corporatiste des magistrats et la défiance des usagers, les uns soupçonnant une concurrence au rabais, les autres préférant à tout prendre avoir affaire à des fonctionnaires enveloppés de l'anonymat de l'Etat plutôt qu'à des notables paternalistes.

Là-dessus, la l. 8 février 1995 et le d. 22 juillet 1996 se sont lancés avec éclat dans la promotion de la médiation. Une ambiguïté, néanmoins, persistait sur l'intention : ne s'agissait-il pas, surtout, de faire face à une pénurie de magistrats professionnels, en dérivant une partie du flot contentieux vers des particuliers de bonne volonté ? A défaut de réconcilier sincèrement les adversaires, ils s'en débarrasseraient par une justice salomonienne qui se bornerait à partager par moitié les enjeux du conflit. Si la réforme de 1995 a certainement séparé la médiation française de la justice informelle à l'américaine, elle n'a pas encore réussi à lui tailler une place à part dans le système judiciaire auquel elle l'a intégrée (cf. *infra*, Théorie juridique). A noter que son idéal s'est retrouvé sous des applications particulières : médiateurs du cinéma (d. 83-86 du 9 févr. 1983), commissions départementales de conciliation (pour exercer une pression modératrice sur les bailleurs, l. 6 juin 1989, a. 20). Le médiateur médical a disparu sans avoir agi (le d. 15 mai 1981 ayant été annulé par le Conseil d'Etat, 31 mai 1989, *J.C.P.* 89, 4, 288).

L'intervention de l'Etat se manifeste encore par l'organisation d'une aide juridictionnelle et, en amont, d'une aide juridique (à l'information, l. 10 juillet 1991, mod. par l. 18 déc. 1998, relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits (cf. t. I, n° 98).

THÉORIE JURIDIQUE ET POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Transaction*. — Cf. Malaurie-Aynès, *Contrats spéciaux*, 5^e éd. 1992. La doctrine a mis en relief le caractère déclaratif et par conséquent rétroactif de ce contrat (ex. thèses : J. Chevallier, Rennes, 1932 ; L. Boyer, Toulouse, 1947 ; R. Merle, p. 151 s., Toulouse, 1949). D'où une analogie avec le partage (cf. a. 887 : les litigants partagent entre eux le bloc des droits contestés), mais surtout avec les procédures de résolution des conflits. La médiation est une transaction sous l'égide d'un tiers raisonnable ; la tran-

saction est une médiation sous l'égide de la commune raison des litigants. Cependant, elle inclut d'ordinaire une renonciation au moins (a. 2048 ; cf. *infra*, n° 185), et la renonciation est un acte de volonté, donc de pouvoir (cf. P. Level, *J.C.P.* 99, 1, 136). Dans les grandes entreprises, la disposition à transiger dépend d'une stratégie d'ensemble, par l'appréciation des conséquences psychologiques sur les autres litiges, présents ou futurs. — Sur un emploi fréquent de la transaction, l'indemnisation du préjudice corporel, Chauchard, *R.T.*, 89, 1.

b) *Conciliation*. — Il y a une maïeutique dans la conciliation. L'art du conciliateur consiste à faire jouer ce ressort caché, la contradiction, l'incertitude que chacun de nous porte en lui, pour peu qu'il réfléchisse, sur n'importe quel problème. Et les droits, quand ils favorisent la conciliation, avouent tacitement qu'ils sont incertains. Or, périodiquement, ils se prennent à la favoriser. Dans l'esprit de la Révolution, le C. Pr. C. de 1806 faisait d'une tentative de conciliation devant le juge de *paix* un préliminaire obligatoire dans toutes les affaires de droit civil, hormis les matières d'ordre public. On était affranchi du préliminaire, il est vrai, si l'affaire requérait célérité, et l'on pouvait jouer sur cette notion. Outre que porter directement le procès devant le tribunal ne coûtait que 10 francs d'amende civile, que beaucoup de plaideurs préféraient payer. Au début du *xx^e* siècle, la conciliation obligatoire était ainsi pratiquement tombée dans une profonde décadence si bien qu'après un ultime effort en 1935 pour la revigorer, elle fut en 1949 purement et simplement supprimée (l. 9 févr. 1949 ; cf. Hébraud, *D.* 49, L., 269). Peut-être la conciliation se sentait-elle un peu en porte à faux dans l'ordre de légalité rigide qu'avait institué le C. Nap. Mais il est plus probable qu'elle fut victime de l'hostilité des avoués. Distincts des avocats, ils étaient alors les stratèges de la procédure. Moins leur intérêt que leur philosophie les détournait de la conciliation. Ces esprits sérieux, énergiques, qu'admirait Balzac, comprenaient mal qu'un citoyen lucide pût préférer au combat pour son droit un entretien où il serait traité comme un enfant par un magistrat paternaliste. Cependant, notre époque a vu apparaître de nouvelles couches d'usagers de la justice, non plus plaideurs conscients et combatifs, mais faibles gens qui risquent d'être roulés dans les vagues du procès. Réorganiser pour eux la conciliation peut répondre à une utilité sociale. D'où un regain d'attention dans l'opinion. V. Desdevises, *D.* 81, chr. 241 ; Bolard, *Mélanges Hébraud*, 1981, 501 ; Perrot, *R.I.D.C.*, 88 (numéro spécial), 171. Les Japonais excellent dans la conciliation, Koyama, *R.I.D.C.*, 71, 77. Mais c'est en tous pays le rêve, la prière, des âmes pieuses : *Dissolve litis vincula, Adstringe pacis foedera !* Succès ? en 1990, sur 448 706 affaires terminées (T.G.I.), 1 686 par conciliation, sur 506 154 (trib. d'instance), 5 317. La conciliation est en soi un phénomène psychologique, une interaction, à deux ou à trois. A son analyse peut aider l'étude d'autres phénomènes : la *négociation* contractuelle, par rapprochement (cf. t. IV, n° 19, 27), la *processivité*, par antithèse (cf. B. Schnapper, *La processivité en France au XIX^e s.*, *Annales, E.S.C.*, 1979 [2]).

c) *La médiation*. — C'est la conciliation en plus moderne, mais surtout en plus dynamique. Dès avant la réforme de 1995, il semble que des J.A.F. étaient arrivés à faire fonctionner la médiation dans le secteur du divorce et de l'après-divorce : cf. Copper-Royer, *G.P.*, 89, 1, doct. 49 ; C. Lienhard, *D.* 89, 441 ; J. Biletta, *La médiation, le juge et les plaideurs* (des données étrangères, des vues critiques), ronéo, 1992 ; et la synthèse excellente de L. Topor, 1992. Dans ce secteur, le médiateur, psychologue, médecin, voire association familiale, fera souvent figure de thérapeute, tandis

que d'autres verraient plutôt son intervention comme une expertise. Ces idées de justice informelle, alternative, etc., sont venues, on l'a observé (*supra*, Sociologie), d'Amérique. Mais, d'emblée, elles ont séduit (cf. J.-F. Six, *Le temps des médiateurs*, 1990 et *Dynamique de la médiation*, 1995 ; Lorieux, Place de la médiation dans le procès civil, *G.P.*, 91, 1, doct. 66 ; P. Draï (premier président de la Cour de cassation, très favorable), *Libres propos sur la médiation judiciaire, Etudes P. Bellet*, 1991 ; Perrin, Widmer et al., *La médiation, un mode alternatif de résolution des conflits ?* [Colloque de Lausanne, 1991], Zurich, 1992), Darmon, R. Martin, *J.C.P.*, 96, 1, 3976, 3977 ; nouveau Colloque sur les *modes alternatifs*, avec des études distinctes par matières et une synthèse par G. Cornu, *R.I.D.C.*, 97 (2), 311-438. Pour une élaboration théorique de la notion, les travaux de J.-P. Bonaffé-Schmitt ont été très importants, comme en sociologie : *La médiation, une autre justice*, Lyon, 1992, ainsi que, dirigé par lui, le dossier *La médiation, R. Dr. et soc.*, 95 (29). L'exégèse de l'a. 131 ne doit pas non plus être négligée : le médiateur doit confronter les points de vue des adversaires, la notion de *point de vue* est topique (rien de plus difficile que de se mettre un instant à la place d'un autre), et puis l'idéal est de permettre aux litigants de trouver *eux-mêmes* une solution (une nouvelle solution peut-être). Le médiateur apparaît ainsi, auprès des adultes, avec les traits tantôt d'un négociateur, tantôt d'un juge d'équité : seul serait exclu le juge selon la loi. A ce stade, cependant, des réserves se sont fait jour : C. Jarrosson, *Modes alternatifs de règlement des conflits, R. Justices*, 1997 (6), p. 278, et surtout Ruellan, *Le conciliateur civil entre utopie et réalité, J.C.P.*, 90, 1, 3431, et Pour une justice plurielle dans le respect du droit, *J.C.P.*, 99, 1, 135.

d) *L'arbitrage*. — D'une bibliographie considérable, on retiendra seulement, outre le traité de référence, J. Robert-B. Moreau, *L'arbitrage*, 6^e éd., 1993, les écrits qui se sont attachés à analyser l'arbitrage juridictionnel et à le distinguer ou non d'autres mécanismes (ex. dans la vente, la fixation du prix par un *arbitrator*, a. 1592 ; cf. t. IV, n° 57) : J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage, nature juridique*, 1965 ; Motulsky, *Ecrits*, II, 1974, 5 (nature juridique de l'arbitrage) ; Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, 1987 ; A. Kassiss, *Problèmes de base de l'arbitrage. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, 1987 ; et le riche ensemble des *Etudes offertes à P. Bellet*, 1991 ; Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, 1998, et sous l'angle de la pratique, S. Crépin, *Les sentences arbitrales devant le juge français ; pratique de l'exécution et du contrôle juridictionnel*, 1995 ; Fouchard et al., *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996 ; Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, 1999.

Les textes de principe, auxquels il fallait donner valeur de loi, sont insérés au C.C., a. 2059-2061 : le compromis est un contrat, qui vient bien à sa place après la transaction. Les textes d'application (avec une valeur simplement réglementaire) sont au C. Pr. C., a. 1442-1507. Le C. Pr. C. met en évidence une distinction capitale entre arbitrage interne et arbitrage international. Dans l'arbitrage interne, où survit l'idéal révolutionnaire d'une justice de proximité, sans formes ni chicane, l'institution est aujourd'hui un peu coincée entre une justice d'Etat qui veut se faire peuple et une médiation qui tend à s'officialiser. L'arbitrage international, à l'opposé, est très prospère. Il brasse des intérêts pécuniairement énormes, et l'on conçoit que son indépendance se soit inscrite dans les textes (a. 1492 s., d. 12 mai 1981). Pour en assurer le fonctionnement pratique se sont organisées de véritables entreprises d'arbitrage (pour la France, c'est la Chambre de commerce internationale, créée en 1923 comme simple association de droit privé).

L'autonomie de l'arbitrage international se manifeste encore dans les sources de droit dont il se nourrit. Si les parties n'ont pas choisi elles-mêmes les règles de droit applicables, l'arbitre peut les déterminer avec une grande liberté (a. 1496). Il peut notamment se référer à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique — cet ensemble que la doctrine (v. surtout B. Goldman, *Arch.*, 64, 177) qualifiait souvent de *lex mercatoria* (loi des marchands) et que la Cour de cassation (Civ.¹ 22 oct. 1991, D. 91, I.R., 253, arrêt *Valenciana*) a paru placer hors du contrôle des tribunaux étatiques. L'arbitrage international a un domaine étroitement circonscrit, son activité n'est guère publique : c'est un peu une enclave étrangère. Il ne faut pas sous-estimer, toutefois, l'attraction que, par juristes interposés, peut exercer le droit cosmopolite qu'il secrète, élitiste et plus libéral que nature, au détriment des habitudes de pensée du droit national.

[90] 1 / Les juridictions de l'ordre judiciaire

Le C.C. s'appuyait, à l'origine, sur des structures judiciaires assez simples, qui se compliquèrent et s'altérèrent par la suite. Une réforme d'ensemble a été opérée par une série d'ordonnances et de décrets portant la même date du 22 décembre 1958. Une partie de ces textes a été insérée, en 1975, dans le nouveau C. Pr. C. (notamment, a. 33 s., compétence) ; une autre, en 1978, dans un Code de l'organisation judiciaire (C.O.J.).

Entre les juridictions de l'ordre judiciaire, la répartition des procès se fait selon des règles de *compétence*, qui concernent soit la *compétence d'attribution*, soit la *compétence territoriale*.

Les règles relatives à la compétence d'attribution (ou compétence *ratione materiae*) répartissent les procès, suivant la matière en jeu, entre les différentes catégories de juridictions (ex. entre tribunaux de grande instance et tribunaux de commerce, entre tribunaux de grande instance et tribunaux d'instance), elles opposent les juridictions bloc contre bloc. Les règles relatives à la compétence territoriale (ou compétence *ratione personae vel loci*) répartissent les procès, à l'intérieur de chaque bloc, de chaque catégorie, entre les différentes circonscriptions ou ressorts territoriaux (ex. un procès devant être porté devant un tribunal civil de grande instance, doit-il l'être devant celui de Lyon ou devant celui de Quimper ?). La compétence territoriale est déterminée, en principe, par le *domicile du défendeur* (a. 42 C. Pr. C., al. 1) : c'est une faveur faite à la défense ; celui qui prend l'initiative d'attaquer devra se déranger et venir plaider devant le tribunal de son adversaire

(le demandeur suit la juridiction du défendeur, *actor sequitur forum rei*). Mais, par dérogation au principe, en certains cas, d'autres critères de compétence territoriale sont déterminants : lieu de la situation de l'immeuble litigieux, de l'exécution du contrat, lieu où le dommage a été subi (v. a. 44 s. C. Pr. C.).

Nous pouvons négliger désormais les règles de compétence territoriale. Au contraire, pour caractériser les différentes catégories de juridictions, il est important de faire apparaître la compétence d'attribution de chacune d'elles. La compétence d'attribution intervient même dès le principe pour servir à la distinction que nous prendrons pour base de notre étude : la distinction entre *juridictions de droit commun* et *juridictions d'exception*, disons plutôt à *compétence exceptionnelle*. Les juridictions de droit commun sont, à l'intérieur de l'ordre judiciaire, celles qui ont vocation générale à juger tout procès, sauf attribution expresse de compétence faite par la loi à une autre juridiction.

1 | LES JURIDICTIONS DE DROIT COMMUN

Ce sont, hiérarchiquement articulés afin de permettre l'exercice des voies de recours : les tribunaux (civils) de grande instance (T.G.I.), les cours d'appel (C.A.), la Cour de cassation.

[91] ► *Les tribunaux de grande instance*

Ce sont, par excellence, les juridictions de droit commun, devant lesquelles, sauf texte contraire, doit commencer tout procès de droit privé (C.O.J., R. 311-1). On remarque qu'il est un domaine où leur compétence revêt un caractère quasi constitutionnel, en ce sens que, traditionnellement, le législateur s'est toujours interdit de leur enlever la connaissance de ce genre d'affaires : il s'agit principalement des questions intéressant l'état des personnes (mariage, filiation, cf. a. 311-5 C.C. ; nationalité) et la propriété immobilière. Ces questions entrent tellement dans la compétence de la juridiction de droit commun que lorsqu'une juridiction d'exception en rencontre, qui commandent la solution du procès dont elle est régulièrement saisie, elle doit surseoir à statuer sur le fond jusqu'à ce qu'un tribunal de grande instance les ait tranchées (cf. a. 311-6 C.C.).

CARTE JUDICIAIRE DE LA FRANCE



- Sièges d'une cour d'appel (en même temps que d'un tribunal de grande instance).
 — Limites des ressorts des cours d'appel.
 ● Siège d'un tribunal de grande instance.

Il existe 181 tribunaux de grande instance pour la métropole (un au moins dans chaque département ; mais souvent deux ou même trois). Dans les sièges importants, les juges sont répartis en *chambres*, avec une spécialisation plus ou moins accentuée (très accentuée au tribunal de Paris, autrefois appelé tribunal de la Seine, où il y a 31 chambres civiles, ou pénales, ou mixtes, chacune divisée en deux ou trois sections, et même la première en un grand nombre (on note une chambre des urgences)). La l. 8 févr. 1995 sur l'organisation des juridictions (C.O.J. a. L. 311-16 s.) prévoit qu'un T.G.I. pourra comprendre des chambres détachées, dont le siège et le ressort seront fixés par décret en Conseil d'Etat, l'objectif étant de rapprocher les juges des justiciables.

Le tribunal de grande instance est, en principe, une juridiction collégiale ; les juges y siègent ordinairement à trois (un nombre impair est nécessaire afin que puisse, après délibéré, se constituer une majorité). Toutefois, les a. 801 s. C. Pr. C. et L. 311-10 s. C.O.J. prévoient la possibilité de renvoyer les affaires à un juge unique avec l'accord des parties. On rencontre, du reste, un juge unique dans l'*instruction* des procès sous les traits du *juge de la mise en état* (a. 763 s. C. Pr. C.).

Le *juge aux affaires familiales* (J.A.F.) a remplacé de par la loi du 8 janvier 1993 (cf. t. II, n° 146) le *juge aux affaires matrimoniales* (J.A.M.). C'est un juge du T.G.I. qui est délégué à des catégories d'affaires légalement délimitées (C.O.J. a. L. 312-1 ; d. 94-42 du 14 janv. 1994). Il statue comme juge unique ; mais il a la faculté de renvoyer l'affaire à la formation collégiale, dans laquelle il siègera. Sa compétence comporte deux volets :

- toute la matière du divorce, y compris l'après-divorce, quelle que soit le cas de divorce (et pas seulement, comme avant 1994, le divorce sur requête conjointe) ;
- les pensions alimentaires, la contribution aux charges du mariage, les discordes entre parents sur l'exercice de l'autorité parentale (attributions qu'il a héritées du juge d'instance ou des tutelles, avec une procédure allégée, a. 1069-1, 1179 C. Pr. C., d. 14 janv. 1994) ; le nom de l'enfant naturel, le changement de prénom (auparavant de la compétence du T.G.I.).

On observera que le T.G.I. conserve néanmoins des pans considérables du contentieux familial : la filiation et toute la partie de ce contentieux qui affecte le patrimoine, successions et libéralités, régimes matrimoniaux.

Le principe est que le tribunal siège en *audience publique* (a. 433 C. Pr. C., car la publicité garantit aux citoyens une égalité devant le

juge). Mais il peut aussi siéger en *chambre du conseil* (à huis clos). La chambre du conseil a une compétence de principe en matière gracieuse (a. 434 C. Pr. C.). On entend par *juridiction gracieuse* (ou volontaire), formant contraste avec la *juridiction contentieuse* (cf. *infra*, n° 187). les décisions que le tribunal est légalement appelé à prendre en dehors de tout litige, sur une demande qui ne comporte aucun adversaire : ex. prononcé d'une adoption (a. 1170 C. Pr. C.). La chambre du conseil n'exerce la juridiction contentieuse qu'exceptionnellement, en vertu de textes spéciaux : ex. elle statue sur les demandes en divorce (a. 1070 s.), sur les procédures relatives à la filiation (a. 1149 s.), à l'autorité parentale (1179 s.), sur les recours contre les décisions des juges des tutelles et les délibérations des conseils de famille (a. 1211 s.). On remarque ainsi que, soit en matière gracieuse, soit en matière contentieuse, c'est souvent pour des questions familiales que la chambre du conseil doit intervenir. Il est naturel que de telles questions soient débattues à huis clos : il y a un secret des familles à préserver (cf. a. 435 C. Pr. C.).

Le président du tribunal a une juridiction propre, qu'il peut déléguer, du reste, à un vice-président ou à un autre juge. Cette juridiction a deux faces : les *ordonnances sur requête* et les *ordonnances de référé*.

— L'originalité des ordonnances sur requête est qu'elles font échec au principe du contradictoire : elles sont prises sur requête unilatérale d'une partie, *sans qu'il y ait de contradicteur en la cause* (a. 493 C. Pr. C.) ; la contradiction ne pourra se manifester qu'après coup (a. 496, al. 2, 497). Sans préjudice de textes particuliers (ex. a. 99, 220-1), l'a. 812 C. Pr. C. confère ici au président du tribunal une compétence générale, à la double condition qu'il y ait urgence à prendre la mesure et nécessité pratique de ne pas alerter l'adversaire (qui, averti, préparerait sa fuite ou sa résistance). C'est une ruse de guerre permise sous le contrôle du juge.

— On retrouve une procédure contradictoire avec la juridiction des référés, qui est devenue, en pratique, à cause de sa rapidité, un rouage capital de notre système judiciaire (a. 484 s.). Pour déterminer son domaine, plutôt que de s'arrêter aux a. 808 s., qui manquent de limpidité, on retiendra l'idée générale que le président n'est pas saisi du *principal* (cf. a. 488) ; c'est-à-dire qu'il ne lui est pas demandé d'explorer l'affaire *à fond*. Il statue sur une première vue de l'affaire (une apparence, une fumée de bon droit, *fumus boni juris*, a-t-on dit parfois, et il peut bien y avoir de la fumée sans feu). Ce qu'il a ainsi jugé n'est que provisoire et pourra être remis en question dans une instance au principal, portée devant le tribunal tout entier.

Les jugements rendus par le tribunal de grande instance sont parfois, exceptionnellement, insusceptibles d'appel (*jugements en premier et dernier ressort* ; ex. quand la valeur de la propriété litigieuse ne dépasse pas 25 000 F). Mais, le plus souvent, ils sont rendus en *premier ressort* seulement, et l'appel est recevable devant la cour d'appel.

[92] ► Les cours d'appel

Elles sont juges de droit commun au second degré. Chacune connaît des appels dirigés contre les décisions de toutes les juridictions de son ressort, que ce soient tribunaux de grande instance ou tribunaux de commerce, tribunaux d'instance, conseils de prud'hommes, tribunaux paritaires de baux ruraux, tribunaux des affaires de Sécurité sociale. Il n'y a d'exception que pour les recours en matière de tutelle, qui sont portés devant le tribunal de grande instance (a. 1215 C. Pr. C.).

Chaque cour d'appel (il y en a 30 pour la métropole) comprend un *premier président*, des *présidents de chambre*, et un certain nombre de *conseillers* (il faut y ajouter un procureur général, un ou plusieurs avocats généraux, un ou plusieurs substituts du procureur général et, pour le greffe, un greffier et des commis greffiers assermentés). Les cours d'appel renferment normalement plusieurs chambres, dont une chambre sociale pour connaître des procès relatifs à la Sécurité sociale, au contrat de travail et à l'application des lois sociales. Les chambres de la Cour de Paris sont divisées en sections, présidées par des présidents de chambre. Le premier président de la cour d'appel a une juridiction propre comparable à celle du président du tribunal civil (a. 956, 958 C. Pr. C.) ; toutefois, l'appel des ordonnances de référé est porté devant la cour elle-même.

La cour d'appel est une juridiction *collégiale*. Elle peut, pour rendre ses arrêts, prendre diverses formations :

1° *L'audience ordinaire*, qui est le principe : deux conseillers et un président.

2° *La chambre du conseil*, qui connaît, avec la même composition, mais à huis clos, des appels dirigés contre les jugements du tribunal civil siégeant en chambre du conseil (a. 950 s. C. Pr. C.).

3° *L'audience solennelle* (« en robes rouges »), qui siège dans les cas de renvoi après cassation (cf. *infra*) ; quatre conseillers et un président.

[93] ► *La Cour de cassation* (« Cour suprême », dit-on souvent, ou « Cour régulatrice »)

Elle siège au Palais de Justice de Paris et constitue le sommet de la hiérarchie judiciaire. Elle n'est pas un troisième degré de juridiction, car elle ne juge pas le fond du procès, mais seulement l'arrêt rendu par la cour d'appel, dont elle vérifie la conformité à la loi : elle est juge du droit, et non du fait (a. L. 111-2 C.O.J. ; cf. sur le pourvoi en cassation, en tant que mécanisme formateur de la jurisprudence, v. *infra*, n° 143).

Trois séries de règles concernent la Cour de cassation : C. Pr. C. a. 604 s. 639 et 973-1037, C.O.J. a. L. 111-1 à 151-3. Devant la Cour, la procédure est écrite par échange de *mémoires*, que rédigent des avocats spécialisés, avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Exceptionnellement, ceux-ci peuvent présenter des observations orales, après le rapport du conseiller rapporteur. Très exceptionnellement, la Cour pourrait aussi entendre, afin de s'éclairer plus complètement, sans qu'il y ait expertise, une personnalité extérieure, *amicus Curiae*, « ami de la Cour » (ex. dans l'affaire de la « mère de substitution », Ass. plénière, 31 mai 1991, D. 91, 417, *J.C.P.*, 91, 2, 21752).

Jusqu'à la l. 22 juill. 1947, les pourvois étaient, en principe, soumis, pour un premier examen (non contradictoire), à une chambre de filtrage, la Chambre des requêtes (Req.), qui pouvait soit rejeter le pourvoi par arrêt motivé, s'il lui apparaissait manifestement non fondé, soit le transmettre à la Chambre civile (Civ.), par arrêt d'admission non motivé, si elle estimait qu'il méritait plus ample étude et discussion contradictoire. Mais, le double examen ralentissant beaucoup la liquidation des pourvois, il avait été supprimé en 1947. Quelque chose de l'idée de filtrage n'en a pas moins reparu avec l'a. L. 131-6, al. 2, qui a ouvert une possibilité de trier les affaires les plus simples pour les expédier en formation restreinte.

Réorganisée maintes fois depuis le milieu du siècle (toujours pour augmenter le rendement), la Cour de cassation comprend actuellement : le premier président (« le Premier »), 6 présidents de chambre, 85 conseillers et 43 conseillers référendaires (ceux-ci, plus jeunes, jouent le rôle de rapporteurs et n'ont que voix consultative ; chacun a voix délibérative, toutefois, dans les affaires qu'il a été spécialement chargé de rapporter). Au siège, il convient d'ajouter le Parquet (le procureur général, le premier avocat général et 22 avocats généraux), ainsi que le greffe (le greffier en chef et des greffiers de chambre).

La Cour de cassation se divise en 6 chambres (a. R. 121-3 C.O.J.) 5 chambres pour le droit privé (dites Chambres civiles au sens large) et 1 Chambre criminelle. Entre les 5 chambres de droit privé, la spécialisation est purement administrative : elle est opérée au début de chaque année judiciaire, en fonction des besoins, par le premier président. Compte tenu de certaines spécialités prépondérantes, il est usuel de différencier ces chambres par les appellations suivantes : 1^{re} *Chambre civile* (Civ.¹ : compétence de principe) ; 2^e *Chambre* (Civ.² : divorce et séparation de corps, responsabilité délictuelle, procédure civile) ; 3^e *Chambre civile* (Civ.³ : droits réels, vente, bail, hypothèque) ; *Chambre commerciale et financière* (Com. : affaires commerciales, enregistrement) ; *Chambre sociale* (Soc. : droit du travail, Sécurité sociale).

La Cour de cassation peut prendre diverses *formations* :

1° *Formation ordinaire* (elle était dite formation *restreinte* avant la l. 97-395 du 23 avril 1997). C'est, dans chaque chambre, une formation de trois magistrats. Suivant l'a. L. 131-6 C.O.J., toutes les affaires soumises à une chambre civile sont examinées d'abord en cette formation restreinte. Cette formation les retient et statue sur elles, toutes les fois que « la solution du pourvoi s'impose » — expression peu claire pour dire : lorsque « la question ne présente pas, en droit, de difficultés sérieuses ». Si elle statue, c'est en audience publique, le ministère public et les avocats des parties entendus. Au cas contraire, elle renvoie à l'audience de la chambre. Plus directement, d'ailleurs, soit d'office, soit à la demande de l'une des parties ou du procureur général, le premier président ou le président de la chambre peuvent décider que l'affaire sera portée devant l'audience à cinq.

2° *Formation par chambre*. Elle réunit cinq magistrats (c'est un minimum, d'autres conseillers de la même chambre pourraient toujours s'y adjoindre). Elle n'intervient plus, depuis 1997, qu'à titre exceptionnel, sur renvoi de la formation ordinaire, pour cause de difficultés de droit sérieuses.

3° *Chambre mixte*. — De 1947 à 1967, cette formation a porté le nom d'Assemblée plénière civile. L'idée générale est de faire juger, par une formation où siègeront des magistrats appartenant à 3 chambres au moins, les affaires qui posent une question de principe, ou qui relèvent normalement des attributions de diverses chambres, ou dont la solution semble de nature à susciter une contrariété de décision entre chambres. Sont aussi renvoyées à une Chambre mixte les affaires, dans lesquelles s'est produit un partage égal des voix. La Chambre mixte est présidée par le premier président et comprend

nécessairement le président, le doyen et 2 conseillers de chacune des chambres composantes.

4° *Assemblée plénière*. — Jusqu'à 1967, cette formation a porté le nom de *Chambres réunies*. Elle comprend le premier président, les présidents et les doyens des 6 chambres, ainsi qu'un conseiller de chaque chambre, désigné annuellement, en tout 19 juges. La Cour de cassation est appelée à statuer en Assemblée plénière (et à rendre des *arrêts solennels*) lorsque, après une première cassation par une chambre, cassation suivie de renvoi (ce qui n'est pas toujours le cas, a. L. 131-5 C.O.J.), la juridiction de renvoi (normalement une cour d'appel) ayant repris la thèse juridique de la décision cassée, un nouveau pourvoi est formé, qui s'appuie sur les mêmes moyens de droit que le premier. La l. 3 janv. 1979 a même conféré à l'Assemblée plénière une compétence directe, quoique facultative, pour les affaires posant une *question de principe* (a. L. 131-2, al. 2).

5° *Formation pour avis* (a. L. 151-2 C.O.J. ; *infra*, n° 143). — C'est une création de la l. 91-491 du 15 mai 1991. Elle réunit des traits de l'Assemblée plénière et des Chambres mixtes. Présidée par le Premier, elle comprend, en outre, les présidents de chambre et 2 conseillers désignés par chaque chambre spécialement concernée.

[94] 2 | LES JURIDICTIONS A COMPÉTENCE EXCEPTIONNELLE

a) Parmi ces juridictions, le *tribunal d'instance* (T.I.), qui a été substitué en 1959 au juge de paix, a pour le droit civil une importance particulière. Il n'a sans doute compétence que dans les cas spécifiés par un texte ; mais ces cas sont très nombreux (a. R. 321-1 s. C.O.J.). Le juge d'instance peut être présenté comme le juge ordinaire des *petits procès* : il est compétent en dernier ressort, si la valeur du litige n'excède pas 25 000 F ; à charge d'appel au-delà de ce chiffre, jusqu'à 50 000 F. Il a, en outre, sous le nom de *juge des tutelles*, des attributions très importantes, juridictionnelles et non juridictionnelles, dans les régimes de protection des incapables, mineurs ou majeurs (a. 393 ; et C.O.J. a. L. 322-2, mod. l. 8 janv. 1993).

Il y a 468 tribunaux d'instance (dont 20 pour Paris). Il peut y avoir plusieurs juges dans un même tribunal. Mais ce n'est pas une juridiction collégiale : les affaires sont jugées par un juge unique. Tous les chefs-lieux de département et d'arrondissement, outre quelques can-

tons importants, sont pourvus de tribunaux d'instance. Mais ce sont des juridictions sans personnel propre : le juge d'instance est désigné parmi les magistrats du tribunal de grande instance correspondant.

Un point très important (quant au coût de la justice) : au tribunal d'instance, le ministère d'un avocat n'est pas obligatoire ; les parties peuvent se défendre elles-mêmes, ou se faire assister ou représenter par un proche (a. 827-828 C. Pr. C.).

b) Les tribunaux de commerce sont compétents dans les procès entre commerçants ou relatifs à des actes de commerce (a. L. 411-2 s. C.O.J.), ainsi que dans les procédures de redressement et liquidation judiciaire concernant les commerçants et artisans en difficulté (l. 25 janv. 1985). Les juges qui les composent (« juges consulaires ») sont des commerçants élus par leurs pairs. On a pensé qu'ils connaîtraient mieux que des magistrats de carrière les usages et l'esprit du commerce. Toutefois, l'appel des jugements du tribunal de commerce est porté devant la cour d'appel, devant l'une de ses chambres, qui peut être spécialisée. Lorsque, dans un arrondissement, il n'existe pas de tribunal de commerce, le tribunal de grande instance « jugeant commercialement » en tient lieu.

c) Les *conseils de prud'hommes* sont compétents pour les procès entre employeurs et salariés (a. L. 511-1 s. C. Tr.), à l'exclusion des conflits collectifs du travail. Ils sont composés de prud'hommes employeurs et de prud'hommes salariés, chaque élément élu séparément par sa catégorie. C'est une juridiction paritaire : il faut, pour juger, deux employeurs et deux salariés ; en cas de partage des voix (qui est assez rare, en dépit des antagonismes sociaux), on appelle le juge d'instance pour départager.

d) Les *tribunaux paritaires de baux ruraux* sont compétents pour les procès en matière de fermage et de métayage. La présidence appartient au juge du tribunal d'instance, qu'assistent des assesseurs, bailleurs et preneurs en nombre égal, élus respectivement par leurs catégories (d. 58-1293, 22 déc. 1958).

N.B. — Bien que la présente introduction se situe principalement dans la perspective du droit civil, l'attention doit être appelée sur l'importance des tribunaux de commerce pour l'ensemble du droit privé. Le droit commercial a beau être aujourd'hui remis en question dans son existence même (cf. Michel Cabrillac, *Mélanges J. Foyer*, 1997), son esprit est une réalité. Or, cet esprit se forme avant tout dans les tribunaux consulaires, et malgré le risque d'aplatissement par le droit commun que représente le passage par les cours d'appel, il remonte jusqu'à la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Il est une matière, le droit des contrats, où ce que cette chambre a à juger ne se distingue pas, schématiquement, de ce que peuvent avoir à juger les trois chambres civiles, et ses arrêts seront cités à côté des leurs pour construire indiscernable-

ment une même théorie (cf. t. IV, n° 5). Les tribunaux de commerce ont ainsi leur part dans notre droit des contrats. Tous y ont apporté leur expérience du terrain — ceux de Paris, des grandes villes — de surcroît, une touche de hardiesse, de compréhension pour la créativité de la banque et du commerce international. Les spécialistes tiennent beaucoup à cette image de modernité, témoin deux articles dans les *Etudes Sayag*, 1997 : Bézard, Le nouveau visage du juge économique et financier, p. 147, et Grandjean, Le procès commercial de l'avenir, p. 253. En regard, que reprocher aux tribunaux consulaires ? Jadis, on leur imputait une profession à favoriser, dans les procès, le confrère de la place au détriment du concurrent forain. Mais, de nos jours, la concurrence a une envergure à laquelle répondrait mal un traitement aussi mesquin. La critique actuelle est d'une autre sorte : qu'il est abstraitement périlleux d'avoir une justice trop proche des milieux d'affaires, alors que ces milieux peuvent trop souvent avoir affaire à la justice.

2 / Les corps judiciaires

Les institutions valent par les hommes. Dans le service public de justice interviennent diverses catégories de personnes, les unes constituées par les agents mêmes du service, les *magistrats* et le *greffier*, les autres par des professionnels qui y coopèrent, revêtus d'un certain caractère public, les *auxiliaires de justice*.

1 | LES MAGISTRATS ET LEUR GREFFIER

[95] ► Les magistrats

Il en est deux sortes, dont le recrutement est commun (normalement, par voie de concours) et entre lesquelles, à tort ou à raison, n'existe pas de cloison étanche : les *juges*, qui exercent eux-mêmes la fonction juridictionnelle, les membres du *ministère public*, qui ont une activité administrative associée à la fonction juridictionnelle. Le service public de la justice ayant vocation à faire beaucoup de mécontents (les plaideurs perdants et même parfois les gagnants), il a fallu protéger contre eux les magistrats. Ceux-ci ne sont responsables que de leurs fautes personnelles ; et si la faute se rattache au fonctionnement du service, le justiciable ne peut agir en dommages-intérêts que contre

l'Etat. Il appartiendra ensuite à l'Etat, le cas échéant, d'exercer (ou non) un recours (devant une chambre civile de la Cour de cassation) contre le magistrat responsable (l. organique 18 janv. 1979, ajoutant un a. 11-1 à l'o. 58-1270 du 22 déc. 1958 ; cf. a. L. 781-1 C.O.J.).

La l. 8 févr. 1995 sur l'organisation des juridictions (a. 20) a prévu la possibilité de nommer *auprès* des magistrats des T.I., T.G.I. et C.A. des *assistants de justice* (en mission temporaire, de deux ans, renouvelable une fois ; d. 14 juin 1996).

a) Les *juges* (magistrature assise, magistrature du siège). — Si l'on met à part les juges élus que l'on trouve dans les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes ou les tribunaux paritaires de baux ruraux, les juges sont des juristes (pourvus en général de la maîtrise en droit) fonctionnaires, nommés et payés par l'Etat.

Ce qui caractérise la situation des juges dans l'ensemble de la fonction publique, ce sont les *garanties* très fortes qui sont données à leur indépendance, notamment par le principe de l'*inamovibilité*, qui a valeur constitutionnelle (Const. 1958, a. 64 ; o. 58-1270 du 22 déc. 1958) : ce principe empêche que le juge ne soit révoqué, suspendu, voire déplacé, même en avancement, par décision discrétionnaire du gouvernement ; il y faut l'intervention du Conseil supérieur de la Magistrature (l. organique 94-101 du 5 févr. 1994).

[96] b) Le *Ministère public* (M.P., Parquet, magistrature debout [parce que son représentant, à l'audience, se lève pour prendre la parole]). — Il se recrute par la même voie que la magistrature assise et n'est pas le lieu d'une carrière distincte (le même magistrat peut passer du siège au Parquet, et inversement). Il n'est organisé qu'*auprès* des tribunaux de droit commun. Toutefois, le procureur de la République près le T.G.I. peut accomplir des actes de sa fonction devant toutes les juridictions du premier degré établies dans son ressort (a. L. 311-15 C.O.J.), y compris les juges des tutelles et les tribunaux de commerce.

— Le M.P. forme un corps *hiérarchisé* : les procureurs de la République sont subordonnés aux procureurs généraux près les cours d'appel, et ceux-ci au ministre de la Justice ; étant sous la dépendance du pouvoir exécutif, ils n'ont pas la garantie de l'*inamovibilité*. Le pouvoir hiérarchique comporte le pouvoir de donner des instructions au subordonné, ce qui est surtout important en matière pénale. Mais, à l'audience, le procureur, tout en déposant des conclusions écrites conformes aux instructions reçues, pourra s'en démarquer oralement, ce que traduit l'adage « La plume est servie, mais la parole est libre » (opp. a. 36 et 33 C. Pr. P.).

— Un corps *unique* : n'importe quel membre du Parquet peut exercer les fonctions du M.P.

— Un corps *indépendant* des juridictions auprès desquelles il fonctionne : les juges ne peuvent le censurer ; mais, réciproquement, il ne peut s'immiscer dans les jugements ni même assister aux délibérations du tribunal.

L'idée générale est que le Ministère public est un corps d'agents du pouvoir exécutif ; il est collectivement, auprès des cours et tribunaux, l'avoué-avocat de l'Etat (*procureur* était le nom de l'avoué sous l'Ancien Régime). Les attributions traditionnelles les plus visibles du M.P. sont dites *judiciaires* parce qu'il y collabore, à sa manière, au service public de justice (qui rend la justice). En matière civile, sa présence à l'audience (en la personne du procureur de la République ou de l'un de ses substituts) n'est obligatoire que par exception (a. 431, 1208, al. 2, C. Pr. C.). Mais il doit être présent s'il intervient, ce qu'il peut faire suivant deux voies (a. 421 s. C. Pr. C.) :

1° *Par voie d'avis* (a. 424 C. Pr. C., on disait autrefois *conclusions*), comme *partie jointe*. C'est l'hypothèse normale : le Ministère public donne son avis, soit sous forme de conclusions écrites, soit oralement à l'audience (a. 431), en tant que représentant d'un intérêt public, extérieur et supérieur aux intérêts privés des plaideurs. Il est toujours en droit de faire connaître son avis, et les juges peuvent toujours le lui demander (a. 426, 427) ; mais, en certains cas, il doit obligatoirement le donner (a. 425). Quand il est appelé à le donner, il faut que la cause lui soit préalablement communiquée. La *communication* est obligatoire, d'une manière générale, pour trois catégories d'affaires contentieuses :

- filiation (ces affaires ayant une incidence sur les actes de l'état civil, dont les parquets ont le contrôle par attribution extrajudiciaire) ;
- protection des incapables (mineurs ou majeurs) ;
- procédures de faillite (comme on disait autrefois), où le pénal peut côtoyer le commercial.

En outre, toutes les affaires gracieuses doivent être communiquées au M.P. : sa présence est censée suppléer à l'absence de contradicteur privé (a. 798).

En fait, les avis du M.P. sont souvent de pure forme en matière civile : il déclare « s'en rapporter à la sagesse du tribunal ». Devant la Cour de cassation, l'ordre public étant nécessairement impliqué, puisqu'une violation de la loi est alléguée, le Ministère public conclut toujours, et là, ses conclusions, très travaillées, ont conservé

une grande importance : elles contribuent à la recherche d'une solution.

2° *Par voie d'action*, comme *partie principale*. En certains cas, spécifiés par les textes, le Ministère public peut agir d'office et en son nom pour demander au tribunal de prendre une décision (ex. pour faire annuler un mariage, a. 184, 190, 190-1, 191 ; pour faire ouvrir la tutelle d'un majeur pour cause d'altération de ses facultés (a. 493) ; pour faire annuler une reconnaissance (manifestement mensongère) de filiation (a. 339, étendu par la l. 5 juill. 1996 sur l'adoption) ; pour faire statuer sur l'autorité parentale après divorce (a. 289, 291, 292, 373-3) ou s'il y a dissentiment entre parents naturels (a. 374) ; pour faire ouvrir, en matière commerciale, des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire d'entreprises (l. 25 janv. 1985, a. 4, 148). Pour faire déclarer qu'une personne a ou non la qualité de Français, c'est même un quasi-monopole, en défense comme en action (a. 1040 C. Pr. C., d. 30 déc. 1993). Cela fait beaucoup de textes. Mais, en dehors des textes, pourrait-il agir au motif que l'ordre public est intéressé ? Ce pouvoir général lui a été reconnu par les a. 423 C. Pr. C. et L. 751-2 C.O.J. : en dehors des cas spécifiés par la loi, le Ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci. Le dessein du texte semble bien avoir été d'élargir la pratique antérieure, qui exigeait une atteinte *directe et principale* à l'ordre public.

À côté de ces attributions judiciaires, qui le supposent actuellement ou virtuellement à l'audience, le M.P. a ici en charge, hors audience, des *attributions extrajudiciaires*, se traduisant par des décisions de nature intrinsèquement administrative. La plupart de ces attributions s'expliquent en ce que le procureur de la République est l'instance supérieure dans le service public de l'état civil (cf. t. I, n° 61). Ainsi, il est compétent pour procéder à certaines rectifications des actes de l'état civil (a. 99, al. 4), pour apprécier si des intérêts sont compromis par le choix d'un prénom insolite (a. 57, al. 3), pour faire surseoir ou faire opposition à la célébration d'un mariage suspect d'être un mariage de complaisance (a. 175-2, l. 30 déc. 1993, sur la maîtrise de l'immigration). Autre base de l'intervention du procureur : l'idée que les majeurs incapables pour trouble mental doivent compter, pour leur protection, sur l'Etat, qu'il représente, plus que sur la famille. D'où le droit de « visitation » (a. 490-3), la compétence pour recevoir les déclarations aux fins de sauvegarde de justice (premier degré des régimes de protection, a. 491-1).

[97] ► *Le greffier*

La face moderne de la fonction est le secrétariat, au sens élevé du terme : le secrétariat-greffe assure l'ensemble des services administratifs de la juridiction (C.O.J. a. R. 812-1). Les greffes des T.G.I. sont, en outre, des centres de publicité juridique (ex. dépôt du double des registres de l'état civil, d. 3 août 1962, a. 4 ; tenue du répertoire civil, a. 1057 C. Pr. C.).

La face traditionnelle de la fonction est le greffe. D'une certaine manière, le greffier en chef fait partie de la juridiction auprès de laquelle il est institué (il en est la mémoire). Tout acte du juge, à peine de nullité, doit être fait en présence du greffier, chargé d'en conserver par l'écriture la preuve authentique (a. 726 s. C. Pr. C.). Des actes ainsi dressés, il délivrera ensuite aux intéressés des copies authentiques (expéditions).

La loi du 8 février 1995 sur l'organisation des juridictions (C.O.J. a. L. 811-1 s.) a transféré aux greffiers en chef certaines attributions des juges, où le législateur avait pourtant vu autre chose que de simples formalités : ainsi, chez les juges d'instance, l'a. 348-3 ; chez les J.A.F., les a. 334-2, 374 ; et surtout chez les juges des tutelles, les a. 470, 491-3, 500, 512.

Autrefois, le greffier avait un statut mixte : il était à la fois fonctionnaire, appointé par l'Etat, et officier ministériel (rémunéré par les justiciables et propriétaire de son office). Aujourd'hui, tribunaux de commerce mis à part, c'est exclusivement un fonctionnaire de l'Etat.

[98] 2 | LES AUXILIAIRES DE JUSTICE

Il en est de plusieurs sortes, qui se différencient non seulement par les attributions, mais par le statut, puisque les uns sont des officiers ministériels (les huissiers, les avoués près la cour d'appel), les autres pas (les avocats, les techniciens judiciaires).

L'officier ministériel (c'est aussi le cas, en dehors des auxiliaires de justice, des notaires et des commissaires-priseurs) a un statut hybride : sans être fonctionnaire, il exerce une espèce de fonction publique, et pourtant sa fonction a l'air d'une propriété privée, revêt un certain caractère patrimonial. En effet, l'officier ministériel a le droit de présenter son successeur à la nomination du gouvernement et de stipuler un

prix pour cette présentation qui opère comme une cession (l. 28 avril 1816, a. 91). On sauve les apparences par un *distinguo* : ce n'est pas la fonction elle-même (le *titre* de l'office) qui fait l'objet d'une propriété, mais seulement la valeur pécuniaire du droit de présentation (la *finance* de l'office). Ce droit est dans le patrimoine comme un élément mobilier ; il est transmissible aux héritiers du titulaire. Le nombre des officiers ministériels se trouve ainsi limité par le nombre des offices, tandis que, dans les autres professions judiciaires, l'installation de nouveaux cabinets n'est qu'une affaire de concurrence.

Malgré la diversité des statuts, les professions judiciaires offrent une similitude : ce sont des *professions libérales*, non pas commerciales. Ce qui n'interdit pas, cependant, aux professionnels d'une même catégorie, ou même de catégories différentes, de constituer entre eux une société pour l'exercice de leurs activités en commun. Ces *sociétés civiles professionnelles* ont été définies par la l. 29 nov. 1966 (d. 20 juill. 1992, pour les avocats).

a) *Les avocats*

L'avocat est l'auxiliaire de justice par excellence. Sa profession, renouvelée par les lois 76-1130 du 31 déc. 1971 et 90-1259 du 31 déc. 1990, a successivement absorbé les avoués près les tribunaux de grande instance, ainsi que les agréés (l'agréé était un mandataire professionnel, *agréé* par un tribunal de commerce pour représenter les parties), puis les conseils juridiques. L'avocat nouveau style réunit en sa personne des attributions de trois espèces : 1° celles de l'avocat classique, c'est-à-dire la plaidoirie, la défense orale d'une prétention soumise aux juges ; 2° celles de feu l'avoué, qui consistait à représenter l'une des parties dans le procès et à postuler pour elle, la *postulation* étant techniquement la conduite de la procédure et l'accomplissement des actes nécessaires à cette fin ; 3° celles des conseils juridiques (la consultation et la rédaction d'actes sous seing privé, mais, sur ce point, il est en concurrence avec d'autres, l. 31 déc. 1971, a. 56 s.). En fait, il peut s'opérer une spécialisation, certains se consacrant à la plaidoirie, d'autres à la postulation, d'autres encore à la consultation. Les avocats peuvent se grouper en sociétés civiles professionnelles (d. 20 juill. 1992), ce qui a conduit à la constitution de vastes cabinets d'affaires, à l'américaine.

Les avocats ont, en principe, le monopole de leurs attributions (l. 31 déc. 1971, a. 4). Mais quelles en sont les frontières ? Quel est le « périmètre du droit » ? Depuis 1990, les barreaux sont entrés en

contestation/négociation avec les experts-comptables, dont les consultations trouvent un terrain très propice en droit fiscal. Où le monopole des avocats garde toute sa force, c'est dans la représentation des parties en justice : leur ministère est obligatoire devant les T.G.I. (là, *comparaître*, ce n'est pas, pour le justiciable, comparaître personnellement, c'est constituer avocat ; a. 751 C. Pr. C.).

Les avocats forment, auprès du T.G.I., un *barreau* (l. 31 déc. 1971, a. 15), personne morale de droit public, qui a ses organes : l'assemblée générale, le conseil de l'ordre et le bâtonnier (d. 4 juin 1972). Et au sommet, il existe un Conseil national des barreaux (l. 31 déc. 1990, a. 15). Le nombre des avocats n'est pas limité, mais il faut, pour se faire inscrire à un barreau (d'abord au stage, puis au grand tableau), justifier de la maîtrise en droit et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat.

[99] b) *Les avoués près la cour d'appel*

Ils ont le monopole de la représentation et de la postulation dans les procès qui sont portés devant la cour. A ce stade du procès — où il importe, avant tout, que les responsables de la procédure ne soient pas dispersés à travers un ressort étendu, qui peut comprendre jusqu'à cinq départements — la l. 31 déc. 1971 a estimé plus pratique de maintenir les avoués comme une corporation distincte des avocats et de leur conserver le statut d'officiers ministériels.

c) *Les huissiers de justice*

Comme les avoués d'appel, ce sont des officiers ministériels, mais, comme les avocats, ce sont des auxiliaires de base (ord. 2 nov. 1945, d. 29 févr. 1956). Ils sont, en effet, chargés de porter solennellement à la connaissance des parties les actes capitaux de la procédure, en particulier l'assignation, par laquelle s'ouvre l'instance (a. 750 C. Pr. C.). En principe, un acte qui n'est pas porté à la connaissance des intéressés, qui ne leur est pas notifié, est comme s'il n'existait pas. Cependant, il n'est pas toujours indispensable que la notification soit faite par huissier : ainsi, il est des cas où la loi se contente d'une notification par la voie postale (a. 665 s. C. Pr. C.), sous la forme d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La *notification* faite par ministère d'huissier, avec la force probante de l'authenticité, qui tient à ce que l'huissier est un officier public (cf. *infra*, n° 176), est appelée *signification* (a. 653 s. C. Pr. C.), et à l'acte de signification on

applique souvent le vieux nom d'*exploit d'huissier*. En dehors des significations, les huissiers peuvent être appelés à dresser des procès-verbaux de constat (ex. constat de dommages à la suite d'un accident ; constat d'adultère), mais ces procès-verbaux n'ont valeur que de simples renseignements. Ce sont aussi les huissiers qui procèdent aux actes d'exécution (saisies, expulsions de locataires ; l. 9 juill. 1991, a. 181 ; cf. *infra*, n° 190). L'*huissier-audencier* est l'huissier qui a été désigné par le tribunal pour faire le service de l'audience (l'appel des causes, le maintien de l'ordre).

d) *Les avocats à la Cour de cassation*
(et en même temps au Conseil d'Etat), « avocats aux Conseils ».

Officiers ministériels, ils ont, devant ces juridictions, le monopole de la représentation et de la plaidoirie.

[100] e) *Les techniciens judiciaires*

Médecins, comptables, architectes, etc., ils sont chargés par les tribunaux de procéder à des investigations techniques et d'en faire ensuite un rapport (a. 244 C. Pr. C.) : en droit (a. 246, C. Pr. C.), leurs avis ne s'imposent pas au juge. Le C. Pr. C. (a. 232 s.) distingue trois sortes de missions susceptibles d'être confiées à des techniciens : selon le degré croissant de complexité (et sans doute aussi de temps nécessaire), ce sont les (simples) constatations, les consultations et les expertises (au sens strict ; auparavant, tous les techniciens étaient dits experts). Les techniciens pourraient être désignés librement par le tribunal, dans chaque affaire, parmi les membres de la profession compétente. Toutefois, les cours d'appel établissent annuellement une liste d'experts qu'elles recommandent, en quelque manière, aux magistrats (l. 29 juin 1971 ; d. 31 déc. 1974). Dans le cas de l'a. 493-1, l'expert (médecin-psychiatre) doit, par exception, être choisi obligatoirement sur une liste officielle, et — autre exception — son avis s'imposera au tribunal.

f) *Les notaires*

Bien qu'ils ne concourent pas directement au fonctionnement de la justice, leur fonction n'est pas sans rapport avec celle des juges, car les actes qu'ils établissent sont, à l'égal des jugements, revêtus de la formule exécutoire. Ce ne sont pas, cependant, des fonctionnaires, ce sont des officiers ministériels, propriétaires de leurs offices. Ce sont

aussi des officiers publics au sens de l'a. 1317. Ils peuvent ainsi rédiger des actes authentiques pour le compte des particuliers. Ce qui leur donne un rôle important dans deux domaines : le droit immobilier (à cause de la publicité foncière, les aliénations d'immeubles nécessitent un acte notarié) ; le droit de la famille (sous plusieurs de ses aspects, donation, testament, partage, contrat de mariage). Le notariat et ses actes sont régis par la loi du 25 ventôse an XI et un décret du 25 nov. 1971.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Vincent, Guinchard, Montagnier, Varinard, *La justice et ses institutions*, 1996 (toutes les juridictions civiles, répressives, administratives, internationales) ; Perrot, *Institutions judiciaires*, 1992. — Casamayor, *Les juges*, 1973 ; J. Chazal, *Les magistrats*, 1978 ; Gicquel, *Le Conseil supérieur de la magistrature, une création continue de la République*, *Mélanges Ardant*, 1999 ; Krynen et al., *L'élection des juges* (Révolution et aujourd'hui), 1999. — Nouvelle vague d'idées : Ph. Gérard, Ost, Van de Kerchove et autres, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et déplacements*, Bruxelles, 1983 ; Dossiers Recherche et Justice, *R. Droit et société*, de 1992 (20-22) à 1996 (32) ; ouvrage collectif, dir. Halpérin, *Avocats et notaires en Europe, les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine*, 1996.

HISTOIRE

Rousselet et Aubouin, *Histoire de la justice*, 5^e éd., 1976 ; J.-P. Royer, *La société judiciaire*, 1979 (spécialement pour le XVIII^e et le XIX^e s.), et *Histoire de la justice en France*, 1996 ; Royer et al., *Juges et notables au XIX^e s.*, 1982 ; Badinter, *Une autre justice* (1789-1989), 1989 (sur la justice révolutionnaire) ; Bancaud, *La haute magistrature entre politique et sacerdoce*, 1993 ; Chauvaud et Yvrel, *Les « terroirs judiciaires » en France de 1789 aux années 1930*, *R. Dr. et Soc.*, 95 (29), 83 ; Jean Foyer, *Histoire de la justice* (« Que sais-je ? »), 1996. — Vaste panorama comparatif in R. Jacob et al., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, 1996. En contraste avec les juges de la Cour suprême aux Etats-Unis, les hauts magistrats de chez nous livrent rarement leurs souvenirs : v. cep. Aydalot, *Magistrat*, 1976 (il avait, en 1959, dans un célèbre discours de rentrée, exhorté la magistrature à « sortir du Néolithique » ; il fut premier président de la Cour de cassation de 1967 à 1975).

[101]

SOCIOLOGIE

a) *La sociologie judiciaire*. — Elle tend à se constituer en branche autonome de la sociologie juridique (cf. *supra*, n° 27). Ses thèmes sont multiples : ex. le recrutement et l'environnement social des juges, avec l'ambition d'en saisir l'influence sur le contenu

des jugements (cf. A.-J. Arnaud, *Autopsie d'un juge*, *Arch.*, 1974, 197 ; N. Herpin, *L'application de la loi*, 1975) ; l'image de la justice dans le grand public, image qui est d'ailleurs beaucoup moins vive pour la justice civile que pour la justice criminelle (cf. Ph. Robert et C. Faugeron, *La justice et son public*, 1978) ; l'analyse du fonctionnement des tribunaux sous l'angle de la sociologie des organisations (t. I, n° 217 ; cf. D. Emsellem, *L'activité de décision dans la pratique judiciaire* [y compris, p. 187, les jugements rédigés d'avance par modèles], 1992 ; Ackermann et al., *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*, 1993).

b) *Les crises de la justice*. — On a commencé à en parler à partir de mai 1968, dans l'effervescence suscitée par le Syndicat de la magistrature. Synthèse et bibliographie chez H. Lafont et Ph. Meyer, *Justice en miettes*, 1979 ; J.-P. Royer et al., *Etre juge demain*, 1983, Jorda, *R.I.D.C.* (n° spéc. 8), 86, 15 ; Soulez-Larivière, *Justice pour la justice*, 1990.

C'est une autre crise qui s'est déclarée dans les années 90, différente et même de sens opposé, puisqu'elle paraissait traduire une montée en puissance de la classe judiciaire. En ce temps-là, on vit défiler sur les médias, en réponse à des scandales qui enveloppaient le monde de la politique et de l'argent, une chaîne sans fin de mises en examen, voire d'incarcérations, éventuellement de non-lieux, parfois de sentences après délais, délibérés, appels (cf. P. Devedjian, *Le temps des juges*, 1996). Aux mains de quelques juges d'instruction) rapidement célèbres, la mise en examen était devenu l'instrument non pas d'un gouvernement des juges, mais d'une semi-terreur par l'éthique (un autre ordre moral). Les sociologues de l'avenir devront s'intéresser au caractère collectif du phénomène. Qu'un magistrat instructeur ait la passion, la fureur d'instruire, cela peut s'observer. Mais que la même fureur, sans concertation apparente, saisisse à la fois une multiplicité de magistrats en France (alors que le même cyclone venait de ravager l'Italie) — cette contagion méritera d'être étudiée. Témoin lucide de cette période de crise, v. Garapon, *Le gardien des promesses, justice et démocratie*, 1995 (cf. sur la situation italienne, C. Guarnieri et P. Pederzoli, *La puissance de juger*, Paris, 1996). D. Salas, *Le tiers pouvoir*, 1998, porte avec brio la question à sa limite, mais, ce qui empêchera la classe judiciaire de se constituer en pouvoir, c'est son manque d'unité (civil et pénal, siège et parquet, Paris/province, les syndicats), et où est l'ennemi commun ?

c) *Les professions judiciaires*. — Max Weber l'avait montré : la sociologie du droit peut attendre beaucoup d'études psychosociologiques sur les professions judiciaires ou juridico-judiciaires : v. ainsi sur l'évolution de la profession d'avocat, sur sa dissociation en deux catégories, les cabinets d'affaires... et les autres), Karpik, *Les avocats entre l'Etat, le public et le marché (XIII^e-XX^e s.)*, 1995 ; Soulez-Larivière, *L'avocature*, 1995. La loi précitée du 31 déc. 1990, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, est révélatrice de l'état présent de la société française. Celle-ci est tellement envahie par le droit qu'il faut multiplier les bouches de l'oracle, prévoir un consultant, un rédacteur d'actes à proximité de tout un chacun (d'où la compétence attribuée aux juristes d'entreprise, aux syndicats, a. 58, 64, de la loi de 1971). Seulement, ce droit est si complexe, si obscur que, même entre les mains des habitués, le maniement en est dangereux, au point qu'il faut d'abord prendre une assurance de responsabilité (a. 55). Tout cela avec pour toile de fond cet esprit corporatiste, réglementaire, dont nos gouvernants, malgré tant de proclamations libérales, ne

réussissent pas à s'affranchir. Ni nos gouvernants ni nous-mêmes : les experts-comptables peuvent-ils offrir à tout venant de rédiger des actes juridiques ? Entre eux et les avocats (« le chiffre et la robe ») le conflit est devenu des plus âpres. Un arrêt, Crim. 13 mars 1996, D. 96, I.R., 125, a paru favorable aux avocats.

d) *La processivité*. — C'est un phénomène qui relève à la fois de la psychologie individuelle et de la psychologie sociale. En tant que phénomène collectif, il est sujet à des variations, dans le temps et dans l'espace, qui peuvent être saisies statistiquement à travers le *Compte général de l'administration de la Justice civile* (sur son histoire, cf. A.S., 1958, 353), devenu *L'annuaire statistique de la justice*. Opérant sur les statistiques italiennes, Ascarelli (*Saggi di diritto commerciale*, 1955, p. 521 s.) avait cru pouvoir établir une relation inverse entre le taux de la processivité et le développement économique. Il fallait, sans doute, entendre « la petite processivité », celle qui aurait eu, chez nous, son siège dans les justices de paix, et qui était, en effet, fortement liée aux modes de vie ruraux ; au contraire, le commerce, l'industrialisation font foisonner un contentieux de grande envergure. Le vrai est que, pour mesurer la processivité, l'unité-procès, qui confond des affaires très inégales en intérêt, est un instrument peu réaliste. Sur le coût des procès (au XIX^e s.), B. Schnapper, *R.H.D.*, 81, 621 ; Crespin, *Les frais de justice*, 1997. — C'est un détournement de l'institution judiciaire que l'emploi du procès à des fins médiatiques. Autrefois, on soupçonnait des bouffées de processivité publicitaire chez les gens de lettres et de théâtre. Mais on voit maintenant de grandes sociétés se servir du contentieux pour promouvoir leur image de marque (cf. Couret *et al.*, Le recours au conflit judiciaire comme outil de gestion, *R. fr. de gestion*, déc. 1990).

e) *Le raz de marée judiciaire*. — C'est le phénomène qui est décrit comme le plus urgent (cf. le rapport de deux parlementaires, Haenel et Arthuys, *Justice sinistrée, démocratie en danger*, 1991, avec les remèdes proposés, *infra*, n° 102, a) : la montée du nombre des affaires à un point tel que la justice est submergée. En parallèle avec l'inflation des lois, ce phénomène révèle l'hypertrophie du droit dans la société contemporaine. A s'en tenir aux seules affaires civiles, pour 1995 — 220 357 avaient été introduites devant les cours d'appel, 650 230 devant les T.G.I., 480 929 devant les T.I., et en y ajoutant 157 309 pour les prudhommes, on pouvait totaliser 1 508 825 affaires. Le volume est impressionnant. Les chiffres doivent, toutefois, être relativisés (cf. Cadiet, Le spectre de la société contentieuse, *Hommage Cornu*, 1994, 29). Ainsi, sur 628 839 décisions, rendues par les T.G.I., il y avait 117 045 prononcés de divorce, dont une part (une part seulement) seraient analysés crûment par des sociologues comme de simples enregistrements d'état civil sans réalité contentieuse. Dans le droit des obligations et des contrats, on estime que 85 % des demandes concernent ce que les praticiens appellent « les impayés ». Le créancier a une créance certaine et liquide, mais pas de titre exécutoire (prêt consenti sous seing privé, solde du compte en banque, loyers en souffrance). S'il agit en justice, c'est pour obtenir l'injonction de payer (a. 1405 C. Pr. C.) qui, par la formule exécutoire, lui permettra de recourir à la saisie ou à une menace de saisie. Dans la plupart des cas, le débiteur accepte la demande ou ne se défend même pas : il n'y a pas là de processivité réelle. On pourrait concevoir que le traitement de ces affaires fût transféré à des non-magistrats, aux notaires, par ex., qui ont déjà le maniement de la formule exécutoire (cf. *infra*, n° 176) ; mais le contrôle du juge paraît psychologiquement et politiquement irremplaçable. Il est donc à prévoir que, toutes simples qu'elles sont, les affaires d'impayés continueront à ralentir la liquidation des

affaires plus sérieuses, déterminant peut-être une baisse dans la qualité des jugements. Où sont les causes ? Il en est qui sont extérieures au système juridique : ex. par l'automobile les accidents se sont multipliés, par l'urbanisation les malfaçons d'entrepreneurs, et par voie de conséquence les actions en responsabilité ; une certaine permissivité des mœurs a accru le besoin de divorcer, etc. Mais le système juridique est bien capable d'engendrer lui-même sa propre asphyxie : les lois, en se multipliant, multiplient les droits nouveaux, qui tendent à se réaliser, fût-ce contentieusement ; les professionnels du droit, en se multipliant... (ils peuvent, par profession, estimer qu'un bon procès vaut mieux qu'un mauvais arrangement). Sur vingt ans, en tout cas, la « marée judiciaire », comme on l'a nommée, a l'air inexorable : raisonnant sur une base 100 en 1975, on arrive en 1994 à 307 pour les cours d'appel, 263 pour les T.G.I., 155 pour les T.I. Quels remèdes ? Viennent facilement à l'esprit les solutions mécaniques : augmenter l'effectif des magistrats, implanter au Palais l'informatique, la bureautique, etc. A la réflexion, cependant, devant ce qui est un phénomène de surconsommation parmi bien d'autres (l'appel participe de la banalisation du luxe), on se dit qu'il faudrait aussi former les Français, leurs parlementaires les premiers, à être plus sobres de droit. Une vraie Réforme.

[102]

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Organisation judiciaire en général*.

1° *Organisation territoriale*. — Les idées de réforme ont oscillé entre deux pôles : 1° la *départementalisation* (1990), qui aurait concentré au chef-lieu de chaque département, en les accroissant, l'effectif des juges et les moyens de la justice ; 2° la *justice de proximité* (1994), qui aurait restitué au juge d'instance son implantation cantonale, peut-être son nom de juge de paix et son esprit pacificateur (cf. Gridel, D. 94, chr. 29). Dans la situation actuelle, ce qui frappe, c'est l'inégalité de taille et, partant, de moyens entre la plupart des juridictions provinciales et les juridictions parisiennes, le cas extrême de Paris se retrouvant, bien atténué, dans une douzaine de capitales de région. A s'en tenir à Paris, le cas extrême, le volume des affaires y détermine le nombre des juges et permet une spécialisation (ex. chambre de la famille, copropriété). Il est des types de procès qu'on ne voit qu'à Paris (par la concentration des sièges sociaux, le cosmopolitisme, l'édition, les divorces de grands, etc.). La proximité des ministères, des médias, des émotions collectives, le voisinage (tantôt symbiose, tantôt opposition) entre la cour d'appel et la Cour de cassation, le tribunal civil et le tribunal de commerce, ne sont pas sans imprégner la mentalité judiciaire. Faudrait-il concentrer franchement à Paris certaines matières (v. déjà en ce sens, pour les brevets, C.O.J. R. 312-1), à l'encontre de la décentralisation ? ou, à l'inverse, exiler la Cour de cassation à Bourges ? En Suisse, le Tribunal fédéral n'est pas à Berne, mais à Lausanne.

2° Pour pallier la *pénurie de magistrats* eu égard au flot des besognes, la l. 8 févr. 1995 s'est contentée de solutions au rabais : le recrutement d'assistants de justice, le transfert d'attributions aux greffiers en chef (pour la critique, v. Terré, *Vie judiciaire*, 18 sept. 1994) — plutôt que de recruter un magistrat, faire avec deux demis.

3° *Revendications dans le corps judiciaire*. Le long de la décennie 1990, la « magistrature debout » a paru revendiquer des garanties statutaires (nomination, avancement)

égales à celles du « siège », ainsi qu'une plus grande indépendance à l'égard des instructions du garde des Sceaux dans l'exercice de l'action publique (il fallait « couper le cordon ombilical » ; cf. a. 36 C. Pr. P.). Mais le mouvement, excité par les affaires pénales, ne s'est guère intéressé aux attributions du parquet sous leur face civiliste et sur leur possible réforme. Il y avait, pourtant, matière à en discuter.

4° Pour une étude comparative des *cours suprêmes* dans les différents Etats, v. *R.I.D.C.*, 1978, n° 1, avec les importants articles d'A. Tunc, p. 51, 433 s.

b) *Du rôle du ministère public en matière civile*. Cf. Coderch, *Rev. juridique et politique*, 1974, 139 s. ; Charbonnier, Ministère public et Cour suprême, *J.C.P.*, 91, 1, 3532 ; Mandon, Le parquet, approche socio-juridique, *Droit et société*, 1995 (30-31) ; R. Martin, Faut-il supprimer le ministère public (devant les juridictions civiles et administratives) ?, *R.T.*, 98, 573 (il doublerait inutilement la conscience du juge ? mais il a d'autres fonctions que de donner des avis).

A la limite, on a pu rêver d'un système « activiste » sur le modèle (vrai ou imaginaire) de la *procuratura* soviétique (v. Puget, *R.I.D.C.*, 1965, 5 ; cf. Lesage, *Droit soviétique*, 1978, p. 61 s.). En fait, les fonctions dont le procureur est chargé, chez nous, au pénal, ne lui laissent guère de loisir pour s'adonner au droit civil ; et surtout elles imprègnent tout ce qu'il fait d'une teinte répressive et inquisitoire qui rend son intervention beaucoup plus perturbante que celle même d'un juge. Faudrait-il en venir à instituer un parquet civil entièrement distinct de l'autre et baptisé différemment ? En attendant, notons que, depuis les années 60, le rôle du M.P. en matière civile s'est accru : dans le droit de la famille (protection des incapables majeurs), le droit des « faillites » (car l'intérêt public, économique ou social, y a pris le pas sur l'intérêt privé des créanciers à être payés), le droit de la nationalité (y compris un certain contrôle de l'immigration, l. 24 août et 30 déc. 1993).

1° *Le M.P. partie principale*. — Son intervention n'a pas toujours le même sens. Tantôt il intervient comme une sorte de champion des droits individuels mal défendus, comme l'*avoué* des individus psychologiquement ou économiquement trop faibles pour agir eux-mêmes (ex. pour la mise en tutelle des incapables, à défaut de famille, a. 403, 416, 493 ; cf. a. 117). Tantôt il intervient pour dégager et faire valoir un intérêt public enfoui sous des intérêts privés qui ne sont pas entrés en conflit (ex. a. 339, al. 2). Dans ces divers cas, il existe des textes.

Mais là où il n'en existe pas ? Une jurisprudence ancienne, pour recevoir les procureurs à agir, exigeait la preuve d'une atteinte directe et principale à l'ordre public (*principale*, entendez que l'intérêt privé impliqué, par hypothèse, dans l'affaire devait y peser moins lourd que l'intérêt public) : Civ. 17 déc. 1913, S. 14, I. 153, D. 14, I, 26 ; Civ. 1 29 mars 1955, D. 55, 429, qui avaient dénié aux parquets le droit de contester des reconnaissances mensongères d'enfants naturels (cf. Solus, *Etudes Henri Capitant*, 1939, p. 769), ce qui explique la réforme de l'a. 339 en 1972. Aujourd'hui, cependant, avec les a. 423 C. Pr. C. et L. 751-2 C.O.J., et dans l'esprit de notre nouvelle procédure, assurément moins individualiste que celle d'autrefois, les procureurs devraient se sentir plus libres de faire valoir l'intérêt public dans les procès privés (ex. Civ. 1 29 mai 1990, *Bull.*, n° 126, le ministère public peut faire appel sans avoir été partie en première instance, mais la discussion ne portait pas sur les contours de l'ordre public). L'ordre public a été ainsi entendu assez largement par Civ. 1 8 janv. 1974, D. 75, 160, n. N. Guimezanes, concernant une affaire de filiation où, il est vrai, de la filiation dépendait la nationalité.

En revanche, Lyon, 16 janv. 1980, motifs, D. 81, 577, fut censuré par la doctrine (Colombet *et al.*, *Dictionnaire du divorce*, v^{is} M.P. ; R. Perrot, *R.T.*, 81, 698 ; 83, 198), avant de l'être par la Cour de cassation (Civ. 1 17 nov. 1981, D. 82, 573), malgré des implications de nationalité : le divorce est une notion trop intimiste pour admettre une tierce opposition du M.P.

2° *Le M.P. partie jointe*. — Suivant une première analyse, il n'aurait, ici encore, d'autre mission que de faire valoir l'intérêt public, masqué sous le débat des parties privées : ce serait le prolongement, sur un ton plus dilettante, de l'office qu'il lui arrive de remplir comme partie principale. Mais dans une analyse différente, on lui reconnaîtrait un rôle plus actif. Plus libre que les juges, parce qu'il n'est pas tenu comme eux de s'enfermer dans ce qui a été allégué par les parties, il pourrait leur apporter de nouveaux arguments de droit, et même de nouveaux arguments de fait. Avec une limite, toutefois : il faudrait que ceux-ci fussent tirés du dossier qui a été soumis au débat contradictoire (en d'autres termes, le procureur ne saurait faire état de preuves qu'il aurait rassemblées, en dehors du procès, par ses propres moyens ; Reims, 25 juin 1982, où il s'agissait, ce qui a pu aggraver la suspicion, d'une enquête de police, *R.T.*, 83, 591, n. R. Perrot). Au demeurant, la Cour de cassation ne paraît pas tellement disposée à élargir la mission du ministère public partie jointe : elle a refusé d'étendre, par analogie de l'a. 425-1°, les cas de communication obligatoire à l'ensemble du contentieux familial (ex. de refus, Civ. 1 15 janv. 1981, *Bull.*, n° 26, nullité de mariage, Civ. 1 12 juill. 1983, 17 juill. 1986, *Bull.*, n°s 172, 251, droit de visite et d'hébergement).

3° *Le M.P. en dehors des procès*. — Il existe des administrations du droit civil (cf. *R.H.D.*, 74, 758). Le M.P. dirige l'une d'entre elles, très importante, celle de l'état civil (cf. *Les personnes*). Les pouvoirs s'y manifestent par un contrôle général, hiérarchique et disciplinaire, sur les officiers de l'état civil, les maires (a. 53), mais aussi par des décisions qui ont la nature d'actes administratifs (a. 99, *in fine* ; a. 145, 169, dispenses en matière de mariage). Dans la procédure de recouvrement public des pensions alimentaires (cf. t. II, n° 383), il a reçu un pouvoir qui ressemble fort à un pouvoir juridictionnel, dont l'exercice est sujet à recours devant le président du T.G.I. (l. 75-618 du 11 juill. 1975, a. 2 et 4 ; d. 75-1339 du 31 déc. 1975, a. 4 et 8).

[103] c) *Les techniciens judiciaires*. — Ils sont regardés non comme des agents, mais comme des collaborateurs du service public de justice (cf. D. Garreau, D. 88, chr. 97 ; M.-A. Frison-Roche, D. Mazeaud *et al.*, *L'expertise*, 1995). Leur intervention dans le procès civil a toujours fait l'objet de critiques nombreuses : ils ralentissent l'instance et coûtent cher (la remarque est souvent faite à propos du partage judiciaire, où ils sont inévitables, a. 834). Tenant compte en partie de ces critiques, un nouvel a. 155-1 (d. 28 déc. 1998) prévoit la désignation d'un juge chargé de contrôler (et surtout de talonner) le technicien au cours de l'expertise. Il reste que, murmure-t-on, les juges se laisseraient trop facilement impressionner par eux. Aussi importe-t-il que leur rôle soit bien délimité (cf. Les rôles respectifs du juge et des techniciens dans l'administration de la preuve en droit privé, *Colloque des Instituts d'études judiciaires*, Poitiers, 1975, spéc. rapports Oppetit et Cornu, p. 53 et 107). Prenons pour référence l'expertise, la plus traditionnelle et la plus complète des mesures d'instruction exécutées par un technicien. Il est de son essence qu'elle ne puisse porter que sur des questions purement techniques, a. 256 C. Pr. C. (cf. Civ. 21 avr. 1958, D. 58, 432 ; Civ. 1 13 nov. 1974, D. 75, *I.R.*, 26).

Une opposition de textes peut aider à préciser le concept de *technicité* : aux lumières du technicien, dans l'a. 232, s'opposent les lumières du magistrat, dans l'a. 1353, étant observé que les présomptions « abandonnées aux lumières du magistrat » sont couramment qualifiées de présomptions *de l'homme*. Il est, en effet, des connaissances qui appartiennent à l'homme quelconque. Pour tout ce qui est logique élémentaire, exercice de la raison, le juge n'a pas besoin d'un technicien. Corollaire : l'avis du technicien ne saurait porter sur des questions de droit (la Cour connaît le droit) ; l'a. 238, al. 3, vient renforcer l'a. 232 (ex. Civ.² 19 déc. 1973, pour une mission consistant à « fixer les responsabilités », car l'analyse de la responsabilité implique la solution de questions de droit, *R.T.*, 74, 857, n. Perrot ; Civ.¹ 8 janv. 1980, *Bull.*, n° 16). Autre dérapage à empêcher : l'altération des règles gouvernant la charge de la preuve, D. 146, al. 2 ; ce qui se produirait si l'expert procédait d'office à des investigations comme le ferait un juge d'instruction (cf. Perrot, *R.T.*, 82, 788). On est tenté, il est vrai, de se dire que toutes ces précautions sont relativement secondaires, la sauvegarde majeure demeurant l'a. 246, qui proclame l'entière liberté d'appréciation du juge (cf. Civ.³ 23 mars 1994, *Bull.*, n° 66). Mais ce serait méconnaître la force psychologique qui a été conquise, à notre époque, par les techniques (médecine en tête), le pouvoir de fascination que leur ésotérisme même exerce sur le profane. Ainsi se profile à l'horizon un système juridique où, de plus en plus, le fond des conflits serait réglé par les experts, le juge d'Etat n'ayant plus que le contrôle des expertises : l'essentiel du droit se condenserait dans la procédure.

Curieusement, alors que sur d'autres terrains (terrains de fond : l'erreur dans les contrats, la garantie dans la vente, la protection des consommateurs) notre système juridique a accru sa défiance envers les techniciens et prétend les contraindre à s'expliquer — en procédure la pratique judiciaire s'abandonne bien aisément à leurs affirmations (cf. Caratini, *G.P.*, 85, I, doct. 43). Ce ne sont pas, il est vrai, les mêmes techniciens qui ont fabriqué le produit et qui en jugent ; mais ne peut-on craindre entre eux une solidarité ?

SECONDE PARTIE

[104] *Théories générales du droit civil*

Ces théories générales concernent soit le *droit objectif*, soit les *droits subjectifs*. La distinction est de celles que l'on fait pour ainsi dire inconsciemment, car elle correspond à deux sens très différents du mot droit dans le langage courant : si le droit (objectif) nous permet de faire quelque chose, nous avons le droit (subjectif) de le faire. Suivant la conception la plus classique, le droit objectif est l'ensemble des règles de droit ; le droit subjectif est le pouvoir d'agir reconnu à l'individu, au sujet de droit, par ces règles.

TITRE I

[105]

Le droit objectif

Le droit objectif est l'ensemble des règles de droit, telles qu'elles s'expriment dans des *sources formelles*, loi et coutume. A la loi et à la coutume, on ajoute souvent la jurisprudence, parfois même la doctrine ; et il est bien vrai que jurisprudence et doctrine contribuent à constituer le droit. Si nous nous plaçons au point de vue d'un praticien, il n'est pas douteux que, pour lui, connaître le droit civil français relativement à une question, ce n'est pas seulement connaître la loi, éventuellement la coutume, mais aussi les solutions des arrêts et les opinions des auteurs. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence ne semblent pas pouvoir être mises exactement sur le même pied que la loi ou la coutume ; elles n'ont pas le même rôle directement créateur. C'est pour exprimer cette différence que nous proposons d'en parler comme d'*autorités*, non de *sources* du droit civil.

ÉTAT DES QUESTIONS

PHILOSOPHIE

La notion de droit objectif étant vide de contenu philosophique, elle paraît banale, de nos jours, à beaucoup de théoriciens de droit. D'où la vogue d'autres vocables.

1° *L'ordre juridique* : Santi Romano (*un précurseur*), *L'ordinamento giuridico*, Florence, 1946 (trad. L. François et P. Gothot, *L'ordre juridique*, 1975) ; J.-P. Dupuy, *Ordres et désordres, enquête sur un nouveau paradigme*, 1982 ; Jacques Chevallier, *L'ordre juridique*, in *Le droit en procès*, 1984. — Le mot est de ceux qui éveillent aisément la contestation, pour peu qu'on l'oppose à justice (cf. *supra*, n° 53). L'ordre est,

néanmoins, pour la vie en groupe, une nécessité d'hygiène mentale à laquelle le droit peut satisfaire : après des moments de désordre, qui sont peut-être inévitables, et qui ont aussi leurs vertus thérapeutiques (cf. Balandier, *Le désordre, éloge du mouvement*, 1988), la société revient spontanément à l'ordre et au droit.

2° *Le système juridique* : Miaille, *Une introduction critique au droit*, 1976, 354 ; Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, 1986 ; *Arch.*, 1986 (toute la partie spéciale du volume) ; *Droit et Société* (11-12), 1989 ; cf. N. Luhmann, *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 1984, et L'unité du système juridique, *Arch.*, 86, 163 ; Van de Kerchove et Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, 1989 ; Vernengo, *Arch.*, 91, 253 ; K. H. Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie*, Berlin, 1992 (ouvrage significatif, parce que s'y pressent toutes les notions en vogue et, partant de l'ordre et du système, il aboutit à une intersubjectivité de communication, le tout sur fond de constitution et de droits fondamentaux).

Derrière cet emploi nouveau de vocables anciens, il y a un changement de perspective. En parlant d'ordre et surtout de système juridique, les auteurs mettent en relief cette pensée que le droit objectif n'est pas un rassemblement fortuit de règles, que les règles sont liées par une cohérence intérieure, une interdépendance, une rigidité. Durkheim (*A.S.*, 1901-1902, 305) avait déjà émis cette hypothèse, et le structuralisme devait la reprendre (cf. A.-J. Arnaud, in Amselek et al., *Controverses autour de l'ontologie du droit*, 1989, p. 85). La construction de Kelsen (v. *supra*, n° 39, 42) était constituée semblablement de normes bien ajustées, soudées entre elles, encore que ce fût de haut en bas. Sous quelque revêtement que les philosophes la présentent, la cohérence proclamée essentielle au droit ne restera pas sans effets pratiques. Elle a des conséquences pour le législateur : il doit s'abstenir de légiférer fragmentairement (primauté à la codification). Elle en a davantage encore pour l'interprète : une disposition ne doit pas être interprétée par elle-même, mais par référence à l'ensemble du droit.

Tout ne coule pas, pourtant, dans ce sens. N'y a-t-il pas une logique du flou ? Cf. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, 1986 (v. cep. Malinowski, *Logique du flou et logique formelle*, D. 88, chr. 287). Toujours est-il que chaque discipline (ex. droit fiscal, droit pénal, droit du travail) se veut spécialisée, voire séparatiste ; que l'histoire fait cohabiter chez nous des strates hétérogènes de droit (ex. le C. Nap. du bail avec des lois particulières et d'ailleurs diverses sur divers types de bail ; cf. t. III, n° 186) ; et que, si la Cour de cassation avait interprété l'a. 1384, al. 1^{er}, par référence à la totalité du droit civil, elle n'aurait jamais pu lui faire jouer le rôle explosif et d'ailleurs utile que l'on connaît.

Dans le mouvement d'idées qui s'est développé autour des notions d'ordre et de système (principalement, de système), il y a, remarquent les sceptiques, une métaphore admirable, mais peu réaliste : l'ensemble des normes est métamorphosé en un être vivant, doué de logique — de volonté et d'intelligence (mais pas d'affection, de pitié), alors que, pour des yeux plus prosaïques, ce n'est qu'un amas inerte de livres, d'affiches, de papier, la vie étant tout entière (et ne pouvant être que là) dans les hommes qui font les normes, les appliquent ou les subissent. Le système, tel qu'il est décrit, apparaîtra à beaucoup comme un monstre semblable à l'Etat (et peut-être n'en est-il qu'un avatar) : il vit, rejette les incompatibles, attire les complémentaires, et surtout s'autoreproduit. N'ayant pas à se soucier des gens simples qui sont en bas, il peut proliférer librement, devenir à plaisir de plus en plus complexe. C'est un aristocrate.

N.B. — 1° Par *système*, les juristes entendent couramment, sans donner au mot une portée métaphysique, le minimum de présentation théorique dont le droit et plus encore son enseignement ne sauraient se passer (ex. Rivero, *Apologie pour les faiseurs de systèmes*, D. 51, chr. 99, dans une controverse célèbre avec B. Chenot et le Conseil d'Etat) ; cf. Souriaux, *R.I.D.C.* 88 (numéro spécial), 145. 2° Il faut se rappeler que le droit comparé (*supra*, n° 83) se sert habituellement du mot *système* pour désigner une famille de droits.

PRATIQUE DOCUMENTAIRE

Le Droit objectif, c'est, matériellement, une énorme masse d'écrits (lois, arrêts, commentaires, etc.). Pour connaître complètement l'état du droit sur une question donnée, il faut d'abord rassembler, des différents livres où ils sont dispersés, tous les textes qui se rapportent au sujet. Cette recherche des documents est préalable à tout travail juridique. Elle peut être facilitée aujourd'hui par l'informatique. V. Dunes, *La documentation juridique*, 1977 ; Tanguy, *La recherche documentaire en droit*, 1991.

La source principale est la *loi* ; la *coutume* n'est qu'une source subsidiaire (mais peut-être plus importante qu'on ne l'accorde en général).

B.G. — Sur la philosophie des *sources du droit*, cf. *Arch.*, 1982 (spéc. pour le droit privé, Souriaux, p. 33, et du même, *R.I.D.C.*, 88 (numéro spéc.), 145 s.) ; Jestaz, *R.T.*, 93, 73, et 96, 299.

a) *La multiplication des sources*. — La *R.T.* de droit civil a eu raison d'ouvrir, en 1997, une rubrique distincte pour les sources. Leur foisonnement est devenu un phénomène majeur de ce tournant du siècle, phénomène à la fois contre-révolutionnaire, postmoderne et baroque (triple revanche sur 89, notre part des Lumières et le classicisme). Du côté des privatistes, l'impression est celle d'une invasion de droit public. Cependant, ce ne sont plus, comme en 1950 (cf. *infra*, n° 67), les administrations dirigistes qui sont en cause ; l'envahisseur a les traits d'un droit constitutionnel s'arrogeant, hormis la coutume (du moins tant qu'ils ne s'en seront pas aperçus), le contrôle de la production du droit. Le droit privé peut continuer à célébrer ses sources de droit : le droit de ses sources est un droit public.

b) *Une source de plus ?* — C'est une question : si, auprès de la loi, il ne serait pas rationnel de faire figurer, au rang de source du droit, *l'acte juridique* (dont le prototype est le contrat ; v. *infra*, n° 167 s.). N'est-il pas couramment défini comme destiné à créer des effets de droit ? On s'explique assez, dans cette vue, que Kelsen l'ait fait entrer dans son édifice de normes, et que la C.R.C.C. ait envisagé de l'accueillir dans la partie générale du Code en projet, ce qui était lui reconnaître un statut politico-philosophique échappant à la banalité des autres institutions. Cependant, l'amour de la liberté n'exige peut-être pas que l'on accorde à la volonté privée une telle toute-puissance dans le mécanisme technique du droit. Techniquement, les actes juridiques n'agissent sur le monde extérieur que par le bras de la loi (le bras de

l'a. 1134). Ce qui est vrai, c'est que la loi, à elle seule, resterait inerte en droit civil : elle a besoin, pour se déclencher, du stimulus d'un acte juridique (ou d'un fait juridique, d'ailleurs ; cf. t. IV, n° 12).

1 / La loi

Sauf à préciser le cas échéant, la loi doit être comprise ici dans un sens générique : c'est toute règle de droit formulée par un *organe étatique* compétent, quel que soit d'ailleurs cet organe. Pas seulement la loi parlementaire ou loi *stricto sensu*, mais aussi le règlement administratif (décret, arrêté). Pour éviter une ambiguïté qui s'est encore accrue depuis la promotion du décret par la Constitution de 1958, peut-être serait-il préférable de parler des *textes* dans leur opposition à la coutume.

La loi, les textes, appelés à former la trame du droit civil, émanant directement ou indirectement de l'Etat ; on pourrait considérer que l'étude en appartient exclusivement au droit public (constitutionnel et administratif). Cependant, le droit civil ne peut ignorer le cadre de droit public où est enserrée sa matière. Et comme, de son côté, il a élaboré sa propre théorie générale de la loi (ex. la notion de loi spéciale, la non-rétroactivité des lois), dont certains éléments lui étaient donnés par le C.C. lui-même (au titre préliminaire), les développements qui vont suivre ont eu à emprunter tour à tour au droit public comme au droit privé.

B.G. — Il faudrait lire avant tout l'admirable *Traité des lois* de Domat (édité en tête des *Lois civiles* ; adde le livre préliminaire de celles-ci ; cf. P.-Y. Gautier, *R.T.*, 92, 529). — Sur les philosophies de la loi, *La loi civile*, Cahiers de philosophie politique de Caen (12), 1987 ; Bastit, *Naissance de la loi moderne*, 1990. — Sur la manière dont les lois sont faites, V. Ripert, *Le déclin du droit, études* [très critiques] *sur la législation contemporaine*, 1949 ; et *Les forces créatrices du droit*, 1955 (en particulier, n° 25 s., essai de découverte du *législateur sociologique*, par-delà le législateur juridique). — La décadence du Parlement, qui s'est poursuivie depuis les guerres mondiales sous tous les régimes, l'inflation législative, nécessité, assure-t-on, par la complexité croissante de la vie sociale, ont contribué à estomper l'opposition, sociologique en son principe, entre la loi (nationale, populaire) et le règlement (technicien, bureaucratique). L'extension du pouvoir réglementaire, scellée par la Constitution de 1958, aboutit à conférer valeur de loi à ce qui n'est manifestement que volonté d'un bureau de ministère. Et, de surcroît, beaucoup de lois qui sont votées par les Chambres sans

débat sérieux avaient été préparées dans le secret de l'Administration. Si l'on dresse le bilan, on constate qu'une part considérable du droit postérieur à 1914, même du droit civil, loin de sortir des profondeurs de la Nation, a une origine purement bureaucratique. Il faudrait rechercher si ce droit n'est pas souvent senti par ses sujets (et même par les juges) comme un corps étranger. Le divorce entre le droit technique et le peuple est un phénomène qui s'est reproduit à plusieurs époques de l'histoire (au Bas-Empire, opposition entre les constitutions impériales et le *droit vulgaire* ; au Moyen Age, entre le droit savant [romain ou canonique] et les coutumes ; en Allemagne, après la réception du droit romain, entre le *Volksrecht* et le *Juristenrecht*).

I | DISTINCTION DES LOIS

Quand on a à résoudre, en cette fin de siècle, une question de droit civil, on est souvent arrêté par la multiplicité, voire la confusion des textes qui, à première vue, semblent avoir quelque rapport au sujet. Pour mettre de l'ordre dans le chaos, il est de bonne méthode de se demander d'abord si tous ces textes, également compétents en apparence, doivent être réellement placés sur un pied d'égalité, si entre eux des distinctions ne doivent pas être faites, qui conduiront à débayer le terrain. De ces distinctions, les unes sont proposées par le *droit privé* lui-même, les autres lui sont imposées par le *droit public*.

[107] ► *Les distinctions du droit privé*

Toutes impliquent un classement, une hiérarchisation entre les catégories :

a) *Lois impératives et lois supplétives de volonté*. — Les premières, lois d'ordre public, ont une force obligatoire supérieure : elles sont « indérrogables » (*infra*, n° 126). La distinction est dans l'a. 6 et concerne avant tout le droit des contrats.

b) *Lois générales et lois spéciales*. — C'est une distinction traditionnelle et qui se veut rationnelle. Elle repose sur l'extension, le « périmètre » variable de la matière traitée et régie par chaque loi. La présomption est que, lorsque le législateur concentre son attention sur une matière plus étroite, c'est qu'il lui attribue plus d'importance. Logiquement, l'interprète devra la faire prévaloir si elle entre en contradiction apparente avec une autre loi, plus générale, donc plus

vague : la loi spéciale est la plus énergique, étant la mieux définie. Ex. le législateur a d'abord réglementé les syndicats (qui sont une variété d'associations), plus tard, les associations ; les deux lois peuvent s'appliquer cumulativement, la seconde sera comprise comme régissant les associations en général, à l'exception des syndicats, dont la loi spéciale, parce que spéciale, résiste à l'abrogation tacite. Ce que l'on formule en disant que, par une loi générale, il n'est pas dérogé aux lois spéciales (*legi speciali per generalem non derogatur*). Mais, si les deux lois s'étaient succédé dans l'ordre inverse, la loi spéciale devrait être regardée comme ayant *partiellement* abrogé la loi générale (*specialia generalibus derogant*).

c) *Droit commun et lois particulières*. — Cette distinction a l'air de répéter la précédente, mais l'esprit en est différent. Il ne s'agit plus de redécouvrir l'intention du législateur, mais de reconnaître objectivement la place d'un sous-ensemble de règles à l'intérieur d'un même système juridique, celui-ci gardant la valeur d'une référence de principe. Ex. le C. Ru. (a. L. 321-1) a réglé en quelques points les rapports entre époux exploitant conjointement un fonds agricole : cette ébauche de régime matrimonial catégoriel ne préjudicie pas à la communauté conjugale du C.C., laquelle demeure le *droit commun de la France*, comme le dit l'a. 1393, qui retrouve un sens inattendu. Pareillement, dans l'a. 102, on voit un domicile particulier aux bateliers se situer au-dessous du domicile de droit commun (*tout Français*). Il est admis que le droit commun est supérieur au droit catégoriel : en cas de contradiction, c'est le premier qui prévaut. L'autre, étant exceptionnel, sera interprété strictement, et ses lacunes seront comblées par un appel au droit commun.

L'entrée de l'Europe en France a suscité un nouvel usage du droit commun, au sens (encore incertain) de droit européen : ce serait le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, ou, plus hypothétiquement, le droit qui pourrait s'induire d'un esprit commun aux droits des nations groupées dans l'U.E., voire du droit communautaire lui-même (cf. *infra*, n° 139).

[108] ► *Les distinctions du droit public*

Selon la forme qu'ils revêtent (l'organe qui les édicte, la procédure par laquelle ils sont élaborés), les textes s'ordonnent en une hiérarchie qui descend ainsi, selon la Constitution de 1958 (en y

ajoutant l'effet des compétences reconnues aux collectivités territoriales, a. 72) :

Constitution (y compris le « bloc de constitutionnalité »)	
Loi organique (a. 46)	} Loi au sens strict ou loi parlementaire.
Loi ordinaire (a. 34)	
Ordonnance du Président de la République (a. 38).	} Règlement dans le domaine de la loi (<i>loco legis</i>).
Décret (en Conseil des ministres) du Président de la République (a. 37)	
Décret autonome du Premier Ministre (a. 37)	
Décret d'application pris par le Premier Ministre (a. 21)	} Règlement administratif.
Arrêté ministériel	
Arrêté préfectoral éventuellement arrêté du président du conseil général	
Arrêté municipal (du maire)	

Les conséquences pratiques du classement sont considérables, car il est de principe qu'un texte de la catégorie inférieure est toujours subordonné aux textes de la catégorie supérieure et impuissant à y déroger. Il existe des moyens juridiques pour faire respecter cette hiérarchie (ex. un décret ou un arrêté contraire à la loi pourra être annulé par le Conseil d'Etat sur un recours pour excès de pouvoir) — pas à tous les degrés, cependant (ex. : les particuliers ne peuvent faire juger l'inconstitutionnalité d'une loi).

Toutes ces catégories de textes n'ont pas, pour le droit civil, une égale importance : il en est de *principales* et de *secondaires*, la ligne de partage passant, depuis la Constitution de 1958, au milieu de la notion de décret — à quoi s'ajoutent (constitutionnellement aussi) des *textes internationaux*.

[109] A) *Les catégories principales de textes*

Il en est deux : la loi (parlementaire) et certains décrets qui sont *loco legis* (qui tiennent lieu de loi). C'est une première distinction à

faire. D'autres se présenteront ensuite, qui sont intérieures à l'une ou l'autre des deux catégories.

a) *Distinction de la loi au sens strict et du décret loco legis.* — De 1804 à 1958, la loi, en principe, avait été seule. Toutefois, dans des périodes insurrectionnelles, il était advenu à des gouvernements provisoires de légiférer sans Parlement, par voie de décrets ayant force de lois, dits décrets-lois ou ordonnances et réputés valables pour cause de nécessité (ex. : d. du Gouvernement de la Défense nationale en 1870 ; o. du Gouvernement de la Libération en 1944-1945). D'autre part, l'habitude s'était prise, depuis la fin de la III^e République, qu'un Parlement impuissant déléguât à l'Exécutif son pouvoir de légiférer, et c'étaient encore des décrets-lois qui sortaient de cette délégation.

La Constitution de 1958 a étendu et régularisé ces pratiques. Elle reconnaît (a. 37, 21) aux décrets du Premier Ministre, dans un très vaste secteur du droit, une force propre égale à celle de la loi. Ces décrets *loco legis*, qui sont absolument comme des lois, peuvent, dans les matières qui leur sont constitutionnellement dévolues, déroger à toutes les lois antérieures, et notamment au Code civil. Il est donc important de savoir quelles sont les matières désormais livrées au pouvoir réglementaire.

1^o *Domaines respectifs de la loi (parlementaire) et du décret (du Premier Ministre).* La Constitution (a. 34) procède par énumération des matières législatives, réservées en principe à la loi parlementaire. Il en résulte cette conséquence très importante que les matières législatives représentent l'exception : tout ce qui n'est pas législatif est réglementaire (a. 37, al. 1).

— *Domaine de la loi.* Toutes les matières dites législatives ne sont pas soumises à la loi avec une égale exclusivité. La lecture de l'a. 34 fait apparaître une nouvelle distinction :

Il est des matières qui sont *entièrement* soumises à la loi, aussi bien pour leurs règles techniques que pour leurs principes fondamentaux. Ainsi : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens (réquisitions) ; les nationalisations d'entreprise ; la détermination des crimes et délits (mais non des contraventions, du moins de celles qui ne sont sanctionnées que d'une amende), ainsi que les peines qui leur sont applicables, la procédure pénale ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités.

Ce sont des matières qui, suivant la tradition libérale issue de la Révolution, ont toujours résisté plus fortement que d'autres à l'intervention du règlement administratif, soit parce que des droits de l'homme et du citoyen y sont impliqués, soit parce qu'il y faut défendre contre les intrusions possibles de l'Administration les secrets de la personnalité et la tranquillité des familles (telle est peut-être la pensée du paragraphe qui a le plus de rapport avec le droit civil : état, capacité, régimes matrimoniaux, successions, libéralités).

Il est des matières qui ne sont que *partiellement* soumises à la loi : uniquement pour leurs principes fondamentaux, leur superstructure de règles techniques étant *a contrario* abandonnée au règlement administratif. On relèvera, dans cette seconde catégorie, comme touchant plus directement le droit privé : le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, le droit du travail, le droit syndical et la Sécurité sociale.

— *Domaine du règlement.* C'est tout le reste du droit. Toute matière qui n'est pas comprise dans un des paragraphes de l'a. 34 peut faire l'objet d'un règlement, c'est-à-dire d'un décret du Premier Ministre. Par préférence, se trouvent ainsi renvoyées au pouvoir réglementaire des matières importantes du droit civil, telles que la procédure (le nouveau C. Pr. C. est un décret) et l'administration de la preuve.

Les frontières des deux domaines ne sont pas fixées de façon définitive. L'a. 34, *in fine*, prévoit que l'énumération constitutionnelle des matières législatives pourra être ultérieurement précisée et complétée par le Parlement au moyen d'une loi organique : *précisée*, ce qui ne signifie pas restreinte, mais seulement interprétée, là où les dispositions actuelles sembleraient manquer de clarté ; *complétée*, ce qui suppose que la liste des matières totalement ou partiellement législatives pourrait être étendue, et qu'ainsi le Parlement aurait, après expérience, la faculté de rogner les ailes au règlement administratif. Mais c'est une faculté dont il n'a point usé jusqu'à présent.

2^o *Sanction de la délimitation.* Le gouvernement peut, au cours de la procédure législative, opposer l'irrecevabilité à la discussion d'un texte qui serait du domaine du règlement (a. 41). Si un tel texte vient à être voté, il pourra être déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel (a. 61). Mais, à supposer qu'aucun des deux moyens n'ait, en fait, fonctionné, la loi ainsi élaborée sur une matière réglementaire n'en est pas moins obligatoire. Seulement, malgré sa forme législative, elle n'a que valeur de décret, et un nouveau décret pourra l'abroger ou la modifier, si du moins sa nature réglementaire a été préalablement reconnue par le Conseil constitutionnel (a. 37, al. 2).

Si un décret intervient dans une matière réservée à la loi, il est inconstitutionnel et pourra, sur un recours pour excès de pouvoir, être annulé par le Conseil d'Etat. Il en sera de même si, destiné principalement à régir une matière réglementaire, il empiète incidemment sur une matière législative (ex. : en contrevenant à une garantie fondamentale des citoyens, ou en créant une incapacité, au mépris de l'a. 1123 C.C.).

3° *Exception à la délimitation : le régime des ordonnances.* Les ordonnances sont, en la forme, des règlements administratifs, des décrets, mais qui interviennent valablement dans des matières législatives. Ce sont des décrets-lois constitutionnalisés. La condition préalable est que le Parlement, par une loi d'habilitation, ait autorisé le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances dans un domaine qu'il circonscrit avec plus ou moins de précision. Cette condition remplie, l'ordonnance sera prise en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat (a. 38, al. 2). Elle aura besoin, pour devenir exécutoire, de la signature du Président de la République (a. 13) ; et celui-ci pourra refuser de la signer, soit pour non-conformité à la loi d'habilitation, soit même, semble-t-il (mais le point est fort chatouilleux), par objection de conscience. Les ordonnances entrent en vigueur dès leur publication.

Elles sont, il est vrai, à peine de caducité, sujettes à ratification par le Parlement ; mais il suffit, pour que la caducité soit évitée, que le projet de loi de ratification soit *déposé*, non pas nécessairement voté, dans le délai qu'avait fixé la loi d'habilitation.

[110] b) *Diversité dans les lois (lois au sens strict, éventuellement décrets loco legis).* — De nouvelles divisions, les unes de *forme*, les autres de *fond*.

1° *Lois d'initiative gouvernementale et lois d'initiative parlementaire.* Toutes les lois au sens strict peuvent être dites lois parlementaires parce qu'elles ont dû être votées par le Parlement, et, une fois votées, elles ne se ressentent plus de leur origine. Car l'origine peut avoir été différente. Il est des lois — ce sont les plus nombreuses — qui procèdent de l'initiative du gouvernement : il avait déposé un projet de loi (c'est le terme technique) devant l'Assemblée nationale ou le Sénat (à son choix). D'autres lois peuvent être issues de l'initiative d'un député ou d'un sénateur (ou d'un groupe de députés ou de sénateurs), qui avait déposé une *proposition de loi* (autre terme technique).

2° *Textes codifiés et non codifiés.* La codification, la réunion des lois ayant le même objet dans un même volume, n'a pas seulement

pour utilité de faciliter la recherche documentaire. Elle peut concourir à imprimer une unité de style et une cohérence intellectuelle à des textes procédant d'origines différentes. En revanche, en traitant des institutions diverses par des lois séparées, on peut mieux sauvegarder l'esprit particulier à chaque institution.

Il existe des codifications classiques, correspondant aux grandes branches du droit. Le droit civil est, en principe, renfermé dans le C.C., auquel ont été incorporées au fur et à mesure les réformes des XIX^e et XX^e siècles. Néanmoins, des lois importantes, dont l'ampleur aurait fait éclater le réceptacle de 1804, sont restées en dehors (*extravagantes*, pour emprunter un vocable au droit canon du Moyen Age : ex. l. 23 déc. 1986 sur les baux d'habitation ; d. 4 janv. 1955 sur la publicité foncière).

La multiplication des textes en ordre dispersé a fait apparaître, à notre époque, un autre type de codification, la *codification-compilation*. Une commission administrative est chargée de recenser tous les textes, législatifs ou réglementaires, afférents à une même matière ou à une même administration, de les rassembler, de les mettre en ordre, éventuellement de les adapter, d'en « faire la toilette » ; mais elle n'a pas pouvoir d'innover, elle opère à *droit constant*. L'ultime lancement se fera par décret, voire par une loi si le gouvernement veut solenniser la chose : ex. Code de la santé publique, d. 5 oct. 1953 ; Code de la consommation, l. 26 juill. 1993. Cinq codes avaient suffi à Napoléon ; nous en avons, paraît-il, 69.

3° *Lois closes et lois à suivre.* Chaque loi, en principe, se suffit à elle-même. Par exception, il en est qui, du moins dans leurs articles initiaux, en annoncent d'autres, et même donnent mission au gouvernement d'en préparer. La Constitution elle-même avait prévu deux types de ces lois « à suivre » ; la pratique a ajouté à la liste :

— Les lois de *programme* (a. 34 *in fine*) et de *plan* (a. 70) sont des catégories constitutionnelles, avec un trait commun : elle doivent être soumises pour avis au Conseil économique et social. Leur finalité est de déterminer les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat. Entre les deux, la différence peut sembler n'être que de degré : le plan se veut plus ambitieux et essaie de prophétiser à plus long terme (cf. l. 29 juill. 1982 sur la procédure d'élaboration des lois de plan). En contrepartie, le risque est que les gouvernements se désintéressent du chantier, si demain les économistes du moment se confient davantage aux lois du marché, et moins à l'intervention étatique, pour *réguler* l'économie.

— Les *lois-cadres* et les *lois d'orientation* sont des créations de la pratique. On observe que les premières sont souvent moins dévelop-

pées que les secondes. Il y a, cependant, une intention commune, et elle est politique, qui est d'associer le Parlement, de lui faire approuver les grandes lignes de l'action que le gouvernement se propose de poursuivre dans un domaine circonscrit. Nous avons eu ainsi, à vingt ans d'intervalle, deux lois d'orientation agricole (5 août 1960, 4 juill. 1980) ; nous avons une loi (10 juill. 1989) d'orientation sur l'éducation (même si celle-ci, aux yeux de certains, donne l'impression d'avoir encore perdu le Nord) ; une loi d'orientation *et* de programmation relative à la sécurité (21 janv. 1995), une loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (29 juill. 1998). De telles lois sont plus que des boussoles, car elles contiennent des règles immédiatement applicables. C'est par induction que l'on y découvre une tendance. Celle-ci ne saurait lier le législateur à venir, mais elle s'impose au pouvoir réglementaire.

Politiquement, toutes ces lois à suivre doivent être comprises comme impliquant, au nom du Premier ministre présent *et de ses successeurs*, l'engagement de proposer les textes et les moyens financiers qui seront nécessaires à la continuité de la politique amorcée. C'est pourquoi ceux qui sont dans l'opposition ne se font pas faute de dénoncer ce qu'ils appellent « une législation à crédit ». Car si finalement l'engagement n'est pas tenu, il n'y aura guère d'autre sanction que les reproches platoniques des parlementaires et de l'opinion. Encore faut-il qu'ils se souviennent de la promesse. Il est vrai que la rhétorique habituellement déployée dans les articles de tête aura pu contribuer à les en faire souvenir : elle aura, au passage, semé quelques nouveaux droits de l'homme (cf. *supra*, n° 43).

— *Les lois à revoir.* C'est l'expérimentation législative. Le Parlement qui est prêt à voter une loi, mais nourrit encore des doutes sur les résultats à en attendre, y insère la réserve (la condition résolutoire) qu'au terme d'un délai (ex. cinq ans) il aura à en débattre de nouveau au vu d'un rapport d'application. A défaut, la loi devrait être caduque, réputée abrogée tacitement. Si, au contraire, elle lui est représentée, il pourra soit la consolider purement et simplement, soit la reprendre en l'amendant. C'est ainsi que la loi Veil du 17 janvier 1975, suspendant pour cinq années la répression de l'avortement, a été consolidée par la loi du 31 décembre 1979. Lois pareillement expérimentales, les lois de bioéthique du 29 juillet 1994 sont sujettes à être revues dans le courant de 1999.

[111] B) Les catégories secondaires de textes

a) *Textes émanant d'une autorité publique.* — Sous l'empire de la Constitution de 1958, comme auparavant, il est des décrets qui restent entièrement subordonnés à la loi. Il est fréquent que la loi elle-même (ex. a. 1341) charge le gouvernement (le Premier Ministre) de prendre un décret pour compléter dans le détail ses propres dispositions (il peut être prévu que le travail sera fait après consultation du Conseil d'Etat ; le décret, en pareil cas, était autrefois désigné comme *règlement d'administration publique*, mais l'appellation et la notion ont été supprimées par une loi du 7 juillet 1980). Cependant, il arrive aussi que ce soit le gouvernement qui, spontanément, décide de faire un décret pour régler les détails d'application d'une loi, car il a gardé sa mission d'assurer l'exécution des lois (Const. 1958, a. 21), et puisqu'il en a le devoir, il doit en avoir les moyens.

Certaines autorités administratives (ministres, préfets, maires ; très limitativement, président du conseil général) peuvent, dans les limites de la compétence qui leur est dévolue par la loi, prendre aussi des dispositions de portée générale et permanente, qui sont des *arrêtés*. Les arrêtés intéressaient rarement le droit civil classique. Leur importance s'est accrue aujourd'hui dans la partie du droit civil où s'exerce un contrôle, surtout un contrôle économique, de l'Administration (ex. les arrêtés préfectoraux ont un rôle notable dans le droit du bail à ferme).

Les *circulaires* ou *instructions* ministérielles méritent d'être rangées à part : ce sont des textes susceptibles d'une application générale et permanente, à l'instar des décrets et arrêtés ; mais ils n'ont de portée, en principe, qu'à l'intérieur de l'administration concernée. Le ministre donne des instructions à ses services : le reste de la population est en droit de les ignorer. Cependant, il arrive qu'en appliquant les ordres qu'elle a reçus, l'administration se heurte aux intérêts de certains administrés. Le Conseil d'Etat a été ainsi amené à distinguer des autres ces circulaires qui « font grief », portent préjudice. Elles sont entrées par là dans le système juridique et peuvent être éventuellement attaquées par un recours pour excès de pouvoir.

Les circulaires du ministre de la Justice (de la chancellerie, place Vendôme, à Paris) présentent cette particularité qu'en aucun cas, elles ne sont adressées à la justice, aux juridictions, aux magistrats du siège : ce serait méconnaître leur indépendance. Elles sont adressées au ministère public, par l'intermédiaire des procureurs généraux, sur lesquels le ministre exerce un pouvoir hiérarchique. Tantôt, accompagnant la mise

en vigueur d'une loi nouvelle, des interprétations sont suggérées, qui peuvent avoir une valeur exégétique, parce que la chancellerie a pu déceler « l'intention du législateur » au fil des débats parlementaires qu'elle a suivis. Tantôt, en matière pénale plus précisément, ce sont des instructions directes qui sont données aux parquets, l'ordre de poursuivre ou de ne pas poursuivre tel ou tel type d'infraction, afin que soit imprimée une unité à ce que l'on appelle la *politique criminelle*, et que soient évitées des inégalités de traitement d'un ressort judiciaire à un autre.

b) *Textes émanant d'organes habilités par une autorité publique.* — Certains organismes publics, plus ou moins indépendants, ont reçu délégation de la loi pour produire du droit : la Banque de France (l. 4 août 1993, a. 2) régularisait (avant l'euro) les rapports entre le franc et les devises étrangères (entendez : fixait par ses *décisions* les aux de change); le Conseil national du crédit (C. consom. a. L. 313-3) détermine par ses *avis* le seuil de l'usure; la Commission des opérations de bourse (la C.O.B., ord. 28 sept. 1967, mod. par l. 2 août 1989; a. 4-1) prend des règlements pour le (bon) fonctionnement des marchés de valeurs mobilières.

Les *règles professionnelles* (corporatives) ne constituent pas, en général, des sources autonomes de droit. Il en est, cependant, qui peuvent acquérir force obligatoire par une estampille étatique. Ces règles sont parfois d'origine *conventionnelle*, en ce sens qu'elles sont élaborées par accord entre deux groupements professionnels. Ainsi, les syndicats d'employeurs et de salariés passent entre eux des conventions collectives, dont la force obligatoire peut être étendue par les pouvoirs publics bien au-delà du cercle des parties contractantes (C. Tr., a. L. 132-1). La Commission consultative des baux ruraux, groupant, dans chaque département, des représentants des bailleurs et des preneurs (C. Ru. Nouveau, a. 411-1), est compétente pour rédiger un *contrat type* de fermage ou de métayage applicable à défaut de contrat individuel (voire à l'encontre d'un contrat individuel), mais ce contrat type n'a de force obligatoire qu'après avoir été publié (homologué) par arrêté préfectoral. Dans d'autres cas, les règles sont élaborées directement par les organes de la profession et leur inobservation donne lieu à des sanctions disciplinaires. Ainsi chaque barreau a compétence pour arrêter les dispositions de son règlement intérieur (l. 31 déc. 1971, a. 17-1°), mais sous réserve d'un contrôle par la Cour d'appel. Existe de même un Code de déontologie médicale dont les dispositions s'imposent à tout médecin : préparé par le Conseil national de l'Ordre des médecins, qui en avait reçu mission de l'a. L. 366 C.S.P., il a été édicté en forme de décret (95-1000 du 8 sept. 1995). C'est un texte qui

a une importance considérable en droit civil, parce que sont souvent invoqués, comme engageant la responsabilité médicale, des manquements à son a. 32, au devoir « d'assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les *données acquises* de la science ». Les règles déontologiques et techniques de chaque sport sont définies par les fédérations sportives compétentes ou par le Comité national olympique (l. 16 juill. 1984, a. 16 s.) : leur violation peut être regardée comme une faute civile.

c) *Textes de droit privé.* — Qu'ont-ils à faire dans une classification de droit public ? Ce n'est pas l'autorité publique qui leur confère force obligatoire, c'est un contrat de droit privé. Il en est ainsi du prototype, dans le C. Tr., a. L. 122-33, le *règlement intérieur*, que l'on appelait autrefois *règlement d'atelier*. C'est par son contrat de travail que chaque salarié s'y trouve soumis. Et le même raisonnement est applicable à ces autres règlements de droit privé, le règlement de copropriété dans les immeubles divisés par appartements (l. 10 juill. 1965, a. 8, cf. t. III, n° 178), les statuts et le règlement intérieur de l'association (l. 1^{er} juill. 1901, a. 1^{er} et 5), les statuts de la société anonyme. Le législateur a concédé, sous certaines conditions, à la volonté privée, le pouvoir de discipliner, réguler un espace délimité de relations sociales par une technique calquée sur celle de la loi et de ses dérivés, la technique de toutes les normes, des commandements abstraits, généraux et permanents (cf. *supra*, n° 5). Des textes de droit privé contribuent ainsi à l'ordre juridique voulu par l'Etat.

[112] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Le texte même de la Constitution de 1958, avec ses symboles annexes, est largement accessible, mais une exégèse article par article y ajoute quelque chose, surtout quand elle a de l'esprit : v. G. Carcassonne, *La Constitution*, 1996. V. aussi les ouvrages de fond, Lavroff, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, 1995 ; Avril et Gicquel, *Droit parlementaire*, 1996 ; J.-C. Bécane et M. Couderc (qui joignent à une connaissance aigüe des palais législatifs la vivacité du trait), *La loi*, 1994. Sur les circulaires administratives, v. G. Koubi, *Dr. pros.*, 96, 785 (à propos des circulaires relatives à la laïcité).

SOCIOLOGIE

a) *Les groupes de pression.* — V. Meynaud, *Les groupes de pression en France*, 1958, 1972 ; Bréhier, *Les groupes de pression à l'Assemblée nationale*, revue *Pouvoirs* (n° spéc. 34), 1985, 107. A l'encontre de l'hypothèse marxiste, les *lobbies* ne sont pas

toujours l'expression d'intérêts économiques (ex. *lobby* des pères divorcés, des œuvres d'adoption, des militants de l'homosexualité, etc.). Consolation, si c'en est une : à Bruxelles, autour de la Commission de l'U.E., qui est censée légiférer aussi pour la France, les groupes de pression sont dix fois plus organisés, actifs et insolents que chez nous.

b) Sur l'emploi de l'*expérimentation*, v. Morand, *Les lois expérimentales*, 1993 ; J. Chevallier, *Les lois expérimentales*, le cas français, in D. Bourcier et al., *L'écriture du droit*, 1996, 167. Cf. le « Quadriga » *Sociologie juridique*, 1994, 218.

POLITIQUE CONSTITUTIONNELLE ET LÉGISLATIVE

a) *Nature juridique du C.C.* — Par sa signification historique, il est la véritable constitution de la France, et au moins quelques-uns de ses grands textes auraient mérité d'entrer dans le bloc de constitutionnalité du Conseil court (cf. *infra*, n° 117), au titre de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République — la république de l'an VIII (cf. par ex. Terneyre, *Mélanges Peiser*, Grenoble, 1995 : le législateur pourrait-il abroger les a. 6 et 1123 C.C. ?). En rabattant au minimum ses prétentions, on aurait dû, en tout cas, lui reconnaître en bloc le caractère législatif (opp. le C. Pr. C. réglementaire pour le tout). On pouvait invoquer en ce sens une espèce de coutume constitutionnelle qui l'avait comme sacralisée (Const. 1791, titre I, *in fine* ; charte de 1814, a. 68 ; charte de 1830, a. 59). Pourtant, la Const. de 1958, dans ses a. 34 et 37, a répudié cette idée : il y a désormais dans le C.C. de la loi et du décret, dans la colonne Vendôme du bronze et du zinc. En fait, comme par crainte révérentielle devant le monument, la pratique des ministères a évité de toucher au C.C. par décret (sauf bavures, a. 99, 2148..., une des plus lourdes ayant été la *délégation* des a. 40 à 45, qui incluaient notamment la publicité des actes de l'état civil).

b) *La promotion du décret.* — Sur le moment, les juristes de vieille roche avaient déploré l'abaissement ainsi infligé à la loi (cf. P. Durand, *J.C.P.* 59, 1, 1470). Il fallait, cependant, pour être équitable, observer : 1° que le régime de Vichy avait été beaucoup plus loin dans cette voie, puisque toute législation y émanait du chef de l'Etat, c'est-à-dire pratiquement de l'Administration ; 2° que la décadence de la loi ne s'était pas produite brusquement en 1958, mais avait commencé insidieusement bien plus tôt, et sans doute dès la guerre de 1914, ce péché irrémissible du xx^e siècle (des Etats-Unis à la Chine, c'est le même cancer bureaucratique qui ronge la civilisation juridique). A l'inverse, en faveur du règlement ne manquaient pas les arguments rationnels : à l'ère de la technique, de l'action rapide, de l'efficacité, la règle de droit ne répondait plus aux mêmes besoins qu'en 1804. Il ne s'agissait plus de proclamer quelques normes de conduite universelle, à coloration morale, mais d'intervenir dans des secteurs particuliers de l'économie, de la santé, etc., au moyen de commandements précis, constamment tenus à jour. Il se peut, en effet, que cette sorte de règle de droit soit devenue indispensable. Seulement, ne valait-il pas mieux la laisser ramper à l'état de réglementation subordonnée, contrainte au respect de la loi supérieure ? Les textes qui viennent des bureaux ne sont pas forcément plus défectueux que ceux qui sortent des discussions parlementaires. Ils encourrent, pourtant, deux reproches *a priori* : 1° l'*abondance* : rien n'arrête le prurit de législation d'une bureaucratie bien chauffée, tandis que la procé-

sure parlementaire est pleine de freins ; or, l'abondance des lois est un mal ; 2° la *spécialité* : le règlement administratif est l'œuvre de spécialistes ; c'est une garantie de compétence limitée ; le spécialiste voit clairement des résultats utiles à atteindre dans son coin, et rien ne lui paraît désormais plus important ; mais il est incapable de les rapporter à l'ensemble des affaires humaines, en se demandant s'ils ne feront pas surgir ailleurs des inconvénients plus considérables, et même s'ils ne sont pas payés trop chèrement par le mal inhérent à l'intervention ; car toute loi en soi est un mal (cf. *Essais sur les lois*, 1995, p. 317).

Au demeurant, l'abus des décrets, que l'on pouvait craindre, ne s'est pas produit. L'Exécutif non plus que le Conseil constitutionnel n'ont chicané le Législatif sur les monopoles que lui conférait l'a. 34. Si la loi s'est affaiblie sous la V^e République, c'est peut-être qu'elle-même a perdu la foi en son propre mythe : elle n'est plus aussi convaincue d'être l'expression de la volonté générale, populaire. Le Parlement s'est replié sur les partis, eux-mêmes structurés et subventionnés, sur leurs *leaders*, sur leurs spécialistes autoproclamés de tel ou tel secteur du droit, prompts à s'entendre avec les administrations correspondantes. La loi, technicisée à l'égal du décret, vit de la même vie artificielle dans les palais de la République.

c) *L'initiative des lois.* — La Constitution, en conférant au gouvernement la maîtrise de l'ordre du jour des deux chambres, ne favorise pas l'accès des propositions de loi à la discussion, au vote et à la promulgation, ce qui accentue la prépondérance des ministères, donc des bureaux et de leurs experts, dans notre système de production des normes. Beaucoup de parlementaires s'y résignent, n'attendant du dépôt d'une proposition sur un sujet populaire qu'un effet de publicité auprès de leurs électeurs. A noter que, parfois, un ministère qui a un projet de loi tout prêt, préfère en confier le sort à un parlementaire (de la majorité ou même de l'opposition) qui en fera une proposition. Pourquoi ce simulacre ? Les propositions de loi, à la différence des projets, n'étant pas soumises à l'examen préalable du Conseil d'Etat, le ministre n'aura pas à en supporter les critiques. Quand le gouvernement prend l'initiative d'une loi, il le fait d'ordinaire en toute liberté, de son propre mouvement, *motu proprio* (l'expression qualifiait jadis certaines bulles pontificales). Il n'y a pour lui d'*obligation de légiférer* que par exception (cf. J.-M. Garri-gou-Lagrange, *Mélanges Ardant*, 1999) : ex. directive de l'U.E. à transposer en loi nationale sous la sanction des traités, engagement impliqué dans une loi de programme ou d'orientation (*supra*, n° 110), loi en attente de décrets d'application (*infra*, n° 129).

[113] d) *Le phénomène de la codification.* — La codification est plus qu'un multiple de la loi. Il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau (politique), en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire. La codification est une *ultra-loi* (v. le *Dictionnaire de philosophie politique*, 1992, v° *Codification*). Cf. J. Gaudemet, *La codification, ses formes et ses fins*, *Etudes J. Iglesias*, Madrid, 1988, 28 ; Terré, *La codification*, *European Review of Private Law*, 1, 1993, p. 31 ; revue *Droits*, *La codification*, 96-97 (n° 24 et 26) ; Beignier et Foyer, dir. ouvrage collectif, *La codification*, Toulouse, 1996 ; S. Gay, *De la codification*, *Les Petites Affiches*, 97 (n° 31), 31 ; Oppetit, *Essai sur la codification*, 1998. *A contrario*, sur la logique des droits non codifiés, M.-F. Renoux-Zaganié, *Rev. hist. Fac. de Droit*, 1990 (10-11), 133.

1° *Codifications classiques.* — V. Bonini, *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, Bologne, 1972 ; Oppetit, *L'expérience française de codification*

en matière commerciale, D. 90, chr. 1 ; Terré et A. Outin-Adam, D. 94, chr. 99 (en fait, le C. Com. napoléonien n'a pu se moderniser qu'en se vidant au profit de lois spéciales). La Constitution de 1958 a obligé les codificateurs de la V^e République à diviser leurs œuvres en deux parties, L. et R., législative et réglementaire. Mais pas toujours : le (Nouveau) C. Pr. C. paraît être tout entier de nature réglementaire. Puis, par une nouvelle poussée d'esprit technocratique (scientifique, mathématique), la numérotation des articles a été décimalisée : C. Trav. et plus savamment encore N.C.P. (cf. Couvrat, *Hommage Cornu*, 1994, 89). D'où une sorte d'élocution heurtée : en 1804 on avait attribué à la série continue des articles le mérite de mieux refléter l'esprit unitaire qui est dans les vœux de la codification.

2° *Codifications-compilations*. — Leur multiplication a accru la visibilité de l'inflation du droit. Cf. Souriou, *R.I.D.C.* 88 (numéro spéc.), 153. Les travaux de la Commission mise en place par le d. 10 mai 1948 ont débouché sur une série de mini-codes. Il n'est pas sûr que même la Cour de cassation en ait une liste complète (v. par à peu près, Circulaire 21 avril 1988, *J.O.*, 24 avr.). On se contentera de citer des exemples : Code des Caisses d'épargne (1952) ; Code des Postes et Télécommunications (1962) ; Code de l'expropriation (1977), etc. (sans préjudice des codifications imaginaires, par chosification si plaisantes de loin, Code du blé, Code du vin...). Le Code de la consommation, publié en annexe à une loi du 26 juillet 1993, mérite d'être cité à part en raison de son importance pour le droit civil ; mais ce n'est, très ouvertement, qu'un code-compilation. Les décrets de codification n'ont pas le pouvoir d'innover (ex. C. Etat, 22 mai 1989, D. 89, *I.R.*, 92), ils n'opèrent qu'« à droit constant », c'est la formule ; autorisés seulement à coordonner et à mettre en ordre le droit préexistant, c'est à celui-ci qu'il conviendra de se reporter pour vérifier la valeur, légale ou réglementaire, de la norme recueillie (cf. Groshens, D. 58, chr. 157). C'est une tâche de juriste — et difficile d'ailleurs — que de codifier en compilant. Aussi les malfaçons n'ont-elles pas été rares (cf. Le Ninivin, Les discordances de la codification par décret, *J.C.P.*, 80, 1, 2982). Cette sorte de codification est utile, mais ses produits sentent l'encre. D'un patchwork, on ne peut espérer qu'il ait un esprit.

[114]

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Hierarchie des normes*. C'était un sujet d'étude dès avant 1958, v. Quermonne, Th. Caen, 1952. La pyramide de Kelsen (v. *supra*, n° 42) prêtait une forme à l'idée de hiérarchie : le fluide de la validité juridique descend du sommet vers la base. Mais la Constitution de 1958 a fait entrer dans la hiérarchie des éléments perturbateurs : la distinction de diverses sortes de décret, dans laquelle tout le monde a pu se prendre les pieds (cf. Gohin, n. D. 97, 129), l'insertion de règlements *loco legis* entre la loi et le décret ordinaire, les traités qui l'emportent sur la loi nationale, le président du conseil général, mis en parallèle obscur avec le préfet (au résultat des lois de décentralisation). D'où de nouvelles analyses : Morange, D. 59, chr. 21 ; Chapus, D. 60, chr. 119 et 88, chr. 199. Mais, depuis lors, l'investigation a changé d'objet. Elle porte moins sur la place à reconnaître à telle source du droit par rapport à telle autre, et davantage sur le concept même de hiérarchie des normes. Que peut signifier une hiérarchie des normes là où elle n'a pas le soubassement d'une hiérarchie des organes ? V. les critiques de

Monin, D. 90, chr. 27, et D. de Béchillon, *Dr. pros.*, 94, 248 (avec des réflexions pénétrantes sur la philosophie des normes ; cf. *R.T.*, 95, 465, 835) — puis la réplique de Troper, *Dr. pros.* 94, 267.

b) *Typologie des lois*. — Sur la notion de *loi spéciale*, v. Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 11, n° 3 (cf. Gassin, D. 61, chr. 91). — Sur les *lois-cadres*, J. Charpentier, *R. dr. public*, 58, 223. — Sur les *lois d'orientation*, typiques de la V^e République, Mesnard, *R. droit public*, 77, 1130.

c) *Déontologie*. — Celle de l'Ordre des médecins est le prototype. Elle participe à la fois de la morale et du droit, des devoirs de conscience et des obligations juridiques. La sanction pourra en être juridique (les manquements engendrent une responsabilité civile ou pénale) autant que morale (perte de la réputation professionnelle, de l'honneur). L'analyse de psychologie y décèle un désir de domination, une volonté latente de se mettre au-dessus du droit commun (laissez, vous n'y connaissez rien, et l'interprétation du texte sera donnée par des experts solidaires du corps). Mais il faut y voir aussi le désir légitime de renforcer le crédit de la profession. Il est des matières où le devoir moral rassure plus que l'obligation juridique. La Cour de cassation, en tout cas, s'efforce d'intégrer le plus possible le Code de déontologie dans les éléments d'appréciation de la responsabilité médicale : ex. Civ.¹ 18 mars 1997, *Bull.*, n° 99 ; Civ.¹ 27 mai 1998, *Bull.*, n° 187.

d) *Textes de droit privé*. Cf. Ph. Néau-Leduc, *La réglementation de droit privé*, 1998. C'est surtout à propos du pouvoir normatif conféré au chef d'entreprise par l'a. L. 122-33 C. Tr. que l'on s'est interrogé sur la nature des règlements intérieurs. La Cour de cassation, Soc. 25 sept. 1991, D. 91, *I.R.*, 241, *Dr. soc.* 92, 25, n. J. Savatier, y voit des actes réglementaires de droit privé, et le contrôle de légalité dévolu sur eux à l'inspection du travail (a. L. 122-37) ne suffit pas à les transformer en actes administratifs, Soc. 16 déc. 1992, D. 93, 334, *Dr. soc.*, 93, 267, n. Jeammaud.

e) *Les problèmes de qualification*. — Les privatistes (cf. P. Durand, *loc. cit.*, n° 4) s'en promettaient bien du plaisir intellectuel, le même plaisir que leur procure le même genre de problème en droit international privé. Ex. le contrat de mariage relève-t-il des régimes matrimoniaux (donc de la compétence exclusive de la loi selon l'a. 34) ou des contrats (donc de la compétence de la loi uniquement pour les principes fondamentaux) ? Plus aventureusement (cf. Edelman, D. 95, chr. 205) : une loi sur l'embryon *in vitro* touche-t-elle à l'état des personnes (où tout est législatif) ou aux droits réels (où les détails reviennent au règlement) ? En fait, des problèmes de ce type n'ont guère été abordés. D'abord, parce que le Conseil constitutionnel, formé principalement de politiques et de publicistes, n'était pas habitué au jeu privatiste des qualifications (cf. Jestaz, *Droits*, 93 (18), 50). Ensuite, plus généralement, parce qu'il n'y eut pas de véritables conflits de frontières entre l'a. 34 et l'a. 37.

La même raison explique que n'ait pas davantage émergé de la pratique cette autre distinction, incluse sous certains *items* de l'a. 34, la distinction des principes fondamentaux et du reste (comment nommer ce reste, d'ailleurs, l'application, le technique, le constructif, par opposition au normatif, pour emprunter au vocabulaire de Duguit ?). Sans doute, dans la préparation d'un projet de loi, le ministère concerné s'efforce-t-il de séparer des principes les mesures d'application, à réserver pour un décret (ex. au sujet de la l. 11 juill. 1975 sur le divorce, les principes de la preuve ont été intégrés au C.C., a. 259 s., tandis que des points particuliers ont été renvoyés au décret, actuellement

a. 1075-1, 1078-1, etc., C. Pr. C.). Mais si, au cours des débats, le Parlement se laisse entraîner à s'occuper de tout, au-delà des principes, il est peu probable, sauf accident, qu'un recours soit porté devant le Conseil constitutionnel. Et c'est ainsi que, faute de combattants, l'exégèse de l'a. 34 a tourné court (cf. A.-G. Cohen, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi*, *R. dr. public*, 63, 745 ; P. Vincent, *De l'inutilité de l'a. 34*, *Actualités juridiques, droit administratif*, 1965, 564).

[115]

STYLE LÉGISLATIF

Pour l'étude générale, v. Cornu, *Linguistique juridique*, 1990, n°s 65 s. ; Terré *et al.*, *Les mots de la loi*, 1996. — Les gouvernants ne dédaignent pas de donner des leçons de vocabulaire à la classe juridique : ils proscrivent l'emploi de termes étrangers (l. 31 déc. 1975, a. 1^{er}) lorsqu'il en existe des équivalents français, dont des commissions *ad hoc* dressent le tableau. L'emploi du français est obligatoire dans certains documents, de droit, dans les colloques qui se tiennent en France (loi *Toubon* du 4 août 1994). Ainsi nous échapperons à la malédiction de Babel (Genèse, 11:9). Plus récemment sont venues des leçons de rédaction (pas de contraction) de texte : ex. circulaire du 30 janv. 1997, *J.O.* 1^{er} févr.

a) Sur les définitions, v. Cornu, *Etudes Vincent*, 1981, 77 ; le Colloque de l'Atelier de *Méthodologie juridique* d'Aix-Marseille, 1987 ; Van Hoecke, *Droit et Société*, 88 (8), 93. Une maxime du Digeste (50, 17, 202) a connu une grande fortune : *Omnis definitio in iure civili periculosa est* — car, ajoute le texte, il est rare qu'elle ne puisse être mise par terre. Il se peut (*R.H.D.*, 67, 501) que, dans son intention originare, la maxime ait été une mise en garde non pas contre la technique des définitions légales, mais, plus généralement, contre des règles de droit trop étroitement rédigées (que les malins contourneraient sans peine) — ou peut-être, selon une idée différente que l'on ne s'étonnerait pas de trouver chez Justinien, contre les interprétations, de quelque sorte qu'elles fussent (il ne craignait rien tant que de voir son œuvre interprétée). Néanmoins, dans l'art législatif d'aujourd'hui, c'est la lettre du texte qui continue de nous influencer, et une opinion couramment émise veut que définir soit l'affaire de la doctrine, non pas du législateur.

Le C. Nap. a eu une position intermédiaire : s'il n'a pas défini les notions relevant des mœurs (ex. le mariage ; le serment ; l'injure, cause de divorce avant la loi de 1975), il a défini les droits réels et les contrats. On a pu lui reprocher l'imperfection de beaucoup de ses définitions (ex. a. 578, où manque le caractère viager). Mais c'est que, dans son esprit, la définition est un texte de principe dont la fonction est d'éclairer plutôt que de circonscrire. La même fonction doit être assignée à certaines semi-définitions des lois modernes (ex. a. 371-2, 427). Il est des cas, cependant, où la définition légale emporte des effets de droit (ex. a. 894, c'est le seul texte édictant directement l'irrévocabilité des donations).

b) *Présent ou futur* ? L'un ou l'autre temps peut être impératif. Il arrive au C.C. de passer de l'un à l'autre pour marquer un ordre chronologique (ex. 102 et 103 ; 122). Mais souvent il use du futur, à l'instar du Décalogue ou des XII Tables, pour conférer plus de solennité à son commandement (ex. a. 1099). Le Conseil d'Etat, dans son examen des projets de loi, se montre hostile à ces futurs de solennité (*apodictiques*). Il n'est pas bon, pourtant, de ravalier la loi au rang de document administratif.

c) *Législation par référence*. — Il arrive qu'un législateur veuille reprendre à son compte une norme qui était déjà en vigueur dans un contexte différent. Au lieu de la reproduire littéralement dans son propre texte, il peut se contenter d'y faire un renvoi. La méthode représente une économie de force pour le rédacteur, et elle n'impose pas à l'usager de difficulté majeure de lecture (autre chose l'interprétation), tant que la référence se situe dans la même loi ou, à la rigueur, dans le même code. Mais si le renvoi est fait à des textes un peu anciens, plus ou moins perdus dans des recueils périodiques, le lecteur va être astreint à une recherche de bibliothèque, à un travail de documentaliste, et la loi nouvelle revêt, en attendant, une apparence d'hiéroglyphe. On a beau défendre le procédé en arguant qu'il atteste et consolide la cohérence dont on fait une vertu du système juridique, il n'est pas douteux que le législateur contemporain en abuse, et l'obliger à penser de ses propres phrases ce qu'il veut dire contribuerait peut-être à réfréner son ardeur à légiférer. Cf. *La Législation par référence*, *Dr. pros.*, *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 12, Aix, 1997 (Molfessis, p. 1193 ; Bergel, p. 1209).

[116] 2 | CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Il faut observer que ce contrôle peut s'exercer sur les règlements aussi bien (et même encore plus naturellement) que sur les lois, mais il s'absorbe alors dans un contrôle général de légalité, et c'est au Conseil d'Etat qu'il peut être demandé d'apprécier si un décret est ou non conforme à la loi, éventuellement à la Constitution, et de l'annuler faute de conformité. Les tribunaux judiciaires n'ont pas, en thèse générale, compétence pour juger eux-mêmes de la légalité ou de la constitutionnalité d'un règlement. Ils n'ont un tel pouvoir que dans des cas limités — d'une haute signification, néanmoins, pour les droits fondamentaux de l'individu : 1° en matière pénale (par application de l'a. 111-5 N.C.P., qui reconnaît compétence aux juridictions pénales pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité) ; 2° en matière civile, lorsqu'il y a atteinte à la propriété privée ou à la liberté individuelle. Toutefois, dans ces deux cas, il n'est pas au pouvoir des juges de l'ordre judiciaire de faire disparaître le règlement pour toujours par l'annulation, mais seulement d'en écarter l'application quant à l'espèce qui leur est soumise.

En présence d'une loi votée par le Parlement, il n'y a place, au vu de la hiérarchie des normes, que pour un contrôle de constitutionnalité. L'exercice de ce contrôle appartient exclusivement au Conseil constitutionnel, organisé par la Constitution de 1958 (a. 56 s.). C'est un contrôle avant promulgation. Une fois celle-ci acquise, on ne saurait revenir devant le Conseil, et aucun juge n'aura compétence pour

juger de la constitutionnalité de la loi. L'*exception d'inconstitutionnalité*, le moyen négatif tendant à paralyser dans un procès l'application d'une loi prétendue contraire à la Constitution, n'est pas recevable en droit français.

Bien que le Conseil ait aussi des attributions politiques (ex. a. 16), il fonctionne ici comme une juridiction, appelée à dire le droit. Ce n'est pas assez, cependant, pour parler d'un « gouvernement des juges » comme on en parle à propos de la Cour suprême des Etats-Unis. Le Conseil constitutionnel a pu élargir l'objet de son contrôle, mais il reste enserré par des règles très étroites de procédure.

a) *Objet du contrôle*. — On est parti d'une vérification de la régularité formelle du texte pour aboutir à une appréciation de la constitutionnalité de son *contenu*, qui est aujourd'hui la fonction essentielle du Conseil.

1° *Vérification de la régularité formelle*. — La mission originale du Conseil était de faire respecter la distinction des deux domaines, législatif et réglementaire. Comme les règlements qui empièteraient sur la loi ne lui sont pas déferés, il faut penser à l'hypothèse inverse d'une loi empiétant sur le règlement. Si elle n'est pas encore votée, le Conseil peut être consulté par le Gouvernement, et il précisera les frontières (a. 37, al. 2 ; 41, al. 2). Mais, si, déjà votée, elle est en attente de promulgation, il n'y a pas de recours pour en expulser les dispositions qui auraient un caractère réglementaire. Où est l'inconvénient ? La forme législative revêt le texte d'un prestige de démocratie.

[117] 2° *Appréciation de la constitutionnalité du contenu*. — Saisi dans les conditions des a. 56 s. et en possession de l'argumentaire des auteurs de la saisine, le Conseil va procéder à un examen de la loi contestée, au résultat duquel il la déclarera — tout entière ou seulement tel ou tel des articles — soit contraire, soit conforme à la Constitution. La loi déclarée non conforme ne peut être promulguée ou ne peut l'être qu'amputée de ses articles non conformes.

Sur quels *principes* se fonde l'examen ? Le Conseil a pris pour pierre de touche ce qu'il est devenu habituel d'appeler le *bloc de constitutionnalité*. Ce bloc est fait de quatre éléments : la Constitution de 1958 elle-même ; la Déclaration des droits de 1789 ; le Préambule de la Constitution de 1946 ; les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ce dernier élément peut se réclamer du Préambule de 1946 qui y renvoie expressément, mais sans le définir davantage. C'était ouvrir le champ à une recherche historique : de la législation antérieure, il faut dégager les principes qui font partie d'une

sorte de coutumier politique ou (ce qui est un sens plus étroit, plus partisan) partie de la « tradition républicaine ». A l'intérieur du bloc, des normes peuvent se contredire. Procédant d'idéologies opposées, l'une sociale, l'autre individualiste, rien d'étonnant si 1946 ne s'accorde pas avec 1789. Le conflit ne se résout pas, comme entre lois, par l'ordre chronologique. La Déclaration de 89 l'emporte au poids de l'histoire (outre le langage même des textes : elle a été *confirmée* en 1958, *réaffirmée* solennellement en 1946 ; et si elle était éternelle, étant de droit naturel ?). Aussi, sans contester les nationalisations dans leur principe qu'avait posé le Préambule de 1946, le Conseil a-t-il décidé qu'elles devaient, dans leur application, respecter le droit de propriété, proclamé droit inviolable et sacré en 1789 (cf. t. III, n° 70).

3° N'étant soumis lui-même à aucun contrôle, le Conseil s'est donné de *nouvelles techniques*, qui ont accru sa liberté d'action. Ainsi, la *réserve d'interprétation* : tel article est déclaré conforme sous réserve qu'il soit interprété sur la ligne que détermine le Conseil, ou que, dans son application, il ne dérive pas vers des conséquences injustes. La ligne fixée par la décision s'imposera aux administrations et même aux tribunaux. Quoique la *réserve* se présente techniquement comme une condition résolutoire, on imagine mal que la disposition déclarée conforme puisse redevenir inconstitutionnelle au cas où seraient méconnues les exigences du Conseil.

Autre procédé : la considération des *objectifs de valeur constitutionnelle* : un idéal constitutionnel peut tirer à lui une loi dont le cheminement intellectuel était constitutionnellement trébuchant. Le Conseil ne dit pas que « la fin justifie les moyens », ce que Pascal eût réprouvé, mais que si, par ex., une loi *tend* à procurer des logements aux malheureux sans abri, elle pourra, à la faveur de ce but, être déclarée conforme, quoiqu'elle implique des entorses du droit de propriété.

b) *Procédure du contrôle*. — Elle est régie par l'ord. 58-1067 du 7 nov. 1958, spéc. a. 18 s. pour le recours le plus typique, suspensif de promulgation.

1° *Saisine*. — Ni individuellement ni en association, les citoyens ne peuvent saisir eux-mêmes le Conseil. La qualité pour agir est restreinte à deux catégories de personnes : d'un côté, les hautes personnalités de l'Etat (Président de la République, Premier Ministre, présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat) ; de l'autre, depuis 1974, des parlementaires en nombre suffisant, agissant de concert ou séparément (au moins 60 députés ou 60 sénateurs). L'entrée en scène de cette seconde catégorie a donné un nouvel élan au contrôle, qui est devenu un recours de l'opposition contre de possibles abus de majorité.

2° *Décision*. — Le Conseil ne dispose que d'un bref délai pour examiner la loi (un mois, voire huit jours quand le Gouvernement a déclaré l'urgence). Ses *décisions* (telle est l'appellation technique) doivent toujours être motivées. La déclaration d'inconstitutionnalité peut n'être que partielle, si les articles jugés inconstitutionnels peuvent rationnellement être disjoints de l'ensemble. Elle met un obstacle définitif à la promulgation. Et au-delà, elle est pourvue d'une sorte d'autorité de chose jugée (Const. a. 62) : elle s'impose non seulement au Gouvernement et aux autorités administratives, mais aussi à toutes les juridictions (sauf au Conseil lui-même, en ce sens qu'il pourra changer de jurisprudence). Le Conseil appuie sur l'a. 62 sa technique des réserves d'interprétation.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9^e éd., 1997 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, et *La justice constitutionnelle en Europe*, 1997 et 1996 ; F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, 2 vol., 1997-1998 ; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 1998 ; Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, 1996, et sur sa diversité en Europe, *Mélanges Ardant*, 1999 ; enfin, les numéros spéciaux de la *R.I.D.C.*, 1988 et 1990.

Le pour, le contre : Favoreu, *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, *Rev. française de droit constitutionnel*, 1990, n° 1 (apologie) ; Rials, *Entre artificialisme et idolâtrie*, revue *Débat*, 1991 (64), 163 (incisivement critique). Deux ouvrages collectifs pour faire le point : *Le Conseil constitutionnel a 40 ans* (sous l'égide du Conseil), 1998 ; G. Drago, B. François et N. Molfessis, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 1999 (une foule de points de vue et d'informations ; le mot même de « légitimité » atteste une prise de conscience du doute).

Plus spécialement, sous l'angle du droit privé, Jean Foyer, *De l'influence de la Constitution sur le droit privé en France*, *R.I.D.C.*, 81, 539 ; Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, *R.T.*, 82, 245 ; Favoreu, *Mélanges Léo Hamon*, 82, 235, et D. 86, chr. 169 ; Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, 1984 ; débat Atias-Chérot, *R. fr. dr. const.* (6), 1992 — et surtout Frangi, *Constitution et droit privé, les droits individuels et les droits économiques*, 1992 ; Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé* (y compris le droit pénal), 1996 ; le recueil, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, 1995 ; J. Monéger, *Dr. const. et dr. privé*, *R.I.D.C.*, 95, 305.

[118]

POLITIQUE CONSTITUTIONNELLE

a) G. Drago, *Ethique et déontologie du juge constitutionnel français*, D. 99, chr. 263.

b) Le contrôle de constitutionnalité, tel qu'institué en 1958, s'est attiré des reproches contradictoires (cf. L. Hamon, D. 74, chr. 83), alternativement maniés par les deux camps.

C'est *trop*, disent les esprits progressistes (surtout dans les moments où ils sont en possession de faire les lois) : les préambules ont tout au plus valeur de lois ordinaires, que d'autres lois peuvent modifier ; ce ne sont même que des textes symboliques, qu'il appartient à la volonté nationale d'interpréter (cf. Savy, *La constitution des juges*, D. 83, chr. 105).

Ce n'est *pas assez*, disent les libéraux : il faudrait ouvrir le recours directement aux citoyens ; il faudrait permettre d'arguer d'inconstitutionnalité la loi déjà promulguée soit par voie d'action, soit par voie d'exception (au sens de moyen de défense) : en ce second sens (avec quelques garde-fous, Badinter, *J.C.P.*, 92, 1, 3584). Le modèle toujours cité est l'Amérique. V. le livre classique d'Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges aux Etats-Unis*, 1921, et plus près de nous, Juillard, *Jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des E.-U.*, 1965. Cf. Paul A. Freund, *History of the Supreme Court of U.S.*, 1981. — L'Allemagne de l'Ouest aussi, dans sa loi fondamentale (*Grundgesetz*) de 1949 (où l'on peut apercevoir des reflets de philosophie kelsénienne ; cf. *supra*, 39, 42), a conféré des pouvoirs étendus à son Tribunal constitutionnel fédéral.

c) Le Conseil constitutionnel a beaucoup accru ses pouvoirs depuis que sa saisine est devenue un exercice parlementaire d'opposition : déclaration de constitutionnalité sous condition que les textes d'application suivront telle ou telle ligne ; déclaration d'inconstitutionnalité assortie de la marche à suivre pour éviter à la réédition de la loi d'être déclarée inconstitutionnelle ; inconstitutionnalité imputée à l'insuffisance ou au silence de la loi (ex. 20 janv. 1984, D. 84, 599). Ce faisant, il donne l'impression de s'ériger en troisième chambre législative (voire, ce qui éveillerait des analogies monarchiques, en Conseil privé de l'Exécutif). Outre la pression psychologique : la crainte d'un recours inhibe ou infléchit les projets de loi et les amendements. Le Conseil a été ainsi, en 1981, 1986 et surtout après 1994, secoué dans les maelströms de la politique. Ce ne serait pas la première fois qu'une greffe de droit anglo-saxon n'aurait pris qu'imparfaitement chez nous.

Sur quelques points, la critique a été vive.

1° *La réserve d'interprétation* : une disposition est déclarée conforme à la Constitution sous condition qu'elle soit interprétée dans le sens que le Conseil définit lui-même (pour une étude approfondie, Th. Di Manno, *L'influence des réserves d'interprétation*, in *La légitimité de la jurispr. du Conseil*, précité, p. 189-272) ; cf. A. Viala, *Les réserves d'interprétation*, 1999. L'homologue allemand connaît une pratique de ce genre. Elle n'en choque pas moins. C'est un empiètement sur les pouvoirs du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation (on aperçoit mal, du reste, quelle serait la sanction si ceux-ci s'écartaient de l'interprétation canonisée). Outre l'étonnante manifestation de despotisme intellectuel : il n'y a qu'une interprétation, le mécanisme mental des interprètes est bloqué. La Cour de cassation ne prétend pas à cela.

2° *L'appel aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Est nécessaire un ancrage plus ou moins direct dans la loi. Mais la notion des principes fondamentaux relève d'une appréciation sélective du Conseil. Peut-être faut-il mettre l'accent sur *République*. Mais n'est pas républicain qui veut. Les républicains de la III^e évoquaient comme intangible le bloc des « lois laïques », où ils comprenaient les lois de Jules Ferry sur l'enseignement primaire, la loi du 1^{er} juillet 1901 dans son titre relatif aux congrégations, la loi de 1905 portant séparation des cultes et de l'Etat). De sur-

croît, la Constitution de 1958 (a. 2) proclame la France République laïque. Il n'en est que plus remarquable que le Conseil, saisi d'un recours contre un texte qu'une partie de l'opinion dénonçait comme atteinte à la laïcité (par l'abrogation de la loi Falloux), ait préféré, pour le censurer, utiliser le biais d'un principe d'égalité (décision du 14 janv. 1994). Aussi s'explique-t-on que, parmi les adversaires du contrôle de constitutionnalité, il en est qui voudraient retirer de la panoplie, comme prêtant par trop à l'arbitraire, les principes non définis par les textes. Il en est même qui réduiraient le contrôle à une simple vérification de la régularité de la procédure législative.

3° *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, cf. B. Faure, Une nouvelle catégorie juridique, *R. fr. dr. const.*, 95, 50, et pour une application, Cons. const., 29 juill. 1998, D. 99, 269, n. Wagdi Sabete. L'objectif est qu'à chacun soit assuré un logement décent (sur le droit au logement, cf. t. III, n° 188). Rationnellement, la constitutionnalisation par l'objectif ne devrait opérer qu'à titre expérimental. En cas d'échec, l'inconstitutionnalité de base reprendrait force. Mais la conformité provisoire ne figure pas encore dans les catégories du Conseil.

d) L'activité redoublée du Conseil depuis 1974 invite à une question iconoclaste : dans une société souffrant d'un trop-plein de droit, trop-plein de jurisprudence autant que de lois, était-il bon de verser une jurisprudence de plus ? Et pas n'importe laquelle. Celle-ci a pour caractéristique inévitable : le décousu, car elle est déterminée, non par des intérêts continûment en état de vigilance, mais par le hasard des projets législatifs et l'alternance politique des saisines. Joint que c'est un droit purement intellectuel qui peut se développer, sans éprouver de résistance à la base, par la seule magie de ses concepts (cf. pour ex. B. Mathieu, D. 95, chr. 211). Ce qui fait rebondir la question : quel était le plus grand péril ? quelques lois éventuellement inconstitutionnelles ? ou la Constitution elle-même, avec ses symboles, livrée à un perpétuel *brainstorming* ?

[119]

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Du contrôle des lois sans Constitution*. — Cf. Avril, Une « survivance », le droit constitutionnel non écrit ?, *Mélanges Ardant*, 1999. En dehors et au-delà de sa conformité à la Constitution, toute loi ne devrait-elle pas justifier de sa conformité aux conditions générales de l'acte juridique ? La loi votée par le Parlement s'analyse comme une déclaration de volonté, volonté collective, qui se forme par fragment dans chaque main levée (chaque bouton actionné), mais volonté certainement. C'est par cette analyse psychologique qu'on peut s'expliquer : 1° la théorie des *rectificatifs* ; 2° la solution, couramment admise, selon laquelle les intitulés de la loi, peut-être même ses rubriques, n'ont pas force obligatoire (et pourquoi donc ? parce qu'ils n'ont pas été mis aux voix) ; 3° l'opinion unanime selon laquelle une inadvertence manifeste ne fait pas loi (Crim. 23 févr. 1950, D. 51, 218, n. Mimin ; cf. R. Merle et Vitu, *Droit crim.*, 1984, n° 198). Il serait, dès lors, rationnel d'appliquer à la législation le système des vices du consentement. On ne s'étonnerait pas de voir annuler (après coup) une loi qui serait sortie de votes extorqués par la violence (ainsi aurait pu s'interpréter l'o. 9 août 1944, annulant la loi de pleins pouvoirs du 10 juill. 1940). La conséquence devrait être la même, s'il était démontré que le *oui* du Parlement a été donné par erreur ou surpris par

dol, sur la foi d'un exposé des motifs erroné ou mensonger (ex. le Gouvernement a obtenu une loi de taxation sur la base d'indices qu'il avait manipulés ; invoqué des lois étrangères sur la filiation, en en dissimulant les corollaires successoraux ; arraché la ratification d'un traité en affirmant qu'il n'était pas renégociable, alors que la suite montra bien vite qu'il l'était). Le droit canonique avait construit une théorie des bulles obreptices et subreptices (v. encore Code de 1983, canon 63 ; cf. Naz, in *Dictionnaire de droit canonique*, v° *Rescrit*), dont les juristes gallicans, dans l'Ancien Droit, surent faire grand usage : obreptices quand elles exposaient le faux, subreptices quand elles taisaient le vrai, ces bulles étaient frappées d'inefficacité. La théorie avait ses racines dans le droit romano-byzantin (C. Just. 1, 23, 7, pr.) : l'acte de volonté qu'on sollicite du souverain n'est jamais émis que sous la condition tacite *si preces veritate nituntur*.

De ce contrôle formel, pourrait-on passer à un contrôle de fond ? L'Ancien Droit avait parfois soumis la coutume elle-même, malgré ce qu'elle avait d'impersonnel, à un jugement moral : aux coutumes louables, il opposait les mauvaises coutumes, pratiques vicieuses qui s'étaient insinuées sous la pression d'intérêts particuliers. Quand les Etats se furent constitués, l'idée se fit jour qu'ils étaient eux-mêmes subordonnés à l'obligation d'honnêteté. Un des premiers écrits où cette idée est théorisée est le *Mémoire* de Daguesseau sur *Le Commerce des actions de la Compagnie des Indes* (1718) : il y combat le projet, auquel la débâcle du Système de Law avait donné cours, d'organiser une banqueroute de l'Etat pour liquider les dettes publiques. De Louis XVIII à la Guerre de 14, ce fut un axiome de législation financière que l'Etat doit « se conduire en grand honnête homme » et qu'aucune nécessité ne saurait l'en excuser. L'axiome peut fonder une déontologie d'ensemble à l'usage des législateurs. Plusieurs types de comportement législatif en sortent condamnés : la loi faite en réalité pour ou contre un seul individu sous les apparences d'une loi générale ; la loi conçue dans l'intérêt du pouvoir ou de ses amis, même si elle est d'ailleurs objectivement justifiée (telle la loi du 14 sept. 1941, dite *loi du jardinier*, parce que le maréchal Pétain l'avait édictée par bonté pour son jardinier qui n'aurait pu sans elle légitimer son enfant adultérin ; elle fut annulée à la Libération, mais on y est revenu depuis) ; la rétroactivité sournoise (d'une loi soi-disant interprétative) ou arbitraire (par simple manifestation de puissance).

[120] b) *Nature des décisions du Conseil*. — Cf. Balat, *La nature du contrôle de constitutionnalité dans le cadre de l'a. 61*, 1983. Ces décisions n'ont point été qualifiées d'arrêt, et leur fonction première est de conditionner la promulgation, ce qui fait penser à un acte de nature politique, plutôt que juridictionnelle (cf. J.-M. Février, *Dr. pros.*, 98 [2], 609). Néanmoins, en pratique, le Conseil se comporte de plus en plus comme une juridiction (cf. Bouvier, *Droits*, 85 (1), 143). On peut sans difficulté étendre à ses décisions, sur certains points (ex. a. 434-25 N.C.P.), le régime des actes juridictionnels, et, pour ce qui pourrait être l'équivalent de l'autorité de la chose jugée, nous avons un texte, l'a. 62. Mais il fait surgir des questions. Si l'autorité de la décision se limite au dispositif, à la déclaration d'inconstitutionnalité, avec l'interdiction implicite de promulguer la loi et de la mettre en application, cela n'a pas grande portée : quel Président de la République, quel ministre oserait passer outre ? A l'instar de ce qui est admis en général pour les jugements, il faut, sans doute, faire bénéficier de la même autorité les motifs qui sont le soutien indispensable du dispositif. Toute une série d'affirmations de

droit constitutionnel vont ainsi produire les effets de l'a. 62, et notamment s'imposer aux tribunaux. Qu'est-ce à dire ? L'exception d'inconstitutionnalité continue de n'être pas directement recevable, en ce sens que le justiciable ne peut de lui-même prétendre qu'une loi promulguée est contraire à la Constitution. Mais elle est recevable par l'intermédiaire de l'a. 62, en ce sens que le justiciable peut écarter une loi en soutenant qu'elle est contraire à un motif de droit constitutionnel reconnu par le Conseil. La loi devant, sous peine d'inconstitutionnalité, « définir les éléments constitutifs d'une infraction en des termes clairs et précis » (18 janv. 1985, D. 86, 425, 2^e esp.), l'a. 331 C.P., qui s'était abstenu de définir l'attentat à la pudeur (suivant la vieille technique pénale des notions nommées et non définies) (et semblablement aujourd'hui l'a. 222-22 N.C.P., visant l'atteinte sexuelle), aurait dû être jugé *non applicable* comme contraire à la Constitution, telle qu'elle a été explicitée par la jurisprudence constitutionnelle. Voilà une jurisprudence qui aurait reçu de la Constitution un pouvoir que n'ont pas les autres. Des conséquences inattendues : ex. trib. Toulouse, 30 oct. 1995, D. 96, 101, n. D. Mayer et J.-F. Chasseing.

[121] *c) Hiérarchie des sources.* — Cf. D. Turpin, *Traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil, Droits*, 1985 (2), 85. Plusieurs critères sont concevables : 1^o l'ordre chronologique (*lex posterior, lex melior*) qui fonde le mécanisme de l'abrogation ; 2^o la distinction qualitative (et fort subjective) des normes essentielles, importantes ou secondaires ; 3^o l'opposition de ce qui est symbolique, la Déclaration de 89, à ce qui est plus positif, le Préambule de 46 (le Conseil se sent-il plus proche de 89 que de 46 ?), v. Lyon-Caen, D. 89, chr. 289 ; d'un côté, il serait triste d'avouer que les symboles sont creux ; de l'autre, on pourrait dire *specialia generalibus derogant*.

d) Le contrôle de constitutionnalité et le passé. — Le Conseil a adopté deux attitudes différentes, l'une qui tend à confirmer, l'autre à infirmer le passé.

D'une part, un principe tel que la libre disposition des biens, l'autonomie de la volonté, l'immutabilité des conventions, ne peut plus être regardé comme fondamental, lorsqu'une législation antérieure (à 1958, semble-t-il bien) est venue y apporter des restrictions jugées nécessaires. Point de départ : la décision du 27 nov. 1959, D. 60, 533. Ce qui revient à intégrer à la Constitution de 1958 la pratique législative de la IV^e République (d'esprit souvent interventionniste et socialisant) — ou, pour s'exprimer crûment, les entorses qu'elle avait infligées à des principes qui seraient aujourd'hui regardés comme essentiels s'il s'agissait de statuer *ex nihilo*. La IV^e République, quoique morte, reste comptétente pour définir les droits individuels, *mortua adhuc loquitur*.

D'autre part, bien qu'il ne prétende nullement à remettre d'office en question une loi antérieurement promulguée dont il n'avait pas été saisi, le Conseil pose en thèse que la régularité constitutionnelle d'une telle loi peut être contestée devant lui, à l'occasion de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou en affectent le domaine — non pas, il est vrai, à l'occasion d'une disposition qui se contenterait de la mettre en application (25 janv. 1985, D. 85, 361, n. approbative Luchaire ; cf. dans le même sens, Renoux, D. 86, 434). Une espèce de rétroactivité est ainsi imprimée à l'ensemble constitutionnel, ce qui se comprend mieux de la partie symboles (ils sont éternels) que de la partie positive. Le Conseil ne précise point jusqu'où pourraient aller, sur la loi ancienne, les conséquences du réexamen et d'une déclaration implicite d'incons-

titutionnalité. *A contrario* il corrobore l'opinion généralement reçue que la Constitution *superveniens* n'a pas de plein droit frappé de caducité les lois antérieures qu'elle contredit, ce qui reviendrait à conférer aux tribunaux un contrôle de constitutionnalité (en ce sens, Crim. 18 nov. 1985, *Bull. crim.*, n° 359).

PRATIQUE CONSTITUTIONNELLE

[122] *a) Distinction des deux domaines.* — Le Gouvernement joue ici un rôle important : lorsqu'il choisit de prendre un décret plutôt que de déposer un projet de loi, c'est qu'il considère la matière comme réglementaire. En fait, sa pratique porte traces d'hésitations. Ainsi, pour les dispositions de *procédure*. Du silence de l'a. 34, et aussi *a contrario* de ce que l'on y trouve écrit de la procédure *pénale*, on a conclu que la procédure civile n'était plus, en général, matière législative (cf. C. d'Etat, 27 mars 1996, D. 96, I.R., 111) ; et c'est par décret que, depuis 1971, elle a été réformée, si bien que le nouveau C. Pr. C. tout entier n'a que valeur de règlement. Cependant, l'action en justice n'étant que le droit en mouvement, il est des règles procédurales qui ne sont que la projection de règles de fond et semblent faire corps avec elles. Loi ou décret ? C'est selon. Quoique l'effet suspensif du pourvoi en cassation dans le procès en divorce touche de près au lien matrimonial, c'est un décret (a. 1121 C. Pr. C.) qui le régit. En revanche, c'est par une loi qu'a été fixée, dans l'a. 393, la compétence territoriale du juge des tutelles. D'autres dispositions procédurales ont émigré du C. Pr. C. dans le C.C. pour conserver leur valeur de lois — probablement parce qu'elles paraissaient contenir des garanties de liberté (a. 2092-1 s.) ou toucher à l'essence de la justice (a. 2059 s., 2282 s.). Sur un terrain voisin, tâtonnement significatif : on s'était contenté d'un décret (d. 26 nov. 1971, relatif aux actes établis par les notaires, a. 11) pour étendre indirectement la notion de l'acte authentique (a. 1317) ; mais on eut conscience d'un excès de pouvoir, et l'on recourut bientôt à la loi (l. 25 juin 1973, a. 18, 26) pour couvrir l'irrégularité.

b) La procédure devant le Conseil constitutionnel. — Elle se constitue peu à peu en branche autonome du droit, car elle a ses singularités (v. G. Vedel, *Mélanges Roger Perrot*, 1995, 537 ; G. Drago, *Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature, Mélanges Roland Drago*, 1996, 9). A quand les avocats (spécialisés) ?

[123] *c) Le Conseil constitutionnel et le droit privé.* — La jurisprudence du Conseil a été abondante en matière administrative, fiscale, pénale, bien plus qu'en matière civile. Ce qui semble tout naturel : c'est par l'administration, les impôts, la répression, que les grands principes, liberté, égalité, sont le plus fréquemment mis en péril. Mais ce qui peut s'expliquer aussi par cette circonstance que le Conseil, dans sa composition, a toujours été orienté vers le droit public, plutôt que vers le droit privé. Aussi, quand il a été saisi de la loi créant l'impôt sur les grandes fortunes, il ne s'est point risqué (30 déc. 1981, D. 82, 305, n. Hamon) à approfondir la nature juridique de la communauté conjugale (indivision organisée ou propriété exclusive du mari, suivant une conception archaïque que la loi a consacrée, peut-être inconsciemment ?). Pas davantage, à propos de l'interruption volontaire de grossesse, il ne s'est interrogé (15 janv. 1975, D. 75, 529, n. Hamon) sur l'a. 725 C.C.

Cependant, parmi les grandes décisions du Conseil, celles qui ont été le plus louées ou le plus critiquées au gré des préférences politiques, il en est qui ont touché, fût-ce indirectement, le droit privé. Ex. :

— 16 juin 1971, D. 72, 685, qui déclare inconstitutionnelles des dispositions restrictives de la liberté d'association. Cette liberté aurait pu être regardée comme une application particulière de la liberté contractuelle, car l'association a pour base un contrat (c'est l'intitulé I. 1^{er} juill. 1901). Mais le Conseil constitutionnel n'est pas prêt à reconnaître valeur de principe fondamental à l'autonomie de la volonté (à l'a. 1134 C.C.) : les lois de la République l'ont trop malmenée déjà au nom de l'ordre public. C'est donc comme liberté publique qu'a été constitutionnalisée la liberté d'association. Outre que, s'il est des lois de la République qui sont plus républicaines que d'autres, la loi de 1901, loi *Waldeck-Rousseau*, en était une.

— 16 janv. 1982, D. 83, 169, n. Hamon (pour l'épilogue, v. 11 févr. 1982, *J.C.P.*, 82, 2, 19788, n. Nguyen Quoc Vinh, Franck et J.-L. Mestre, D. 84, chr. 1 ; cf. t. III, n° 76), à propos des nationalisations. La décision, remettant en honneur la déclaration des droits de 1789, rendait par reflet tout son lustre à l'a. 544 C.C. (cf. Legeais, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, p. 61 ; Delvolvé, *Mélanges Braibant*, 1996, 150). Cependant, après ce coup de chapeau donné aux grands ancêtres — sur lequel les esprits s'étaient d'ailleurs divisés (*contre*, V. Savy, D. 83, chr. 105 ; *pour*, v. J.-L. Mestre, D. 84, chr. 1) —, il a fallu déchanter, en constatant que le Conseil, loin de se faire une conception aussi religieuse du droit de propriété, s'est approprié sans embarras les restrictions antérieures qui l'avaient déjà remodelé et n'a pas hésité davantage à en valider de nouvelles (v. notamment 26 juill. 1984, D. 85, *I.R.*, 360 ; v. pour une liste de limitations ainsi tenues pour constitutionnelles, Luchaire, D. 86, 348, et *Mélanges M. Duverger*, 1987, 127).

— 22 oct. 1982, D. 83, 189, n. Luchaire. Le texte contesté tendait à empêcher les employeurs de mettre en cause la responsabilité d'un syndicat pour le dommage subi par eux à l'occasion d'une grève. C'était violer un principe d'égalité, non pas, estime le Conseil, parce qu'une catégorie de responsables aurait été favorisée, mais parce qu'une catégorie de victimes aurait été discriminée. S'il y a quelque chose de constitutionnel dans l'a. 1382, c'est la réparation de dommage, non la sanction de la faute.

— 3 janv. 1986. Si protection est due à la famille selon le Préambule de 1946, il ne s'ensuit pas qu'une loi (en l'espèce, sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers) ne puisse aménager cette protection pour la concilier avec des impératifs d'intérêt public.

— 13 août 1993. Censurant une partie de ce qui deviendra, pour le surplus, la 193-1027 du 24 août, relative à la maîtrise de l'émigration, le Conseil constitutionnalise la liberté du mariage comme « une des composantes de la liberté individuelle » (individuelle à deux). Toutefois, si ce n'était qu'une affaire de liberté individuelle, on pourrait objecter qu'il y a déjà l'union libre, qui se passe du Conseil constitutionnel. Si la liberté du mariage a un sens, c'est en tant que le mariage a une valeur supérieure à l'union libre.

— 27 juill. 1994 (D. 95, 237, *J.C.P.*, 95, 3, 66974 bis). Le Conseil déclare conformes à la Constitution les textes qui vont devenir les deux lois du 29 juill. 1994, dites de *bioéthique* (v. trois commentaires, l'un lisse, l'autre mordant, le troisième approbatif, bien qu'encore demandeur, Favoreu, D. 96, Somm. 299 ; Edelman, D. 96, chr. 204 ;

B. Mathieu, D. 95, 237). Le Conseil a évité d'entrer en discussion sur les deux points les plus névralgiques : 1° Le statut de l'embryon (*in vitro*), est-il sujet ou objet de droit (cf. Mémenteau, L'embryon législatif, D. 94, chr. 355) ; 2° L'anonymat du donneur dans l'insémination artificielle. La prudence du Conseil sur ce second point a été d'autant plus remarquée que son homologue allemand — la Cour constitutionnelle de Karlsruhe — n'avait pas hésité, le 31 janvier 1989, à consacrer, comme un droit constitutionnellement protégé, le droit de tout individu à connaître son origine génétique (cf. R. Frank, *R.I.D.C.*, 93, 652, et 95, 905, spéc. 918). On pourrait, toutefois, se demander, et des deux côtés du Rhin, si les questions de bioéthique ont gagné en clarté du jour où elles ont été traitées sur le registre des droits de l'homme et des principes fondamentaux. Cet écran de droits subjectifs et d'axiomes abstraits n'empêche-t-il pas de regarder franchement des phénomènes sociaux et des institutions correspondantes du droit objectif, tels que la paternité, l'anonymat, etc. ?

[124] 3 | LA FORCE DES LOIS

La loi a une *force obligatoire* qui se situe entre deux termes, l'*entrée en vigueur* et l'*abrogation*.

► *Entrée en vigueur*

Elle résulte d'une procédure complexe, où l'on peut discerner trois étapes.

a) *La promulgation*. — L'élaboration de la loi selon la filière parlementaire serait insuffisante à rendre la loi obligatoire pour les individus. Il convient que l'apparition du commandement étatique soit certifiée d'une manière authentique : c'est l'objet de la formalité de la promulgation (a. 1^{er}, al. 1).

On définit la promulgation : l'acte par lequel le Président de la République atteste l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques de l'observer et de la faire observer (cf. a. 10, Const. 1958). La formule est en principe la suivante (d. 19 mai 1959 et 8 mars 1990) : l'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté, le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit... La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat. Fait à ..., le... La date de la promulgation marque la date même de la loi. Depuis 1941 l'usage s'est établi, du reste, afin de distinguer les textes portant la même date de promulgation, de donner à chacun un numéro d'ordre (dans une série annuelle ; ex. l. n° 97-395 du 23 avr. 1997 ; d. n° 97-46 du 15 janv. 1997).

b) *La publication*. — Elle est destinée à mettre le texte promulgué à la disposition du public. Elle consiste normalement dans une insertion

au *Journal officiel* de la République (*J.O.*), en sa partie *Lois et décrets* (distincte de la partie *Débats parlementaires*). Il y aurait quelque chose de contradictoire dans une règle de droit qui demeurerait secrète.

[125] c) *Le délai légal d'information.* — Une fois le *J.O.* sorti des presses, un bref délai va courir, à l'expiration duquel chacun des sujets de la loi est présumé avoir été informé de son existence. A cet instant précis, la loi devient *obligatoire* pour chacun : elle entre en vigueur.

Le système se trouve dans un décret-loi du Gouvernement provisoire de la Défense nationale (d.-l. 5 nov. 1870, modifiant implicitement l'a. 1^{er} C.C.). A Paris, la loi (ou le décret) est obligatoire un jour franc après la publication (le d. l. dit à tort promulgation ; c'est de la parution du *J.O.* qu'il s'agit). Un délai franc est celui dans lequel on ne compte ni le jour qui sert de point de départ (*dies a quo*), ni celui qui sert de point d'arrivée (*dies ad quem*). Ex. une loi insérée dans un *J.O.* paraissant le 1^{er} décembre est obligatoire à Paris aux premières heures du 3.

Partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, la loi sera obligatoire un jour franc après que le *J.O.* qui la contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement (plus précisément, après que le *Journal officiel* aura été effectivement distribué à la préfecture ou sous-préfecture). Si, dans un chef-lieu d'arrondissement, le *J.O.* du 1^{er} arrive le 2, la loi qui y est contenue sera obligatoire dans tout l'arrondissement à l'aube du 4.

Les intéressés ont un jour franc entièrement libre, pour lire la loi... et la comprendre.

Il arrive que le législateur lui-même écarte les règles précédentes sur l'entrée en vigueur de la loi et fixe un moment plus reculé, estimant le texte trop complexe pour être appliqué sans que les intéressés aient eu le temps de s'y préparer. Ex. la loi du 23 décembre 1985 sur l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux n'est entrée en vigueur que le 1^{er} juillet 1986. Parfois, il est prévu dans la loi qu'un règlement sera élaboré par les soins du Conseil d'Etat afin de préciser les détails d'application que le législateur a renoncé à fixer lui-même. La loi n'en est pas moins immédiatement obligatoire sans attendre qu'ait été pris le règlement. Il n'en serait autrement que si le législateur lui-même, par une clause expresse, en avait subordonné l'entrée en vigueur à la publication du règlement.

L'expiration des délais légalement fixés pour que la loi acquière force obligatoire fait présumer qu'elle est désormais connue de tous dans le ressort territorial où elle a acquis cette force. La *connaissance*

personnelle des sujets n'est pas exigée en sus de la publication. C'est l'application d'une maxime fondamentale : *nul n'est censé ignorer la loi*. Elle n'est inscrite dans aucun texte, mais elle résulte d'un argument *a contrario* tiré de l'a. 4 du d. l., précité 5 nov. 1870, qui permet aux tribunaux d'accueillir, suivant leur appréciation, l'exception d'ignorance alléguée en matière répressive par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation (il faut lire publication). Si, dans cette hypothèse particulière, l'ignorance de la loi est une excuse, c'est bien qu'en thèse générale elle est impuissante à affranchir de l'observation des lois. Au reste, la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » repose sur une nécessité pratique : la loi étant par définition une disposition générale, son pouvoir ne peut, sous peine d'anarchie, dépendre de circonstances propres à chaque individu. Il faut même préciser que la présomption créée est irréfutable : non seulement chacun est présumé avoir connu la loi, mais nul n'est autorisé à démontrer que, par exception, il n'a pu la connaître.

L'ignorance de la loi peut, néanmoins, produire des conséquences juridiques dans les cas où le droit vient au secours de ceux qui ont été victimes d'une erreur et protège leur bonne foi, c'est-à-dire leur ignorance. L'erreur qui est alors prise en considération, la bonne foi à laquelle on accorde effet, c'est aussi bien l'erreur de droit que l'erreur de fait, aussi bien la bonne foi résultant de l'ignorance de la loi que celle qui résulte d'une ignorance de circonstances matérielles (ainsi, l'a. 201 ne distingue pas entre erreur de fait et erreur de droit ; de celle-ci comme de celle-là peut résulter un mariage *putatif*, mariage nul, mais que l'un des mariés au moins a *pensé*, cru valable et qui dès lors produit à son bénéfice les effets d'un mariage valable ; la croyance, ici, crée le droit).

[126] ► *Force obligatoire*

Le droit a la violence à son service (*supra*, n° 5), une violence qu'il modère lui-même s'il est intelligent. C'est dans le droit pénal, qui opère par arrestations et prisons, que cette violence est la plus spectaculaire. Mais le droit civil aussi peut avoir besoin de violence. Si B, débiteur de A, ne paie pas volontairement, A le fera condamner en justice à payer. Le jugement de condamnation est un titre exécutoire, qui permettra au créancier de passer à l'*exécution forcée* (*infra*, n° 192) : il fera saisir et vendre des biens appartenant au débiteur et sera payé sur le prix.

Mais comment cela a-t-il été possible ? Au nom de la loi, en vertu (*virtus* = force) d'une loi : c'est la force obligatoire inhérente au texte qui a été le ressort de l'application du droit.

a) La force obligatoire de la loi s'impose à tous : non seulement à l'Etat lui-même, à ses fonctionnaires, et notamment à ses magistrats chargés de l'appliquer, mais également à toutes les personnes publiques et privées à qui le droit français est applicable, selon les normes du droit international. Une réserve, néanmoins, pour les lois *catégorielles* qui, par leur contenu, ne s'adressent qu'à une catégorie de sujets de droit (ex. une loi régissant les effets du mariage ne s'impose pas, pour l'heure, aux célibataires).

b) La force obligatoire de la loi est *irrécusable*. Tel est le principe, mais il comporte deux exceptions, d'inégale importance.

1° Un tout petit nombre de lois civiles sont susceptibles de *dispenses*. La dispense est un relâchement du droit commun en faveur d'un individu. Elle est accordée, selon les cas, soit par le Chef de l'Etat (a. 164), soit par le procureur de la République (a. 145, 169). L'institution (qui vient du droit canonique) est remarquable, en ce qu'elle fait apparaître la loi comme une règle flexible. De la dispense, on peut rapprocher le délai de *grâce* (a. 1244, al. 2) qui est un pouvoir de grâce conféré à l'autorité judiciaire, donc un relâchement de la loi commune, en tant que celle-ci oblige les débiteurs à l'exécution ponctuelle de leurs engagements (a. 1134).

2° Un très grand nombre de lois civiles, au contraire, sont susceptibles de dérogations par conventions privées. L'a. 6 montre clairement que les lois n'ont pas toutes la même force obligatoire. De ce texte se déduit une distinction capitale entre les *lois impératives* ou d'ordre *public*, d'une part, et d'autre part, les lois simplement *interprétatives* ou *supplétives de volonté*.

Il est des lois qui ne s'appliquent aux individus qu'autant qu'ils n'ont pas manifesté de volonté différente. Quand deux époux se sont mariés sans faire de contrat de mariage, leurs biens sont soumis au régime de la communauté (a. 1400). Mais il n'en est ainsi que parce qu'ils n'ont pas manifesté de volonté à ce sujet : en faisant un contrat de mariage pour stipuler par ex. qu'ils seraient séparés de biens, ils auraient refoulé les a. 1400 s. La communauté *légale* remplace simplement le contrat de mariage que les conjoints n'ont pas fait ; elle est purement supplétive de volonté. De même, le vendeur est tenu de garantir l'acheteur contre le risque d'éviction (l'hypothèse est que, le vendeur n'ayant pas la propriété de la chose vendue, le véritable propriétaire peut venir *évincer* l'acheteur, lui

reprandre cette chose à la suite d'un procès en revendication). Le vendeur est obligé *de droit* à cette garantie (a. 1626), sans qu'il soit besoin de le stipuler expressément. La loi est interprétative de la volonté des parties. C'est un modèle qui leur est proposé et qu'elles sont censées avoir pris tacitement à leur compte par cela seul qu'elles ne l'ont pas écarté. Mais elles sont libres de l'écarter : tel est le jeu des a. 1626-1627.

A l'opposé, il ne serait pas permis aux futurs époux de convenir dans le contrat de mariage que le mari exercera seul l'autorité parentale (a. 1388), ni au vendeur, dans la vente, de convenir qu'il ne sera même pas tenu d'une éviction qui résulterait de son fait personnel (a. 1628). Ce sont là des dispositions impératives, d'ordre public. Elles-mêmes le précisent, d'ailleurs, expressément. Mais, dans d'autres hypothèses où les textes ne précisent rien, on ne peut déterminer si une loi est ou non d'ordre public qu'en recherchant si elle a pour objectif principal la protection d'un intérêt public ou d'un intérêt privé. Ainsi, il est interdit de renoncer au bénéfice des lois qui établissent entre proches parents une obligation alimentaire (a. 203 s.) ; c'est que, si les indigents n'étaient pas secourus par leurs familles, quand elles en ont les moyens, ils tomberaient immédiatement à la charge de la collectivité ; l'Etat est donc intéressé à l'exécution des lois instituant l'obligation alimentaire ; ces lois sont d'ordre public. Mais il arrive que le critère de l'ordre public soit difficile à dégager. L'idée générale — et vague — est celle d'un intérêt social essentiel, incomparablement supérieur aux intérêts privés en cause.

[127] ► *Abrogation*

La loi a vocation à garder indéfiniment sa force obligatoire (« la perpétuité est dans le vœu de la loi »). Cependant, cette force obligatoire peut lui être retirée par une loi postérieure : c'est l'*abrogation*. Entre deux volontés successivement émises par une même personne, la plus récente doit raisonnablement l'emporter. C'est l'analyse psychologique sur laquelle repose l'a. 1035 en matière de testament — sans qu'il soit besoin d'invoquer un adage *lex posterior, lex melior*, que l'histoire cent fois démentirait. Mais il faut supposer que le texte qui abroge est, dans la hiérarchie des textes, placé au même niveau que le texte abrogé, ou à un niveau supérieur. Ce point vérifié en préalable, il existe deux modes d'abrogation :

1° *Abrogation expresse*, quand la loi nouvelle (souvent, dans son article final) déclare formellement abroger les dispositions antérieures qu'elle spécifie ;

2° *Abrogation tacite*, quand la loi nouvelle se trouve incompatible avec les dispositions de la loi ancienne (cf. a. 1036). Toutefois, cette abrogation n'opère que dans la mesure du strict minimum. Il faut plutôt chercher à concilier, autant que possible, les deux lois (cf. *supra*, la succession d'une loi générale à une loi spéciale).

Ce sont les deux seuls modes d'abrogation unanimement reconnus. L'opinion dominante n'admet pas qu'une loi puisse être abrogée par la *désuétude* (qui est l'inapplication prolongée) ou par un usage contraire. Elle ne peut pas l'être non plus par le changement des circonstances qui l'avaient motivée (abrogation *rationnelle*, pourrait-on dire, par disparition de la *ratio legis*).

[128] ÉTAT DES QUESTIONS

I. — Questions de droit

B.G. — Ponsard sur Aubry et Rau, I, n°s 78 s. ; Beudant-Lagarde, I, n°s 137 s. ; Ghestin-Goubeaux, n°s 318 s.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

La maxime *Nul n'est censé ignorer la loi* aurait pu trouver une place rationnelle dans le titre préliminaire du C.C qui, selon sa rubrique même, avait une portée générale. Cependant, l'occasion manquée allait se reproduire avec le N.C.P. — pour la loi pénale seulement, certes, mais c'est là que la maxime est le plus fréquemment mise en œuvre. Or, beaucoup de criminalistes demandaient qu'elle fût soumise à un nouvel examen critique, compte tenu du pullulement moderne des normes pénales. Ils préconisaient que pût lui être opposée, à dose homéopathique, une sorte d'excuse de bonne foi, prenant en considération la personnalité de certains prévenus (trop frustes en général, trop béotiens dans le cas particulier) ou l'ésotérisme des incriminations en cause (des réglementations de pure technique, sans racines dans la coutume). Les législateurs de 1994 ont fait un pas dans cette direction : c'est leur a. 122-3. Mais la rédaction en est défectueuse : sans limites *ratione personae* aussi bien que *ratione materiae*, le texte n'en a pas moins une base très étroite, l'ignorance de la loi étant ramenée à une obscurité « erreur sur le droit ». Aussi la chancellerie (Civ. 14 mai 1993) s'est-elle empressée de proposer une interprétation de mauvaise humeur ; et bien que quelques cours d'appels aient pu utiliser le nouvel article (Reims, 1^{er} avril 1994, *G.P.*, 94, 1, Somm. 316 ; Dijon, 15 juin 1994, *G.P.*, 94, 1, Somm. 681), la Chambre criminelle paraît plutôt encline à l'étouffer (Crim. 15 nov. 1995, *Bull.* n° 350).

C'est la publication au *J.O.* qui déclenche le processus de l'entrée en vigueur, avec pour la province la rallonge de l'arrivée à la préfecture ou sous-préfecture (Ass. plén., 1^{er} mars 1950, D. 50, 363), mais sans qu'il soit besoin, à l'arrivée, d'un enregistrement (Civ.¹, 6 juin 1994, *J.C.P.* 94, 2, 22216, cassant Montpellier, 8 févr. 1993, D. 93, 306). La connaissance personnelle du justiciable ne saurait suppléer le défaut de formalités (cf. Crim. 13 janv. 1987, *Bull.* n° 18). En revanche, l'accomplissement des formalités supplée le défaut de connaissance personnelle, et c'est toute la maxime. En somme, la loi se contente de peu pour sa publicité : le *J.O.* est un « support » modeste, sans grand rayonnement. La plupart des petites communes n'y sont pas abonnées, et les maires doivent aller se renseigner au chef-lieu. Que dire du citoyen de base ? On lui impose une fiction de connaissance. Toutefois, il faut reconnaître que, depuis une vingtaine d'années, le système légal tend à se doubler d'une pratique, officielle ou officieuse, de vulgarisation du droit nouveau : campagnes d'information dans les médias, implantation de relais vivants, tels qu'assistants sociales ou boutiques de droit. Cette pratique ne va pas, du reste, sans effets pervers : une vulgarisation, forcément rapide et superficielle, peut donner à celui qui l'écoute *wishfully* l'illusion d'avoir la loi pour lui. D'où une incitation au procès et une contribution au raz de marée judiciaire. L'illusion est d'autant plus facile que la législation moderne est complexe, pleine de replis. La Révolution avait bien vu le lien entre les deux idées de simplicité et de publicité des lois (cf. J. Ray, *La Révolution de 1789 et la pensée moderne*, p. 236 s.). On peut sourire de ses rêves pseudo-antiques, et se résigner en pensant que la complexité est inhérente à la civilisation moderne, technicienne et protectionniste. N'empêche que notre droit ne sera pas sincèrement démocratique tant qu'il n'aura pas consenti à un effort de simplification.

A l'impossibilité d'embrasser le droit moderne dans sa totalité, les professionnels réagissent en se contentant de rechercher le droit à l'occasion de chaque espèce. L'espèce réglée, le droit retombe dans la nuit. A la connaissance culture se substitue la connaissance-flash. C'est la *documentalisation* du droit. Ce changement, que l'informatique a précipité (cf. *supra*, n° 36), n'est pas dénué lui non plus d'effet pervers : il accoutume les praticiens à se documenter par un instantané sur l'état actuel de quelques segments de la matière, alors que, dans un système juridique, chaque partie devrait être traitée comme solidaire de l'ensemble, et solidaire aussi de son histoire.

La connaissance-flash a, pourtant, été institutionnalisée par certaines lois dans la technique dite du *rappel* : un particulier a l'obligation de *rappeler* à son vis-à-vis juridique l'existence, voire la teneur, des dispositions légales dont l'un ou l'autre aura le droit de se prévaloir (ex. C. Ru., a. 840-1° ; l. 23 déc. 1986, sur les locations, a. 7, 19, ult. al.). C'est déplacer du *J.O.* sur un acte privé la responsabilité de la mise en vigueur, qui devient une mise en vigueur interindividuelle.

THÉORIE JURIDIQUE

Sur la nature juridique de la *promulgation* et de la *publication*, v. G. Revel, *La publication des lois, décrets et autres actes de l'autorité publique*, Paris, 1933 ; Molinié, *La publication en droit public français*, Th. Paris, 1976. C'est la signature du chef de l'Etat qui fait la promulgation (cf. C. d'Etat, 8 févr. 1974, D. 74, Somm. 31). — Sur la

théorie des *dispenses*, *droits* (25), 1997 (spéc. pour le droit civil, Ph. Théry, p. 59. — Sur la *caducité* qui frapperait une loi lorsqu'elle se trouve inconciliable avec des principes nouveaux (ex. des principes constitutionnels), v. Drago et Decocq, *J.C.P.* 84, 2, 20160, II, B. Ce serait un cas d'abrogation rationnelle. — *La présomption légale de connaissance de la loi* a une double portée. Elle concerne à la fois 1° les juges (*jura novit curia*, la Cour connaît le droit ; d'où résulte pour le demandeur, sous l'a. 1315, une dispense de preuve : il n'a pas à prouver l'existence de la règle *légale* qu'il invoque ; il en serait autrement d'une règle coutumière, et pour une convention collective, Soc., 3 mars 1993, D. 93, *I.R.*, 83, en appelle à une collaboration entre le juge et les parties) ; 2° les *particuliers* (*nemo legem ignorare censetur* ; cf. Dereux, *R.T.*, 1907, 513 ; Guillien, *Mélanges Roubier*, 1961, I, 253). A propos de cette seconde maxime, quelques questions théoriques. 1° Puisqu'elle n'est directement consacrée par aucun texte, quel fondement lui assigner ? La publicité, qui crée une opposabilité *erga omnes*. Mais si la publication au *J.O.* a un sens pour les lois nouvelles, au fur et à mesure, elle ne vaut rien pour toutes celles qui ont précédé votre arrivée à l'âge du discernement. En quête d'un fondement plus réaliste, on invoquera la coutume et une *nécessité de gouvernement*. 2° Comment analyser la présomption (*censetur*) qui en résulte ? De l'avis général, elle est irréfragable en principe, mais quel en est l'objet ? Une présomption de connaissance effective qui pèserait sur l'universalité des habitants ne serait pas cohérente à un système de droit qui, en instituant des diplômes, des professions juridiques, des administrations, paraît avoir réservé cette connaissance à quelques heureux. Le vrai est que l'homme quelconque est présumé *en faute* pour n'avoir pas consulté ceux qui savaient — d'autant que, pour lui aplanir la voie (et le coût), a été spécialement créée une *Aide juridique* (l. 10 juill. 1991). La maxime, au fond, devrait être lue : « Chacun est censé avoir eu la possibilité de s'informer de la loi. » Le devoir n'est plus de connaître (passivement), mais (activement) de se renseigner (cf. Di Malta, *Le renseignement administratif*, D. 64, chr. 225, spéc. 228 ; un renseignement qui, d'ailleurs, n'est pas toujours sûr).

[129]

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Rectificatifs*. — Il arrive souvent que la publication de la loi au *J.O.* soit suivie, à plus ou moins long temps de distance, de la publication d'un *rectificatif* corrigeant ou complétant le texte imprimé d'abord (*erratum*). Ces *errata* étant publiés sans avoir donné lieu à aucune promulgation distincte et apparaissant ainsi comme l'œuvre des bureaux ministériels, on se demande quelle est leur force obligatoire. La jurisprudence fait une distinction. Si le rectificatif n'a pour but que de corriger une erreur matérielle, voire de réparer une omission due à une inadvertance évidente, il fait corps avec le texte rectifié et participe de sa force obligatoire. S'il modifie ce qui avait été la *volonté réelle* du législateur, il est inefficace dès lors qu'il n'a pas été pris lui-même en forme de loi. Ex. Ch. réunies, 5 févr. 1947, S 47, I, 67 ; Crim. 28 mai 1968, D. 68, 509 ; Civ.³ 12 juill. 1976, D. 76, *I.R.*, 287. Cf. Fréjaville, *J.C.P.*, 1948, I, 677 ; Soc., 8 mars 1989, *J.C.P.*, 89, 4, 173 ; Breau, D. 1959, 532. La solution qui dénie effet à l'*erratum* abusif est logique en partant de l'idée que la loi est un acte de *volonté*. L'inconvénient pratique est que, bien souvent, le texte intrus n'est découvert que plusieurs années après sa publication, par un praticien habile qui cherche un moyen de l'écarter ; en attendant, il

a été incorporé à la loi par les éditeurs de recueils législatifs et par le public ; les tiers s'y sont fiés : ne devrait-on pas considérer qu'il y a loi *apparente* (cf. Voirin, D. 1930, I, 101, et 1934, I, 17), « loi de fait », pourrait-on dire ?

b) *Intitulés*. — Les services législatifs se sont peu à peu créés un style pour la rédaction des titres et sous-titres des lois. Classiquement, et ce classicisme a été préservé dans les réformes du C.C., on faisait volontiers commencer les rubriques par un *de* (*des actions* relatives à la filiation), calqué sur le droit romain (*de actionibus*). Le C. Pr. C. de 1975, au contraire, a rejeté ce latinisme et cherché une expression plus directe (*L'action*) ; peut-être n'y a-t-il gagné ni en majesté ni en légèreté. Une question de droit : les intitulés ont-ils force de loi ? Civ. 20 avr. 1920, D. 23, I, 87, a répondu par la négative (cf. Amiens, 8 juin 1954, Somm. 8). Le motif est que le vote du Parlement (donc, sa volonté) n'a pas porté sur eux (sauf les cas exceptionnels où ils auraient fait l'objet d'un amendement). Mais l'argument reste court devant les rubriques d'un décret, les décrets ne passant point par un vote parlementaire. Aussi peut-il sembler préférable d'invoquer plus généralement la nature *énonciative* des intitulés, par opposition à la nature *dispositive*, normative des articles. Ces énonciations, cependant, ne font-elles pas corps avec les dispositions (cf. quoique dans un autre plan, l'a. 1320) ? On se rabattra alors sur une distinction plus banale : le contenant et le contenu. Les rubriques sont des étiquettes de rangement. Elles relèvent d'une esthétique extérieure à la loi, et non du droit (celles du Digeste s'écrivaient en lettres *rouges* et, à ce que l'on raconte, pouvaient être scandées). Au demeurant, il est admis que, sans participer de la force obligatoire de la loi, les intitulés peuvent, comme l'ensemble des travaux préparatoires, contribuer à l'interprétation.

c) *Erreur de droit*. — Il est de principe que, dans les cas où l'erreur est prise en considération, l'erreur de droit doit être assimilée à l'erreur de fait : en ce sens, les intéressés sont admis à se prévaloir de leur ignorance de la loi. Ex. justification de la bonne foi dans le mariage putatif (a. 201), Req. 14 mars 1933, D.H., 33, 219 ; Civ.¹ 14 déc. 1971, D. 72, 179 ; Civ.¹ 28 mai 1991, D. 92, 121 ; annulation d'un acte juridique pour vice du consentement (a. 1110), Civ. 17 nov. 1930, S. 32, I, 17, Civ. 24 mai 1948, D. 48, 517. Cf. Decottignies, *L'erreur de droit*, *R.T.*, 51, 309. En faveur de la solution, il y a : 1° un argument exégétique : l'erreur de droit ayant été déclarée inopérante par deux textes particuliers (a. 1356, 2052), on peut en déduire *a contrario* qu'elle est opérante partout ailleurs ; 2° un argument rationnel : si un bénéfice est attaché à l'erreur, c'est à cause de l'état psychologique qu'elle produit ; or, cet état est le même, quel qu'ait été l'objet de l'erreur. Cependant, après avoir posé le principe, la Cour de cassation l'affaiblit par des distinctions. Ainsi, un acte juridique ne peut être annulé sous prétexte qu'il a été accompli dans l'ignorance de la « bonne » interprétation de la loi, Soc. 24 oct. 1946, D. 47, 72 (ce qui va contre l'idée que les interprétations sont transparentes, font corps avec les dispositions interprétées). De même, l'action en nullité est écartée — nuance bien fuyante — lorsque la partie, sans se tromper sur la nature de l'acte qu'elle voulait faire, a ignoré les conséquences légales qui s'ensuivaient nécessairement, Civ.¹ 4 nov. 1975, D. 77, 105, n. Ghestin. Cf. *R.T.* 1956, 549. Sur l'ignorance de la jurisprudence, v. *infra*, n° 148.

d) *Loi en espérance de décrets d'application*. — Qu'elle s'applique, si elle le peut, sans attendre, Civ.³ 1^{er} avr. 1987, *R.T.*, 87, 783 ; Crim. 1^{er} mars, 18 sept. 1990, *Bull.*, n° 102, 315. Sinon, non, Soc. 22 mars 1989, *Bull.*, n° 242. En fait, les bureaux des

ministères, en retardant la sortie des décrets d'application, ont un moyen de bloquer la loi votée par le Parlement. Dans une espèce tourmentée (la loi était, en réalité, une abrogation, mais le schéma reste bon pour tous les cas), le texte avait prévu qu'il ne prendrait effet qu'après publication d'un décret, à intervenir dans un délai déterminé. Le délai s'écoule et pas de décret : la loi (l'abrogation) deviendra effective de plein droit à l'expiration du délai, *Crim.* 3 oct. 1994, *Bull. crim.*, 94, n° 311.

[130]

II. — *Questions de sociologie*

a) *Promulgation*. — Sans remonter jusqu'à la promulgation du Décalogue sur le mont Sinaï, v. Michèle Fogel, *Les cérémonies de l'information dans la France du XVI^e au XVIII^e s.*, 1989 : faire savoir, c'était aussi faire croire, faire admirer.

b) *Abrogation*. — A l'abrogation juridique décrite *supra* (mais le Pouvoir n'abroge sans doute que ce qu'il désire oublier), les sociologues opposent l'abrogation sociologique, qui se produit dans les faits par l'ineffectivité de la loi. Il se peut que l'abrogation sociologique précède l'abrogation juridique, et c'est le phénomène de la désuétude. Mais il ne faut pas confondre celle-ci avec l'inertie ou la tolérance semi-volontaire de l'administration, qui n'empêchera pas la loi de faire à l'improviste un retour en force (ex. *Crim.* 12 mai 1960, 31 mai 1962, *J.C.P.*, 60, 2, 11765, et 62, 2, 12760). La désuétude n'est pas simplement l'inapplication, c'est l'impossibilité d'application résultant du changement des mœurs (quel commissaire-priseur se sentirait tenu par l'ord. 26 juin 1816, a. 8, qui réglementait la coupe de ses cheveux ?). A l'inverse, cependant, il arrive que l'abrogation sociologique ne suive pas l'abrogation juridique : la loi juridiquement abrogée survit dans les mentalités et les comportements (ex. le statut de métayage, en 1945, avait réduit de la moitié au tiers la part du bailleur ; dix ans après, dans certaines régions, beaucoup de métayers continuaient spontanément de pratiquer le partage par moitié).

c) *Connaissance du droit*. — Il est bon de replacer l'ignorance de la loi dans les phénomènes plus généraux d'ignorance, de non-savoir, Y. Charles, *Cahiers internat. de sociol.*, 1990 (LXXXIX), 312. Cf. Croze, *Le droit malade de son information*, *Droits*, 86 (4), et le n° 16 de *Droit et Société*, 1990 (Droit et médias). — Comment mesurer la connaissance du droit ? ex. Kulcsar, *A.S.*, 67, 429. — Synthèses : Sayag et Terré, *Connaissance et conscience du droit*, *A.S.*, 75, 465 ; Journées franco-soviétiques, *R.I.D.C.*, 84, 321.

d) *Conscience juridique*. — La conscience n'est pas une inconnue pour le droit (v. D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, 1993). Cependant, la conscience, quand on ne précise pas davantage, c'est la conscience morale (cf. *supra*, n° 17, l'objection de conscience). Les sociologues n'en sont venus que plus tard à évoquer une conscience juridique. Encore y ont-ils mis des significations différentes.

1° Il y a cent ans, quelques-uns entendaient par là la conscience en tant que créatrice de droit. Au lieu d'avoir son siège dans la société, le droit pouvait jaillir, spontanément, intuitif, de la *psyché* individuelle. C'est ce qu'avait enseigné à Saint-Petersbourg, sous le tsar Nicolas II, le philosophe Pétrazycki (cf. le « Quadrigé » de *Sociologie juridique*, 1994, 114). Ses idées furent reprises en Allemagne, et y donnèrent l'Ecole du droit libre, libre parce qu'elle voulait se libérer de l'abstraction et des pesanteurs du

[130]

B.G.B. En France, on raccorda ce courant, tant bien que mal, à l'intuitionnisme, alors en vogue, de la philosophie de Bergson (on était à la veille de 1914).

2° Cependant, une autre manière de sentir la conscience juridique allait surgir, non plus pour se passer du droit positif, mais pour le dépasser : elle était la voix intérieure d'un droit idéal, sentinelle vigilante exerçant une fonction critique en marge des lois et des jugements. On pouvait croire à un nouveau printemps du droit naturel. Mais, avant que les tenants du droit naturel ne se fussent accordés sur le droit naturel qu'il convenait de sous-entendre — celui de Thomas d'Aquin, celui de Grôtius, etc. (cf. *supra*, n° 47) — voilà que, déjà (nous sommes aux lendemains de 1917, de la Révolution d'octobre), la notion de conscience juridique allait leur échapper, prenant son essor vers une prodigieuse carrière. Nulle part autant qu'en Russie soviétique et, plus tard, dans les pays de son obédience, la conscience juridique n'a été exaltée. Il n'était pas de code socialiste qui ne contint l'affirmation liminaire que les textes devaient être interprétés, appliqués, en conformité avec la conscience prolétarienne, populaire du droit. La conscience juridique était la norme suprême, la conscience était devenue loi.

3° L'inverse est vrai aussi. Il est advenu dans l'histoire (et c'est comme un nouvel avatar de la notion, même si l'expression n'y était pas) que la loi se soit faite conscience — conscience juridique. La prosopopée de Socrate, le culte de la loi chez les révolutionnaires sont les témoins de ce transfert (cf. *Flexible droit*, 1995, 152). Les lois de la cité, pénétrant au cœur du citoyen, s'y fondent en amour. La conscience juridique est un passage du cognitif à l'affectif. Le fait est qu'entre les deux guerres encore, on rencontra des instituteurs qui répugnaient à évoquer la morale, crainte de glisser sur la pente de la religion. Mais, sans qu'ils en eussent conscience, leur tenait lieu de conscience morale ce que l'on aurait pu nommer une conscience juridique : c'était une intériorisation intense des lois fondamentales de la République (il y en avait peu et elles ne bougeaient guère, l'immobilité fait les idoles) — des lois drapées, diaprées de tricolore, sublimées par les textes et les mythes, la Déclaration de 89, la volonté nationale. Comme la loi, commune aux religieux et aux athées, la conscience juridique, parce qu'elle était juridique, était laïque (triste peut-être).

4° Mais rions plutôt. Souvent, les juristes ont le ravissement de découvrir que l'homme de la rue voire l'étudiant en droit dans les affres de l'examen tombent juste, sauf à ne pas développer, dans les réponses aux questions de droit qui leur sont posées. Ce n'est pas que la loi leur soit connue, il s'en faut de beaucoup. Mais c'est qu'ils reconstituent intuitivement le raisonnement qui avait conduit le législateur à sa décision. Cette conscience juridique est un embryon de capacité législative. Si la connaissance de la loi est rare — et de plus en plus —, la conscience juridique, ainsi comprise, reste assez bien partagée, dans la mesure où le droit continue à coïncider, sinon toujours avec la morale, du moins avec un certain bon sens pratique. Souvent les magistrats s'irritent de ce qu'un procès soit lancé sur des premières écritures si pauvrement argumentées, car ce balbutiement leur paraît le présage d'une procédure qui va traîner. Ce n'est, pourtant, que le miroir d'une réalité banale : le demandeur a conscience d'avoir le droit de... ; mais il est incapable de l'expliquer, et il faudra quelque temps à l'avocat pour démêler le droit sous l'intuition juridique.

4 | SPHÈRE D'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

L'a. 2 C.C. proclame le *principe de la non-rétroactivité des lois*. La Révolution avait fait des lois délibérément rétroactives : en 1794, elle avait déclaré applicable dans toutes les successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, même déjà liquidées, le nouveau système successoral qu'elle instituait. D'où une remise en question des droits et des propriétés, un ébranlement de la sécurité juridique. Le mauvais souvenir laissé par ces lois, au moins en certains cercles, explique la formule énergique de l'a. 2 : la loi ne dispose que pour l'avenir (comme le testateur, a. 895). Il ne faut pas, toutefois, s'en exagérer la portée réelle : *Le principe de la non-rétroactivité des lois s'impose au juge, nullement au législateur*.

[131] ► *Le principe de la non-rétroactivité des lois s'impose au juge*

L'a. 2 signifie que le juge, saisi d'une loi nouvelle *qui ne contient aucune disposition quant à son application dans le temps*, a le devoir de l'appliquer d'une manière non rétroactive. Il peut en résulter une certaine survie de la loi ancienne, qui va empiéter sur la période postérieure à son abrogation. Ex. une loi vient frapper de nullité les contrats de bail qui n'ont pas été passés devant notaire ; le juge ne doit pas, si elle n'en a rien dit, l'appliquer aux baux qui ont été conclus avant son entrée en vigueur. Autre ex., une loi vient rétablir le droit d'aînesse ; le juge ne doit pas, si elle n'en a rien dit, l'appliquer à la succession déjà ouverte par le décès du père de famille, quoique non encore partagée entre les enfants ; l'ancienne loi d'égalité devra, malgré son abrogation, survivre pour présider au partage de la succession litigieuse. Ces solutions sont incontestées. Mais quel critère ?

a) *Théorie classique*. — C'est la théorie des droits acquis, dont paraît s'inspirer ordinairement la Cour de cassation. Elle procède d'un esprit libéral et individualiste. L'idée générale est qu'une loi nouvelle ne peut pas, à peine d'être rétroactive, toucher aux droits d'ores et déjà acquis à une personne ; qu'elle peut, au contraire, sans heurter l'a. 2, modifier ou supprimer les simples expectatives de cette personne. Le juge a donc le devoir d'appliquer la loi nouvelle de telle manière que les *droits acquis* demeurent intacts ; alors qu'il n'a pas à se préoccuper des *expectatives*.

Le problème se trouve ainsi reporté sur la distinction des droits acquis et des expectatives (*attentes, espérances*). Le droit acquis est celui qui est entré dans notre patrimoine et qu'un tiers ne peut nous enlever (ex. le droit de créance, même à terme ou sous condition, résultant d'un contrat, car il figure à l'actif du créancier, et le débiteur ne peut le remettre en cause (a. 1134, al. 2). À l'inverse, l'expectative, qui n'est ni un droit ni une valeur monnayable, peut être détruite du dehors à tout moment (ex. la situation de l'héritier présomptif : si grande que soit la probabilité qu'il a de recueillir la succession, elle peut être anéantie par la naissance d'un parent plus proche ou par les dernières volontés du défunt). D'autres auteurs disent, un peu différemment : le droit acquis est celui qui peut être exercé en justice, le droit muni d'action, tandis que le bénéficiaire d'une expectative ne peut encore agir judiciairement, même pour la conservation de son espérance. Sous cet angle de vue, l'opposition se retrouve entre le créancier, même à terme ou sous condition, il peut sans attendre faire des actes conservatoires (a. 1180), et l'héritier, même réservataire (celui qui ne peut être privé entièrement d'héritage par les libéralités, les donations par ex., que le défunt a pu faire à d'autres que lui). Tant que la succession n'est pas ouverte, il ne saurait critiquer ces donations qui menacent sa réserve espérée, mais, la succession ouverte, il pourra les faire réduire en justice, si elles sont excessives. Preuve qu'il y a maintenant droit acquis, et à partir de là une loi nouvelle ne pourrait abolir la réserve sans être entachée de rétroactivité.

Ces formules, faites surtout pour des droits pécuniaires, sont délicates à transposer dans le domaine des droits extra-patrimoniaux, et notamment des droits de famille. Il semble qu'un droit conféré à l'individu non dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt d'autrui ou dans un intérêt social (ex. autorité parentale, tutelle) *droit-fonction*, ne puisse faire obstacle à une loi nouvelle à titre de droit acquis. La jurisprudence, plus généralement, tend à admettre qu'il n'y a *pas de droit acquis à l'encontre de l'ordre public*.

b) *Théorie moderne*. — En 1929, un ouvrage de Paul Roubier a renouvelé l'étude du problème. Il met l'accent sur la distinction de l'*effet immédiat* (toute loi a, en principe, effet immédiat) et de l'*effet rétroactif* (seul interdit par l'a. 2). En schématisant beaucoup cette distinction, on peut dire que la loi nouvelle saisit immédiatement les situations juridiques en cours, mais ne saurait modifier les conséquences que ces situations ont déjà produites. Cette théorie, dans nombre de cas, conduira à des conclusions pratiques qui ne sont pas celles de

la théorie des droits acquis. Ex. une loi nouvelle rend les majeurs incapables de faire un acte juridique qui leur était auparavant permis. D'après la théorie classique, cette loi ne devrait pas s'appliquer aux individus actuellement majeurs (ils avaient un droit acquis à une capacité générale). Dans la théorie moderne, au contraire, elle leur est applicable (leur situation juridique est immédiatement saisie par la loi nouvelle), mais les actes de l'espèce visée qu'ils avaient conclus valablement sous l'empire de la loi ancienne ne peuvent pas être remis en question par la loi nouvelle (c'est tout ce que prohibe l'a. 2).

Quelle que soit la théorie adoptée, cependant, on s'accorde à admettre que les contrats en cours d'exécution doivent continuer à être régis par la loi qui était en vigueur au jour où ils ont été conclus. Il y a pour eux survie de la loi ancienne : la volonté des contractants, qui n'ont connu que cette loi, tient en respect l'effet immédiat de la loi nouvelle. La jurisprudence considère même que, dans un contrat successif (cf. t. IV, n° 138), les effets qui se produisent postérieurement à l'entrée en scène de la loi nouvelle doivent être rattachés à la loi antérieure. Il n'en est autrement que lorsque la loi nouvelle est d'ordre public : contre l'ordre public la volonté des contractants est impuissante (a. 6 ; cf. t. IV, n° 69).

[132] ► *Le principe
de la non-rétroactivité des lois
ne s'impose pas au législateur*

Cette proposition découle de la nature même de l'a. 2, qui n'est qu'une loi ordinaire (il faut ajouter que c'est tout de même une loi).

a) L'a. 2, C.C. n'est qu'une *loi ordinaire*, qu'une loi postérieure peut abroger partiellement, donc écarter dans un cas donné. Pour qu'il fût interdit au législateur de faire des lois rétroactives, il faudrait que le principe de la non-rétroactivité fût inscrit dans un texte de valeur constitutionnelle, supérieur aux lois ordinaires. Il en a bien été ainsi sous le Directoire, où la Constitution de l'an III (Déclaration, a. 14), par réaction contre les lois rétroactives de la Révolution, disposait expressément qu'aucune loi, ni criminelle, *ni civile*, ne pourrait avoir d'effet rétroactif. Mais les Constituants de 1958 n'ont pas voulu d'une formule de ce genre, et dans la Déclaration des Droits de 1789, à laquelle renvoie leur préambule, on trouve seulement consacrée (a. 8) la non-rétroactivité des lois *pénales* (que le N.C.P., a. 112-1 s., a d'ailleurs rappelée, précisée et modulée).

Il faut donc admettre que, du moins en matière civile, le législateur ordinaire n'est pas lié par le principe de non-rétroactivité. Il peut soit *s'en affranchir*, soit *l'aménager*.

1° Il peut *s'affranchir* du principe. Deux procédés sont à sa disposition : l'un ouvert, l'autre voilé.

— *Lois expressément rétroactives*. La pratique s'en est intensifiée depuis 1914, particulièrement en matière contractuelle, où la loi en vigueur au moment de la formation du contrat devrait, s'il n'en était autrement disposé, continuer à le régir jusqu'à sa dissolution. Ex. statut du fermage (aujourd'hui C. Ru., a. 870-17) ; l. 13 juill. 1982, sur l'assurance des catastrophes naturelles, a. 3 : le droit nouveau a saisi les contrats en cours.

Lorsque le législateur fait ainsi rétroagir ses lois, il peut imprimer à la rétroactivité une intensité variable ; décider, en particulier, que la loi nouvelle ne saisira les faits passés qu'autant qu'avant son entrée en vigueur une action en justice n'a pas déjà été introduite ; ou, à l'inverse, qu'elle leur sera applicable même si un procès a déjà été engagé à leur sujet (ex. l. 5 juill. 1985, sur les accidents de la circulation, a. 47).

— *Lois interprétatives* (de lois antérieures). Quand le législateur élabore une loi pour trancher les difficultés d'interprétation qu'avait soulevées, dans les tribunaux, le premier texte, cette loi interprétative, faisant corps avec le texte interprété, a la même sphère d'application ; elle s'appliquera donc naturellement à des faits antérieurs à son entrée en vigueur. Seulement, pour qu'une loi soit vraiment interprétative, il faut qu'il y ait eu matière à interprétation, qu'il y ait eu une controverse à résoudre (que les tribunaux auraient pu résoudre par leurs propres moyens, quoique plus péniblement, si la loi n'était intervenue). Or, il arrive que le législateur, abusivement, déclare interprétative une loi nouvelle, qui est en réalité modificative d'une loi antérieure, afin de la rendre rétroactive sans l'avouer. En pareil cas, il appartiendra au tribunal saisi de restituer à la loi sa véritable nature et de n'en admettre l'application que pour l'avenir.

2° Il peut *aménager* le principe par des *dispositions transitoires*. On en rencontre à la queue de beaucoup de lois contemporaines (ex. l. 23 déc. 1985, régimes matrimoniaux, a. 56 s.). Quelquefois on désigne simplement par là des articles qui n'ont d'autre but que d'épargner des litiges en inscrivant dans la loi des solutions qui auraient pu être dégagées par interprétation de l'a. 2 (ex. l. 3 janv. 1972, filiation, a. 12, al. 1). Mais les dispositions transitoires les plus typiques se proposent d'aplanir la transition, le passage d'une législation à l'autre, tantôt en

retardant l'effet immédiat de la loi nouvelle (l. 23 déc. 1986, location à usage d'habitation, a. 22), tantôt en combinant les deux lois successives (l. 11 juill. 1975, divorce, a. 24, II), tantôt en ouvrant une option entre elles (l. 13 juill. 1965, régimes matrimoniaux, a. 16), tantôt, enfin, en prévoyant un certain délai pour l'adaptation de la situation ancienne au nouveau droit (l. 24 juill. 1966, sociétés commerciales, a. 499, al. 3, « mise en harmonie » des statuts anciens).

b) L'a. 2, C.C. est tout de même une *loi*, supérieure aux règlements administratifs. La liberté qui a été reconnue au législateur ne peut donc être étendue au pouvoir réglementaire, même dans les matières de droit civil pour lesquelles la Constitution de 1958 a donné compétence au règlement (ex. propriété), car le principe de non-rétroactivité est un de ces *principes fondamentaux* dont l'a. 34 a laissé l'exclusivité à la loi parlementaire. L'Administration commettrait donc toujours un excès de pouvoir si elle conférait à ses décrets ou arrêtés un effet rétroactif.

[133] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — L'ouvrage de Roubier, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2^e éd., 1960 (1^{re} éd. 1929) il demeure capital par le mouvement qu'il a imprimé à la théorie par sa notion de l'effet immédiat. Aujourd'hui, v. l'étude très détaillée de L. Bach, au Répertoire de droit civil Dalloz, *Conflits de lois dans le temps*, 1996, avec une importante partie doctrinale.

PHILOSOPHIE

Les conflits de lois dans le temps supposent une segmentation du temps. Ce qui est hors du temps ne leur échappe-t-il pas ? Ainsi le droit naturel, *lex aeterna*. Domat (*Lois civiles dans leur ordre naturel*, livre préliminaire, titre 1, sect. 1, n^{os} 12 s.) faisait une distinction entre lois naturelles et lois arbitraires : les lois naturelles, ayant une autorité qui est toujours la même, régissent tout ce qui, du passé, est resté indéfini. La loi naturelle préexistait dans les consciences avant d'être promulguée dans une loi positive ; aussi cette loi positive pourra-t-elle être appliquée, sans qu'il y ait rétroactivité, à des faits qui se sont déroulés avant sa promulgation. Tel est le raisonnement sur lequel a été fondée, à la Libération la répression pénale des faits de collaboration (ex. ord. 26 août, 26 déc. 1944 ; cf. Merle et Vitu, *D. crim.*, I, 1984, n^o 242). Pas davantage on n'a vu de rétroactivité dans le procès de Nuremberg, où des criminels de guerre nazis furent condamnés sur la base d'incriminations inédites. La seule différence est que, dans son jugement (1^{er} oct. 1946), le Tribunal militaire international préféra s'appuyer, plutôt que sur un droit naturel qui eût existé de toute éternité, sur une cou-

tume, une morale internationale évolutive, reçue dans une conscience universelle, elle-même en mouvement (cf. Paul Reuter, *D.* 46, chr. 77 ; Donnedieu de Vabres, *R. sc. crim.*, 47, 171).

De ce dernier exemple, de cette morale internationale en marche, il n'est pas incongru de rapprocher la question qu'a soulevée récemment, au regard du principe de non-rétroactivité, l'hypothèse de la vérité scientifique. Le point d'analogie, c'est que, dans les deux cas, nous sommes en présence d'un *continuum* sur lequel court une ligne séparant du présent le passé. Selon le Code de déontologie (*supra*, n^o 111), le médecin est en faute de ne pas conformer ses soins aux données *acquises* de la science ; à l'inverse, semble-t-il, il ne sera pas responsable d'avoir ignoré des données qui n'étaient pas encore acquises. La question, cependant, a rebondi dramatiquement lorsque sont apparus les ravages causés par le sang contaminé : la biologie était tâtonnante au moment des décisions de transfusion ; elle avait trouvé ses certitudes à l'époque du dommage. Des lois (31 déc. 1991, a. 47, III, 4 janv. 1993, C.S.P. a 668-10 ; cf. Y. Lambert-Faivre, *D.* 93, chr. 67) ont paré au plus pressé, en instituant, à la charge de la collectivité, un régime de réparation indépendant de la faute. Un débat philosophique n'en reste pas moins ouvert : les découvertes scientifiques, n'étant que la déclaration, la révélation d'une vérité préexistante, n'impriment-elles pas un effet rétroactif aux lois nouvelles qui s'en inspirent ? Pour rendre moralement acceptable la réponse affirmative malgré son apparente injustice, une théorie s'est fait jour (ex. l. 2 févr. 1995, sur l'environnement) qui s'efforce de la ramener à n'être qu'une extension ultime du devoir de prudence, racine de la responsabilité : c'est le *principe dit de précaution* (*A.S.*, 96 (2), spéc. Lautman, p. 284, Ewald, p. 383). Conscient de l'incertitude inhérente à son savoir comme à toute les expertises, le décideur portera au maximum la prévoyance et la prévention, jusqu'à l'absurde de ne rien faire. On est tenté de se dire que ce qui est hors du temps et devrait être de tous les temps, ce n'est pas la vérité scientifique, mais le doute sur la science (cf. Jvainer et Lenglet, *Les ignorances des savants*, 1996).

SOCIOLOGIE

Deux attitudes de l'esprit humain se reflètent dans notre problème. La *tendance novatrice* : la loi nouvelle est, par définition, meilleure que l'ancienne (c'est un sentiment récent : d'autres sociétés ont cru à la supériorité des lois antiques, et l'on y reviendrait peut-être si la décadence de la technique législative devait s'accroître). La *tendance conservatrice* : le droit nouveau dérouté ; les troubles psychologiques qu'il détermine ne valent pas le progrès qu'il peut en soi constituer : seule la jeunesse peut s'y adapter sans effort ; le problème de la non-rétroactivité des lois est, au fond, le problème des vieillards dans l'ordonnement juridique ; à la limite, le principe de la non-rétroactivité signifierait, pour chaque individu, le droit de conserver toute sa vie les lois de sa jeunesse (ex. l. 23 déc. 1986, a. 29, genre de bonté usuel dans la législation des *loyers* ; ceux qui ont 65 ans conservent le bénéfice de la loi ancienne). Si l'on pouvait abolir la mémoire... Pour les amnésiques, il n'y a pas de lois rétroactives.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Sans la rétroactivité des lois on n'aurait jamais aboli l'esclavage, ni les droits féodaux. Certains tribuns avaient raison de dire que l'a. 2 était contre-révolutionnaire. Mais le législateur a le devoir d'agir avec bienveillance (*benignitas* du droit romain), sympathie pour tous les hommes. Il doit ménager les transitions. On ne conçoit guère, en général, les *dispositions transitoires*, destinées à rendre moins brusque le passage, que sous la forme de dispositions purement techniques, sans contenu humain (cf. Fr. Dekeuwer-Desfossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Th. Lille, 1977). La politique des transitions pourrait être plus vaste : consolidation viagère de la loi ancienne, indemnisation aux titulaires des droits acquis (cela avait été fait pour quelques catégories de droits féodaux, et pour la propriété des esclaves). La dévaluation peut s'insérer dans ces procédés (ex. nationalisation d'une entreprise, avec échange des actions contre obligations, puis dépréciation graduelle de la monnaie) : au lieu de l'abolition des droits acquis, elle réalise leur fonte lente (mais que vaut-il mieux, être assommé d'un seul coup, ou consumé à petit feu ?).

THÉORIE JURIDIQUE

a) La matière s'y prête. Quelques variations : 1° Bonnecase, *Supplément à Baudry-Lacantinerie*, t. I, p. 13-280 (avec de copieuses références aux théories de ses prédécesseurs) : il proposait de distinguer entre situations juridiques abstraites, restées à l'état de virtualité, et situations juridiques concrètes, déclenchées effectivement par un acte ou un fait juridique ; seules les secondes étaient hors de l'atteinte des lois nouvelles, pour peu que l'acte ou le fait juridique se fût accompli avant leur entrée en vigueur. C'était reprendre la théorie classique des droits acquis, en la rendant plus objective, moins individualiste. 2° Dans la période qui suivit, fortement marquée par le traité de Roubier, il semble que la doctrine ait cherché la clef de l'a. 2 dans un rapprochement de méthode avec le droit international privé (cf. Batiffol, *Etudes Ripert*, I, 1950, p. 292 ; Level, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, 1959). De même que celui-ci s'efforce, en analysant un rapport de droit, de lui assigner un siège, une localisation, on peut espérer résoudre le conflit des lois dans le temps, si, de l'analyse de l'institution litigieuse, peut être déduit le moment décisif de son existence, le moment où elle se cristallise, placée désormais hors du flux de l'évolution. On ne remarque pas assez, cependant, que l'idée d'un conflit de lois est tout à fait étrangère à l'a. 2. Il ne connaît qu'une loi, la loi nouvelle si l'on veut, loi unique plutôt, qui est le C.C. lui-même. Tout ce qui a précédé a été abrogé, soit expressément (l. vent. an XII pour l'Ancien Droit), soit tacitement pour le droit révolutionnaire, incompatible avec l'ordre consulaire, qui a mis fin à la Révolution). Ce passé est refoulé entièrement dans la nuit du non-droit, et l'on ne saurait l'en faire sortir en lui appliquant les textes du C.C., car ce serait les rendre rétroactifs. Aux juges il appartiendra de régler en équité les rapports de fait qui émergeront, comme l'a. 4 leur en fait un devoir. 3° Bach, *R.T.*, 69, 405, et *Festschrift K. M. Neumayer*, 1985, 47 : il montre que l'effet immédiat n'est que le phénomène normal de la mise en vigueur de la loi (une mise en vigueur anticipée serait la rétroactivité, per-

mise au législateur) ; mais, en face, plutôt que le respect des droits acquis, il évoque la survie de la loi ancienne, décision de différer la mise en vigueur (de la loi nouvelle), qui doit être appréciée subjectivement, à défaut de texte, d'après l'opportunité de chacune des solutions possibles : 4° J. Héron (1948-1999), *Etude structurale de l'application de la loi dans le temps*, *R.T.*, 85, 277, et *Principes du droit transitoire*, 1996 : il met à part le *présupposé*, l'hypothèse de fait (ex. l'adultère d'un époux) sur laquelle s'articule présentement un effet de droit (le droit de l'autre d'obtenir le divorce). Une fois que l'hypothèse est réalisée, elle peut produire son effet malgré une loi nouvelle qui serait venue le supprimer (nous simplifions grossièrement une thèse très subtile).

b) L'expression *droit acquis* traîne dans le C.C. (a. 542, 2098) ; mais, au XVIII^e s., elle avait un sens philosophique par opposition à *droit inné* (contre la loi, l'inné est protégé avant même l'acquis). A notre époque a surgi en droit du travail, non sans ressemblance avec les droits acquis, la notion des *avantages acquis*. Ils sont âprement défendus par les salariés et leurs syndicats, en particulier lors de la négociation des conventions collectives (cf. P. Rodière *et al.*, *Droit social*, 86, 73 s. ; Aliprantis, *R.I.D.C.*, 87, 37) ; et souvent est insérée dans ces conventions une clause de maintien des « avantages collectivement ou individuellement acquis » (ex. Soc. 16 déc. 1992, *G.P.*, 93, 1, *Panor.* 21 ; cf. J. Savatier, *Droit de travail*, 1993, 3221), il n'y a pas de théorie de l'imprévision (cf. t. IV, n° 144) ou de la nécessité qui vaille, semble-t-il, contre la clause.

CONSTITUTION

Faible est, en droit civil, la protection des droits (acquis) de l'homme. A cela deux motifs :

1° L'a. 2 n'est qu'une loi ordinaire, dont une loi nouvelle peut toujours s'affranchir. Or, si une déontologie de sa fonction suffisait à empêcher le législateur du XIX^e s. de faire des lois rétroactives, il est visible que celui du XX^e n'éprouve plus cette inhibition morale. Le caractère de loi ordinaire ne se discute même plus, et le Conseil constitutionnel y a mis le sceau dans des décisions de 1980 (9 janv., 22 juill., 30 déc., *Rec.*, 1980, 29, 46, 53, D. 81, *I.R.*, 359), en soulignant comme une exception le cas du droit pénal, où la Déclaration de 1789, a. 8, donne valeur constitutionnelle au principe de non-rétroactivité (cf. 19 et 20 janv. 1981, D. 82.441, *J.C.P.*, 81, 2, 19701, sol. impl. ; et 18 janv. 1985, D. 86, 425, 2^e esp.). Plus directement, une décision du 4 juill. 1989, D. 90, 209, n. approbative Luchaire, considère que la prohibition de toute rétroactivité en matière contractuelle ne peut être regardée comme un principe fondamental. La discussion, pourtant, mériterait d'être rouverte. Les auteurs du C.C. n'avaient-ils pas présente à l'esprit la dernière déclaration des droits où la question avait été réglée, celle de l'an III (la Constitution du Directoire), a. 14, qui disposait qu'aucune loi, ni criminelle, *ni civile*, ne peut avoir d'effet rétroactif ? Et n'est-il pas permis de penser qu'à une époque où les conceptions sur la pyramide des normes étaient beaucoup moins structurées que maintenant, ils avaient entendu faire de leur titre préliminaire sur les lois — donc, de l'a. 2 actuel — un supplément à la Constitution ? Le Cons. const. continue de cantonner le principe de non-rétroactivité dans le droit répressif et refuse notamment de l'appliquer aux lois fiscales. De sa jurisprudence récente, néanmoins, des tempéraments émergent, qui tendent à encadrer la liberté du Parlement. Ex. décision 98-404 du 13

déc. 1998, *J.C.P.*, 99, 1, 141, n° 21, n. Mathieu-Verpeaux : il faut que la rétroactivité fiscale soit justifiée par un motif d'intérêt général et (ce qui est plus intéressant) qu'elle ne porte pas atteinte à un principe de *sécurité juridique*. Ce principe aurait son siège dans l'a. 16 de la Déclaration de 89 : ce serait la fameuse *sûreté* révolutionnaire. Mais, justement, toute loi rétroactive ne crée-t-elle pas une insécurité ? — La Cour de cassation a exercé un contrôle de constitutionnalité que le Conseil constitutionnel n'aurait peut-être pas su exercer, en refusant d'appliquer rétroactivement une loi (fiscale) que le législateur avait faussement déclarée interprétative, Com. 7 avr. 1992, *J.C.P.*, 2, 21939, n. C. David, *Rép. not.*, 92, 1, 1274, n. Chappert.

2° L'a. 2 n'a visé que les lois. Mais le droit civil d'aujourd'hui en grande partie est devenu jurisprudentiel. Or, les jurisprudences nouvelles, parce que ce sont des interprétations, sont inévitablement rétroactives (cf. *infra*, n° 149). Il faudrait introduire dans l'a. 2 un complément garantissant les justiciables contre les changements de jurisprudence. L'a. L. 80 A du Code des procédures fiscales est un modèle quand il déclare inopposables aux redevables les changements d'interprétation de l'administration. Modèle très théorique, d'ailleurs, car, pour accéder à la *garantie* du non-changement, il faut d'abord que les contribuables tiennent bien en mains l'interprétation favorable, à l'abri de commentaires déjà réducteurs du fisc.

[134]

PRATIQUE LÉGISLATIVE ET JUDICIAIRE

Th. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, 1990.

a) *Position générale*. — Il semble que la pensée de Roubier ait exercé, à partir des années 60, une influence sur la Cour de cassation : l'application immédiate est souvent érigée en principe, Civ.¹ 29 avr. 1960, D. 60, 429 ; Civ.¹ 18 juill. 1967, *J.C.P.*, 67, 2, 15227 ; Civ.¹ 3 avr. 1984, *Bull.*, n° 126 ; Civ.¹ 13 nov. 1984, *Bull.*, n° 189 ; Civ.¹ 13 déc. 1989, D. 90, Somm. 353 ; Soc. 8 nov. 1990, *Bull.*, n° 540 ; Civ.³ 3 avr. 1997, *Bull.*, n° 81. Les arrêts conservent, cependant, un rôle à la théorie classique, individualiste, des droits acquis — plus exactement au respect des droits acquis. La loi nouvelle n'est applicable aux situations et aux rapports juridiques établis ou formés avant sa promulgation qu'autant qu'il n'en doit pas résulter la lésion de droits acquis, Civ.³ 29 janv. 1980, *Bull.*, n° 25 ; Civ.¹ 17 juin 1981, *Bull.*, n° 224 ; Com. 9 oct. 1984, *Bull.*, n° 258. C'est la lésion d'un droit acquis qui constitue la rétroactivité interdite par l'a. 2.

b) *Application*. — Cf. Ghestin-Goubaux, n°s 358 s. 1° *Divorce*. Les lois sur le divorce, l'admettant ou l'abolissant, l'élargissant ou le restreignant, sont certainement applicables aux époux déjà mariés. La l. 2 avr. 1941 (annulée en 1945) était venue (a. 233, C.C.) déclarer irrecevable la demande en divorce formée dans les trois premières années du mariage ; Civ. 23 déc. 1942, D.C. 43, 85, a jugé que la loi nouvelle était applicable non seulement aux demandes déjà introduites, mais même à celles qui, admises en première instance, se trouvaient pendantes en appel au moment de son entrée en vigueur. L'arrêt ne retient pas l'objection que le jugement de divorce a créé un titre, un droit pour le conjoint demandeur. (« Toute loi nouvelle, y est-il dit, en tant qu'elle ne porte pas atteinte à des droits acquis, peut modifier les effets futurs de faits, actes ou situations qui lui sont antérieurs sans que cette application immédiate lui imprime le caractère de rétroactivité » ; dans cette formule, on relèvera, juxtaposée à la référence

classique aux droits acquis, une influence des idées de Roubier et de la théorie de l'effet immédiat.) La l. 11 juill. 1975 a été déclarée (a. 23) immédiatement applicable aux couples antérieurement mariés, lors même que les faits invoqués à l'appui de la demande se seraient produits sous l'empire de la loi ancienne. Mais les actions engagées avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ont dû être jugées conformément à la loi ancienne, et elles ont produit, en général, les effets prévus par celle-ci (a. 24 ; cf. d. 5 déc. 1975 sur la procédure de divorce, a. 75).

2° *Filiation*. — La l. 16 nov. 1912 avait été jugée applicable aux enfants nés antérieurement à son entrée en vigueur, Civ. 20 févr. et 24 juill. 1917, S. 17, 1, 73, n. Lyon-Caen, D. 17, 1, 81, n. Capitant. C'est que le père naturel n'avait pas acquis, par la naissance de l'enfant sous l'empire de l'ancien a. 340 un droit acquis à se soustraire pour toujours à la constatation de sa paternité et à l'exécution des obligations *naturelles* en dérivant (remarquer l'allusion aux lois naturelles, et cf. l'opinion de Domat, rapportée *supra*). La solution a pu être influencée aussi par la rétroactivité de la reconnaissance (volontaire ou forcée ; cf. t. II). Et la thèse du père naturel n'était pas, moralement, très sympathique. Cf. pour la l. 15 juill. 1955 (a. 342), Civ. 13 janv. 1959, D. 59, 63, 4^e esp., *R.T.*, 59, 307. Mais v. à propos de la l. 5 juill. 1956 sur la légitimation des adultérins, la distinction de l'application immédiate et de l'effet rétroactif faite par Civ. 29 avr. 1960, D. 60, 429. — La l. 3 janv. 1972, a. 12, a retenu le principe de l'effet immédiat. L'application, toutefois, n'est pas allée sans difficultés. Ex. l'action en recherche de paternité était désormais ouverte aux enfants adultérins ; mais beaucoup, étant nés plus de deux ans avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, ne semblaient plus être selon l'a. 340-4 dans les délais utiles pour agir. Il eût fallu répondre que rationnellement une action ne peut pas s'éteindre, que ce soit par prescription ou par délai préfix, avant que son existence n'ait commencé à se dérouler dans le temps (*actioni non natae non praescribitur*, adage traditionnel, dont l'a. 2257 confirme le maintien), et qu'en conséquence le point de départ du délai doit être reporté à l'entrée en vigueur de la loi de 1972. Mais Civ.¹ 13 nov. 1975, D. 1976, 133, *R.T.*, 76, 125, a préféré décider très exégétiquement que la demande était irrecevable (en sens contraire, Paris, 6 janv. 1976, *ibid.* ; Massip, n. D. 74, 450). D'où la l. 15 nov. 1976 ; cf. H. Mazeaud, D. 77, chr. 1 ; D. Huet-Weiller, D. 77, chr. 7.

3° *Successions*. — La mort est l'instant créateur : elle confère à la loi alors en vigueur une compétence de principe : Civ.¹ 14 déc. 1971, D. 72, 117 (réserve héréditaire) ; Civ.¹ 13 juin 1984, D. 85, 42 (attribution préférentielle d'une famille). On pourrait argumenter ici à partir des controverses classiques sur le fondement du droit successoral. Ne repose-t-il pas sur la volonté présumée du défunt ? Auquel cas, il faut, en effet, protéger cette volonté, arrêtée par la mort, comme on protège les volontés arrêtées dans le contrat, contre un changement de législation qu'elle n'a pu prévoir (la mort défend les morts contre les vivants). Mais une thèse opposée voit dans le droit successoral une protection des structures de la famille, telles que les dessinent les mœurs. Or, celles-ci changent. Si la loi change à leur suite, les successions déjà ouvertes ne devraient-elles pas s'y plier ? Non pas indéfiniment (ce qui ferait planer une incertitude sur la propriété), du moins tant qu'elles ne sont pas liquidées. La Révolution avait usé d'une autre technique pour tempérer la rétroactivité de ses lois successorales ; elle ne les avait fait rétroagir qu'à la date du 14 juill. 1789 : à cette date, chacun avait dû comprendre qu'un droit nouveau était né (c'était la vieille idée que le droit naturel n'a pas

besoin de promulgation). La loi du 3 janv. 1972, qui a conféré de nouveaux droits aux enfants naturels (simples ou adultérins), a préféré sur ce terrain où les souvenirs historiques ne demandaient qu'à se rallumer, s'en tenir au respect le plus strict des droits acquis par la mort (a. 14, al. 1).

L'institution des successions est, d'ailleurs, vaste et se ramifie en sous-institutions, qui peuvent appeler des solutions particulières. Ainsi, c'est la loi du jour de l'acte qui détermine si une donation sera sujette au *rapport* (a. 843), car l'obligation au rapport est une modalité de la donation, qui est un contrat (en ce sens, Req. 5 mai 1943, D.C. 44, 109, n. approbative Flour). L'objection possible est que le rapport, comme l'action en réduction pour atteinte à la réserve dont il n'est pas toujours dissociable, constituera une pièce dans le règlement à venir de la succession, ce qui militerait pour la loi nouvelle, en vigueur au jour du partage (Batifol, S. 41, 1, 233). La controverse, au demeurant, était un bon exemple de cette méthode des conflits des lois qui, par décalque du droit international privé, s'appliquait à situer dans le temps le siège du rapport de droit.

4° *Contrats*. — Le principe est que les contrats, une fois formés, sont exclusivement régis, pour l'avenir, par la loi en vigueur au moment de leur formation. Ex. Civ. 7 juin 1901, S. 02, 1, 513, D. 02, 1, 105 ; Civ.¹ 18 avr. 1989, *J.C.P.*, 90, 2, 21523. La concurrence de deux lois sur un même territoire n'a rien d'irrationalnel en matière contractuelle, car c'est le domaine de la diversité et de la liberté. Ce motif limite la portée du principe : il ne s'applique pas aux lois d'ordre public (pas de droit acquis, dit-on parfois, à l'encontre de l'ordre public ; plus exactement, l'intérêt général est unitaire par définition) : ex. Civ. 22 avr. 1929, D.H. 1929, 281 ; Civ.³ 11 janv. 1972, D. 72, 271. Néanmoins, le caractère d'ordre public d'une loi nouvelle ne lui confère pas compétence pour remettre en cause toute la vie antérieure du contrat : Civ.² 7 nov. 1968, *J.C.P.*, 69, 2, 15771 ; Com. 11 oct. 1988, *R.T.*, 89, 296 ; Civ.³ 17 févr. 1993, *Bull.*, n° 19 ; Com. 26 févr. 1991, *Bull.*, n° 86. Réserve faite de l'ordre public, la Cour de cassation étend l'empire de la loi ancienne à tous les effets du contrat, « même s'ils continuent de se réaliser postérieurement à cette loi » : ex. Civ.³ 3 juill. 1979, *J.C.P.*, 80, 2, 19384, n. Fr. Dekeuwer-Défossez. La formule est, sans doute, excessive : il y a des *suites* du contrat qui sont détachables de la volonté des parties (cf. a. 1135), donc de la loi qui a présidé à l'émission de cette volonté, ex. Com. 7 mars 1983, *Bull.*, n° 95, Civ.³ 30 mai 1990, *G.P.*, 90, 2, 419. S'agissant de conflits de lois dans l'espace, il est admis que les parties puissent employer différentes législations aux différentes parties du contrat (« dépeçage » du contrat). En tout cas, une loi nouvelle ne saurait revenir sur les effets *passés* d'une convention antérieurement conclue, Civ.³ 20 janv. 1993, D. 93, I.R., 48 ; Civ.¹ 17 mars 1998 (fût-elle d'ordre public), *Bull.*, n° 115.

5° *Faits dommageables*. — Rationnellement, les conditions de la responsabilité devraient être régies par la loi en vigueur au jour où le fait s'est produit ; les conditions de l'indemnisation, par la loi en vigueur au jour où le dommage s'est manifesté, arg. a. 2270-1 ; v. cep., retenant la loi en vigueur à la date du fait même pour la fixation du montant de l'indemnité, Civ.² 18 juill. 1967, D. 68, 297. Par faveur pour les victimes d'accidents de la circulation, la l. 5 juill. 1985 (a. 47) avait admis une rétroactivité atténuée, tout en tirant les deux verrous qui sont de droit, la transaction (cf. a. 2044, 2052) et le jugement passé en force de chose jugée (a. 500 C. Pr. C. ; cf. *R.T.*, 90, 548, n. Normand). La loi du 19 mai 1998, qui a introduit une responsabilité du fait des produits défectueux (a. 1386-1 s.), s'est déclarée applicable (a. 21) à tous les dommages

causés après la mise en circulation du produit, quand bien même celle-ci aurait eu lieu en vertu d'un contrat antérieur : ce n'est pas une responsabilité contractuelle.

6° *Propriété immobilière*. — Une fois la maison bâtie, c'est, semble-t-il, sa matérialité, plus encore que le droit acquis au propriétaire, qui devrait tenir en respect les lois nouvelles. L'idée n'est pas absente de la pratique judiciaire (ex. Civ. 23 oct. 1962, D. 62, 723) et législative (arg. C. Urb. a. 421, 1, al. 2 : les normes nouvelles ne sont applicables qu'à l'occasion de travaux d'aménagement modifiant l'aspect extérieur de l'immeuble). Il arrive, cependant, que les nouvelles normes soient déclarées applicables aux immeubles anciens (avec un délai ; ex. l. 16 janv. 1986, a. 14, pour les ascenseurs). Afin d'en rendre l'application plus rapide, la loi peut confier l'intérêt public aux intérêts privés des locataires, en ouvrant à ceux-ci le droit de réclamer une « mise en conformité » de l'immeuble loué (cf. l. 23 déc. 1986, a. 25). La découverte des dangers de l'amiante, nouvelle illustration du principe de précaution (v. *supra*, Philosophie), a suscité des mesures immédiatement applicables aux immeubles déjà bâtis (d. 26-1133 du 24 déc. 1996 ; cf. Bellon, *Rép. not.*, 97, 504), à l'exception des maisons individuelles. L'urgence sanitaire a fait écarter la limite du « coût économiquement acceptable », retenue ailleurs (ex. l. 2 févr. 1995 sur l'environnement).

[135] 2 / La coutume

La doctrine du XIX^e s. a eu tendance à nier que la coutume fût une source du droit civil : elle avait le culte du texte de loi et de la légalité. En réalité, la coutume est une source, et une source importante, du droit civil. On peut en discerner deux formes : la coutume proprement dite, d'origine populaire, qui est la pratique suivie par la masse, et la coutume d'origine savante, formules, recettes dégagées par les juristes (peut-être avec l'approbation implicite de la masse), mais auxquelles le temps, en tout cas, a donné sa patine.

1 | LA COUTUME D'ORIGINE POPULAIRE

En droit, est-ce possible ? Suivant la Constitution de 1958 (a. 3, dernier al.), si la souveraineté nationale appartient au peuple français, il l'exerce par ses représentants ou par la voie du référendum, non pas directement, sous cette forme instinctive, inconsciente, qu'est la coutume. L'a. 34 de la Constitution précise encore que la loi est votée par

le Parlement. N'y a-t-il pas là une condamnation de cette démocratie directe et diffuse que serait la coutume ? Mais, à la vérité, le terme de « loi » n'est employé là que dans son sens formel et ne préjuge rien quant aux autres règles de droit, donc quant à la coutume. En fait, il est certain que celle-ci conserve un domaine, plus vaste qu'on ne l'imagine souvent, en droit civil. Tantôt c'est en vertu d'un renvoi, d'une *délégation de la loi* ; tantôt même en vertu d'un *pouvoir propre*.

► *Pouvoir délégué de la coutume*

Ici, la coutume a un pouvoir qui ne lui est contesté par personne, car il lui vient de la loi. Mais la délégation, le renvoi à la coutume peut être soit exprès, soit implicite.

a) *Renvoi exprès de la loi à la coutume.*

Le C.C. a ainsi donné blanc-seing à la coutume en plusieurs cas :

— *Coutumes et usages relatifs à la propriété foncière* (rurale ou même urbaine). Ex. a. 663, 671, 674. C'eût été mal légiférer que de légiférer uniformément dans une matière où la France présente une grande diversité de terroirs et de climats, de modes de culture et d'habitation. L'a. L. 511-3 nouveau C. Ru. confie aux chambres départementales d'agriculture la mission de « codifier les coutumes et usages locaux à caractère agricole qui servent ordinairement de base aux décisions judiciaires ». « Les usages codifiés sont soumis à l'approbation du conseil général. » On ne confondra pas avec ces usages coextensifs à tout un territoire l'usage propre à un domaine, qui est appelé à fixer les normes auxquelles devra se conformer la jouissance d'un usufruitier de passage. Le C.C. l'évoque sous des appellations variées : l'usage des anciens propriétaires (a. 591), l'usage constant des propriétaires (a. 590) et même la *coutume* des propriétaires (a. 593). C'est la même distinction qu'il faudra faire, *infra*, 3°, entre l'usage régnant dans la société et la coutume particulière à une famille.

— *Usages conventionnels* (a. 1135). L'expression est techniquement consacrée pour désigner les pratiques (souvent spéciales à une région ou à une profession) que les particuliers suivent dans les conventions qu'ils passent. Ce sont des clauses que, pendant longtemps, ils ont pris l'habitude d'insérer dans certains types de contrats ; puis, ils s'y sont tellement habitués qu'ils n'ont plus éprouvé le besoin de les écrire formellement. Le juge les a, dès lors, sous-entendues, parce que les contractants sont censés s'y être implicitement référés, toutes les

fois qu'ils ne les ont pas expressément écartées. C'est, en somme, à la volonté tacite des parties qu'au second degré la loi a délégué sa force obligatoire, par un mécanisme comparable à celui des lois que l'on dit *supplétives de volonté* (cf. *supra*, n° 126). Toutefois, il est des usages conventionnels qui ont, par exception, un caractère d'ordre public (ex. C. Tr. a. L. 122-6 et 122-7) ; la volonté des parties ne peut servir alors de référence explicative : il faut supposer une délégation directe de la loi aux usages. En fait, aujourd'hui, bien souvent, les usages invoqués comme conventionnels émanent, non de la masse des intéressés, mais de juristes d'entreprise qui ont élaboré la clause et l'ont imposée dans des contrats d'adhésion.

La délégation de la loi peut, d'ailleurs, emprunter des techniques différentes, où l'aspect conventionnel des usages a l'air de s'estomper derrière l'aspect corporatif (sauf à remarquer que nul n'est dans une corporation que de son consentement). Ainsi, il est arrivé que la loi ne se contente pas de valider les usages à la volée, mais qu'elle-même les codifie : ex. : la loi du 13 juin 1866, qui a mis en tableaux certains usages commerciaux relatifs à la vente, au risque de leur enlever leurs possibilités d'évolution. Avec la loi du 2 juillet 1996 sur les services d'investissement, c'est encore un autre parcours : elle prévoit (a. 58) que des règles de bonne conduite seront établies par le Conseil des marchés financiers ou la Commission des opérations de bourse, ce qui revient à articuler la confiance faite aux usages sur la reconnaissance préalable d'une catégorie secondaire de textes (cf. *supra*, n° 111).

— *Usages familiaux*. 1° *L'usage d'une famille*. C'est un groupe : il sécrète spontanément sa propre *régulation*. Cette coutume interne (coutume de la maisonnée comme tout à l'heure coutume du domaine) reste généralement en dehors du droit. Quelquefois, pourtant, elle y est intégrée. Ce que suggère l'a. 372-1-1 : les parents en désaccord sur l'éducation de l'enfant (et le J.A.F. après eux, éventuellement) sont invités à se reporter, comme à une règle de droit, à l'usage qui s'était peu à peu formé chez eux par leurs comportements antérieurs (l'intention sous-jacente est d'éviter à l'enfant un changement qui le perturbe ; cf. l'a. 375-2). De même, le prénom *usuel* pourra continuer d'être compris, par son seul qualificatif, comme résultant d'un usage de la famille, sans qu'il y ait lieu de s'arrêter à la loi du 8 janvier 1993 qui en a obscurci la genèse par une rédaction inutilement volontariste (a. 57, al. 2 : prénom « choisi »). Et les présents d'usage ? Il est d'usage d'en faire, et c'est justement parce qu'en certaines circonstances familiales on ne se sent pas libre de n'en pas faire que, faute d'esprit libéral, ils ne sont pas traités tout à fait comme des libéralités (ex. a. 852).

2° Ce qui est d'usage *dans les familles*. Mission est confiée à la coutume d'assouplir des règles légales de pouvoir et de capacité. S'appuyant sur le double sens du mot, l'usage, en même temps qu'il déroge à la loi, donne les moyens de reconnaître l'*acte usuel* (d'*usage* courant) pour lequel une dérogation est admise. Ainsi, alors que, de droit commun, l'autorité parentale doit être exercée en commun par les père et mère, l'a. 372-2, sous le couvert d'une présomption d'accord tacite de l'autre, valide les actes usuels (« bénins ») que l'un des deux a accomplis seul. De même, d'après les a. 389-3 et 450, il est des cas où l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes dans les actes de la vie civile. Bien que les textes ne semblent viser que les contrats, spécialement ceux qui ont le caractère d'actes d'administration, on peut y lire une délégation générale adressée à l'usage pour conférer au mineur une marge d'autonomie. A toutes les époques, les sociétés ont nourri cette préoccupation, escomptant d'une levée partielle de l'incapacité un premier et bénéfique apprentissage de la vie active. Seulement, un droit écrit eût enfermé l'autonomie souhaitée dans un cadre trop rigide ; la médiation de l'usage permettra, au contraire, de la manier en glissement selon l'âge, de l'accepter ou de la rejeter en fonction de la légèreté ou du risque de l'opération.

b) *Renvoi implicite de la loi à la coutume.*

Les coutumes (*lato sensu* : usages, convenances, pratiques reçues) entrent virtuellement dans l'analyse de certaines notions légales ; si bien que, pour appliquer ces notions, le juge doit se livrer à une appréciation selon la coutume. C'est ainsi que le maniement des formules du C.C. relatives aux *bonnes mœurs* (a. 6, 900, 1133, 1172) a pour résultat de donner force juridique aux mœurs, aux coutumes des honnêtes gens (*supra*, n° 16). De même, quand le C.C. (ex. a. 450, 1728-1°) décide qu'une personne chargée d'administrer ou de conserver le bien d'autrui doit agir *en bon père de famille*, c'est-à-dire (traduction de cette formule romaine) en propriétaire diligent et soigneux, cela implique que, pour juger, il faudra se reporter à l'usage couramment suivi par les pères de famille sérieux en semblables hypothèses. Plus indirectement (mais c'est presque à l'infini qu'un champ s'ouvre ici à la coutume) : la notion de *faute*. Elle n'a point été définie par la loi (a. 1382), mais elle inclut une référence, entre autres normes, à la coutume. Le juge se demandera si le prétendu responsable s'est conduit comme un homme normal, comme un homme moyen (dans la catégorie intéressée), s'il a bien fait ce que tout le monde aurait fait en

pareil cas. Par son ubiquité, la faute fait ainsi éclater dans toutes les parties du droit positif la force irréductible de la coutume. Qui s'en plaindrait ? La coutume est pratique : chacun, pouvant compter d'avance sur un certain comportement des autres, y adapte ses propres actions, ainsi que ses propres précautions, ce qui tisse pour tous la trame de sécurité propre à la coutume.

[136] ► *Pouvoir autonome de la coutume*

C'est là que les objections (d'ordre constitutionnel, pourrait-on dire) se font très vives. Peut-on admettre la force obligatoire de la coutume en dehors d'un renvoi, exprès ou implicite, de la loi ? Les objections sont naturellement plus fortes pour la coutume qui prétend aller contre la loi (*contra legem*) que pour celle qui, à côté de la loi (*praeter legem*), se limite à en combler les lacunes.

a) *La coutume praeter legem.* — La loi du 30 ventôse an XII (introductive du C.C. *supra*, n° 71) est étrangère à la question lorsqu'elle déclare (a. 7) abrogées en bloc les coutumes générales ou locales. Cette abrogation ne porte que sur les coutumes rédigées de l'Ancien Droit ; elle ne concerne pas la coutume en tant que source générique du droit. Au reste, par hypothèse, les pratiques pour lesquelles une discussion est soulevée ont dû continuer jusqu'à nous ; il y a donc une épaisseur de coutume postérieure à 1804, sur quoi la loi de l'an XII est sans effet. En revanche, dans le *Livre préliminaire du projet de l'an VIII*, qui reflète assez bien les vues philosophiques du législateur consulaire, on relève une référence formelle à la coutume comme source autonome du droit *praeter legem* : le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses *coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois* (a. 4).

En fait, des coutumes de l'ancienne France ont subsisté dans les interstices du C.C. : ex. la coutume qui veut que la femme porte le nom patronymique de son mari. Telle est, cependant, l'empreinte du légalisme que, dès qu'ils l'ont pu, les interprètes se sont jetés sur l'a. 299, auquel la l. 6 févr. 1893 avait ajouté un alinéa (aujourd'hui, a. 264, al. 1 : par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom), pour abriter la coutume derrière ce texte. Comment expliquer que l'enfant légitime prenne le nom de son père ? *A silentio*, parce que l'a. 57 ne parle que de ses prénoms ? Il est plus franc d'avouer la coutume.

Mais il y a plus : des coutumes nouvelles se sont, pour ainsi dire, formées sous les yeux des civilistes, depuis 1804. Ex. la preuve de la qualité d'héritier se fait par des procédés (acte de notoriété, intitulé d'inventaire) dont le rôle a été dégagé peu à peu par l'usage, dans les rapports entre les notaires et les bureaux des grands établissements auprès desquels il est nécessaire de produire cette preuve. Le contrat de compte courant, entre les banques et leurs clients, obéit à des règles qui ont été élaborées par l'usage du commerce. L'a. 288 confère à l'un des époux divorcés un droit de visite et d'hébergement, mais il n'en règle pas les modalités : sur la répartition des temps, des pratiques se sont établies que reproduisent de confiance les J.A.F., les parents, les enfants. Plus généralement, l'attente des vacances scolaires, même si les dates en peuvent varier au gré d'une autorité, rythme aujourd'hui la vie de la société, et par ricochet du droit, comme la plus irrésistible des coutumes.

b) *La coutume contra legem*. — Distinguons d'abord entre les lois. Que la coutume puisse éliminer une *loi simplement interprétative de volonté* (cf. *supra*, n° 126), il n'y a pas d'obstacle de droit à l'admettre : une telle loi aurait pu être écartée par la volonté interindividuelle de deux contractants ; elle sera écartée, ici, par la volonté répétitive de la masse des contractants, que la coutume est censée s'être appropriée. L'hésitation est plus grande pour une *loi impérative*, et l'opinion dominante fait ici prévaloir la règle de droit consciente, la loi, sur la règle de droit instinctive. L'expérience, cependant, est loin d'être d'accord avec cette vue théorique. Ex. l'a. 931, qui exige un acte notarié pour la validité de la donation, est certainement d'ordre public. Or, depuis toujours, on tient pour valable le don manuel (donation d'objets mobiliers par remise de la main à la main), qui se fait sans acte notarié, et, malgré les références que des textes récents ont pu faire au procédé (ex. l. 1^{er} juill. 1901 sur les associations, version de 1987), la meilleure justification en demeure la coutume. Autre exemple, de plus vaste envergure : les tribunaux appliquent, sans s'inquiéter de sa provenance, une maxime *Fraus omnia corrumpit*, que l'on traduit habituellement : la fraude fait échec à toutes les règles. La mention de la fraude se rencontre dans des textes épars (a. 1167, 1421, N.C.P. 313-1, 595 C. Pr. C.), mais la maxime n'est inscrite dans aucun texte. C'est une coutume, et quoique formulée couramment en latin, elle est portée, pourrait-on dire sans « populisme » abusif, par une vague de la conscience populaire. La fraude est une intention de préjudicier à autrui sans violence, mais par tous les moyens, y compris les moyens de droit. La condamnation de la fraude a pour effet de paralyser la

norme juridique qui validait une opération, de refouler l'Etat de droit lui-même (ainsi que le montre la théorie de la fraude à la loi ; ex. a. 190-1 ; cf. t. IV, n°s 73, 76).

[137] 2 | LA COUTUME D'ORIGINE SAVANTE

Peut-être faudrait-il parler pour elle de *tradition juridique*. Elle se sépare de la coutume au sens ordinaire, coutume populaire, en ce qu'elle n'est pas le produit d'une pratique de masse. On peut en apercevoir deux manifestations : les *principes généraux du droit* et les *maximes juridiques*. Mais la différence est plus de forme que de fond. Selon que l'on insiste sur la formule extérieure ou sur son contenu, on a soit une maxime juridique, soit un principe général du droit.

► *Les maximes juridiques*

On parle encore de proverbes juridiques, d'adages du droit, de « brocards » (expression consacrée, du nom d'un évêque de Worms du XI^e s., Bourchard, qui avait publié un recueil de sentences). Ce sont des formules imaginées par une doctrine ou une jurisprudence anciennes, souvent très anciennes (Moyen Age), pour condenser et rendre frappantes des règles de droit communément admises. Il s'agit d'une doctrine anonyme et immémoriale de la France. Ces adages sont souvent en latin, parfois en vieux français. Quelques-uns sont passés dans le C.C., et ne font, dès lors, plus de difficulté, car la loi est devenue leur support formel ; ex. la maxime venue du droit romain : *Pater is est quem nuptiae demonstrant* est passée dans l'a. 312 ; une maxime qui a été forgée peut-être par la jurisprudence du Châtelet de Paris, au XVIII^e s., et qu'un jurisconsulte de cette époque, Bourjon, nous a livrée sous une forme condensée *en fait de meubles possession vaut titre*, est inscrite à l'a. 2279. Beaucoup d'autres de ces maximes, au contraire, sont restées en dehors de la loi, et concernent des points qu'elle n'a pas réglés elle-même. On les considère comme des règles de droit toujours en vigueur, et la Cour de cassation, à l'occasion, les invoque expressément dans ses arrêts (ex. *Contra non valentem agere non currit praescriptio*, t. III, n° 194 ; *Aliments ne s'arrêtent pas*, t. II, p. 57).

► Les principes généraux du droit

Si, sous toute maxime juridique, il y a un principe général du droit, tous les principes généraux n'ont pas pris le tour « vif et condensé » de la maxime. Ainsi, c'est un principe général du droit (un principe d'équité, a dit parfois la Cour de cassation, avaient dit avant elle Aubry et Rau) que nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. C'est encore un principe général que toute promesse de mariage est nulle en elle-même comme portant atteinte à la liberté qui doit régner dans la formation du lien conjugal. Un dernier exemple : il est un principe très important de notre droit des obligations, le principe du nominalisme monétaire : 1 F = 1 F (en vertu de quoi, le débiteur qui a emprunté 100 000 F en 1977 s'acquitte valablement, vingt ans après, en remboursant 100 000 F, qui ont moitié moins de pouvoir d'achat). Bien qu'il ne soit pas directement écrit dans la loi, la jurisprudence en a toujours reconnu la force obligatoire. C'est, venu de l'Ancien Droit monarchique, un principe général du droit.

La doctrine et la jurisprudence ont formulé ces principes généraux. Mais elles ne les ont pas créés. Elles les ont trouvés en suspension dans l'esprit de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires (ex. pour l'enrichissement sans cause, a. 555, 1437 ; pour la nullité des promesses de mariage, a. 146 ; pour le nominalisme monétaire, a. 1895).

[138] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Aubry et Rau, I, § 23 (montrant bien la place très réduite que la doctrine classique consentait à faire à la coutume en droit civil) ; Josserand, I, n° 96 s. (pour une franche reconnaissance de la coutume comme source du droit civil) ; Ghestin-Goubeaux, n° 541 s. Cf. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, I, n° 145 s. ; A. Lebrun, Th. Caen, 1932 ; Pédamon (sur la distinction de l'usage et de la coutume), *R. trim. dr. commercial*, 1959, 335 ; Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, 1984 (pour qui l'usage est essentiellement conventionnel et se sépare donc de la coutume) ; Acquarone, *La coutume, aspects classiques et manifestations contemporaines d'une source de droit*, Th. Nice (ronéo), 1987 ; l'ensemble de *Droits*, 1986 (3) en particulier p. 39 s., Oppetit, Sur la coutume en droit privé ; Langlois, Les usages (dans les transformations du droit du travail), *Etudes G. Lyon-Caen*, 1989, p. 285 ; Karaquillo, D. 90, chr. 83 (les normes des communautés sportives comme coutumes) ; Beignier, D. 92, 466, II (reconnaissance d'une coutume contra legem).

HISTOIRE

Le Digeste (1, 3, 37) relève avec raison la fonction herméneutique de la coutume : *optima legum interpretes consuetudo*. Il ne s'agit pas (du moins pas principalement) de la coutume des tribunaux (ce que nous appelons *jurisprudence*). C'est la coutume extra-judiciaire qui est d'abord visée : celle des praticiens (ex. chez nous les notaires), ou même des simples usagers du droit.

Le titre du Digeste (50, 17) de *diversis regulis juris antiqui* (le dernier mot souligne bien l'élément coutumier) est un fonds très riche de maximes du droit, le juriste moderne gagnerait beaucoup à les méditer, même et surtout les plus oubliées. Pour l'Ancien Droit, v. les *Institutes coutumières* de Loysel (1607 ; rééditées par Laboulaye, 2 vol., 1846) ; on peut essayer d'imaginer ce que serait le droit français si ce recueil de proverbes était devenu C.C. (dans la pensée de Loysel, c'en était, sans doute, un avant-projet). Sur les adages, v. Laingui, L'adage, vestige de la poésie, *Mélanges Imbert*, 1989, 345, et La poésie dans le droit, *Arch.*, 94, 132 ; Cornu, *Linguistique juridique*, 1990, n° 102-120 ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français* (3^e éd., 1992) et *Locutions latines du droit français* (3^e éd., 1993), dont les publications attestent l'intérêt toujours actuel de ce droit coutumier).

THÉORIE JURIDIQUE

a) Sur la théorie de la coutume en général, v. n° 12, à propos de la règle de droit. Question négligée en France : comment la coutume autonome peut-elle s'insérer dans un système constitutionnel (tel que le nôtre) qui ne paraît connaître de source du droit que la loi ou le règlement ? Référendum implicite (cf. Const. 1958, a. 3) ? Force naturelle en dehors, sinon au-dessus de la Constitution écrite ? Il n'y a pas grand chose à ajouter à ce qu'en disait le Digeste (1, 3, 32) : qu'importe que le peuple manifeste sa volonté par un vote ou par son comportement.

b) A l'usage qui émancipe le mineur, suivant les a. 389-3 et 450, on ne saurait transposer telle quelle l'analyse classique de la coutume (*supra*, n° 6). L'originalité tient, en l'espèce, à une distribution des rôles entre les acteurs. La pratique se situe dans la tribu des enfants et adolescents, tribu désordonnée, mais à l'intérieur de laquelle la moindre avancée de liberté se diffuse (par l'école, la rue, les médias ?) à une vitesse mystérieuse. L'*opinio juris* émane de la nation des adultes, et n'est guère plus que la conviction que la délégation de la loi a été respectée dans ses limites raisonnables. Le cocontractant majeur, lui-même participant de la coutume, en jugera intuitivement, en confrontant la capacité alléguée de son partenaire à ses souvenirs de jeunesse, comme à son expérience actuelle de parent. Quant au chœur des pères et mères, il ne faut pas le croire en retrait, spectateurs indifférents. L'usage émancipateur tourne à leur bénéfice ; et sur la défensive, ils n'hésitent pas à le faire valoir, tirant de là un principe de non-responsabilité (en ce sens, Civ.¹ 21 juin 1977, *Bull.*, n° 285 ; cf. t. II, p. 132, 139).

c) Le mot *principe* est un des plus usités dans le langage juridique (cf. J. Turlan, *Principe. Jalons pour une histoire du mot*, 1989 ; M. de Béchillon, *La notion de principe général en dr. privé*, Aix, 1998). Il s'agit toujours d'une règle de droit qui vient en tête,

qui est placée au sommet, qui est plus importante que d'autres. Mais cette préséance vague recouvre des emplois distincts. Commençons par en mettre deux à part, où le principe se définit en s'opposant. 1° On oppose couramment *principe* et *exception* (on dit aussi *règle* et *exception*). Le principe statue pour la généralité des cas ; l'exception fait échapper une catégorie de cas à l'application du principe. Où est l'intérêt ? dans l'interprétation : les exceptions sont, dit-on, d'interprétation stricte, tandis que les principes pourraient être étendus. 2° L'a. 34 de la Constitution oppose virtuellement, pour certaines matières, les *principes fondamentaux* à des dispositions qu'il ne qualifie pas, mais qu'il faut entendre comme la masse des dispositions d'aménagement. Intérêt : la répartition des compétences entre loi et décret. Dans ces deux emplois, le rôle assigné aux principes n'était que technique ; mais en voici d'autres où leur rôle s'élève : ils sont conçus comme sources du droit, sources coutumières. 3° Comme une coutume supérieure à la loi ordinaire, le Conseil constitutionnel invoque souvent, à l'appui d'une déclaration d'inconstitutionnalité, les *principes fondamentaux*, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, sans que l'on sache clairement s'il s'agit de la seule V^e ou de toutes les républiques que la France a connues (ou même plus banalement de la *res publica*, des lois de l'Etat) ; ce sont des principes tantôt visés directement par des textes fondateurs, tantôt dégagés de l'esprit de ces textes. 4° Coutume a égalité avec la loi ordinaire, tels sont les *principes généraux du droit*, qui ont d'abord été mis en relief par la jurisprudence du Conseil d'Etat, sur le recours pour excès de pouvoir (cf. B. Janneau, Th. Poitiers, 1954 ; Genevois, *R.I.D.C.*, 80, numéro spéc., 279 s.), mais dont on s'est aperçu depuis qu'ils n'étaient pas moins importants en droit privé (cf. J. Boulanger, *Etudes Ripert*, 1950, I, 511 ; Ripert, *Forces créatrices de droit*, 1955, n°s 132 s. ; Rodière, *R.I.D.C.*, 80, numéro spéc., 309). Ils sont, en général, non écrits, bien qu'ils puissent souvent s'induire de textes fragmentaires. Mais il leur est parfois arrivé, comme aux coutumes de l'Ancien Droit, d'être rédigés, codifiés : ex. les remarquables *principes directeurs du procès civil*, en tête du C. Pr. C. de 1975. 5° Coutume encore, mais dans un sens spécialisé par le droit international public (a. 38 du Statut de la Cour internationale de La Haye) : ce sont des principes non écrits, mais reconnus par la communauté des nations. — Sur l'ensemble de la question, cf. Ph. Gérard, *Droit, égalité et idéologie, contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Bruxelles, 1981.

d) Il est délicat de déterminer exactement la *nature de la coutume d'origine savante*. C'est un type intermédiaire entre la coutume d'origine populaire, d'une part, et, d'autre part, la jurisprudence ou la doctrine. Elle se différencie de la *coutume au sens ordinaire*, coutume populaire, en ce qu'elle ne suppose pas une pratique de la masse. Elle est faite d'opinions, et d'opinions de juristes. Elle est le produit d'une élaboration intellectuelle qui, sans doute, doit être en accord avec la sensibilité juridique de la masse, mais ce n'est pas de la masse qu'elle vient. D'un autre côté, elle se distingue de la *jurisprudence* et de la *doctrine*. C'est une différence d'ancienneté et, si l'on veut, de titres de noblesse. Ce que nous appelons jurisprudence ou doctrine, c'est un élément de notre droit qui s'est formé depuis 1804, ou même depuis dix ans et comme sous nos yeux. On peut retrouver le premier arrêt ou le premier auteur qui en a été le point de départ. Tandis que le premier arrêt ou le premier auteur qui a formulé un principe général, l'a formulé comme déjà consacré et antérieur à lui-même. Sous chaque principe général, on retrouverait une tradition prétendant à des titres *historiques* : celle du droit romain (ex. enrichissement sans

cause), celle de l'Ancien Droit monarchique (ex. nominalisme monétaire), celle de la Révolution (ex. nullité des promesses de mariage). Il arrive, néanmoins, qu'à l'improviste une jurisprudence constante se transforme en un principe qui se suffit à lui-même, qui est donc coutume. Ainsi, fatiguée de sanctionner les inconvénients anormaux de voisinage au nom de l'a. 1382 (ex. Civ.² 3 janv. 1969, D. 69, 323 ; cf. t. III, n° 168), la Cour de cassation, dans un arrêt de 1986 (Civ.² 13 nov. 1986, *Bull.*, n° 172), s'est référée directement, comme à une maxime qui n'avait plus besoin de texte, au « principe suivant lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage ».

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Rôle de la Cour de cassation en matière de coutume*. — Contre l'idée que la coutume serait une source de droit au même titre que la loi, on invoque la jurisprudence selon laquelle la violation d'une règle purement coutumière, à la différence de la violation d'une règle légale, ne peut donner ouverture à cassation : c'est la preuve, remarque-t-on, que la coutume n'a que la valeur d'un fait. Ex. Civ. 24 juill. 1860, S. 60, 1, 897 ; Civ. 25 mars 1908, D. 10, 1, 454 ; Civ. 12 janv. 1938, D.H. 38, 197 ; Req. 15 mars 1944, S. 45, 1, 40. A quoi deux réponses topiques peuvent être faites : 1° quant aux usages conventionnels (ex. Req. 16 nov. 1925, D.H. 26, 22 ; Civ. 10 janv. 1928, D. 29, 1, 126), que c'est seulement le corollaire de la solution par laquelle la Cour de cassation s'interdit de contrôler l'interprétation des contrats par les juges du fond (cf. t. IV, n° 143) ; et 2° quant aux usages locaux que le pourvoi en cassation n'a de sens que là où il faut assurer l'unité du droit sur tout le territoire. — Mais il existe une réponse plus générale, c'est qu'il n'y a rien d'absurde à ce qu'une règle de droit se dégage d'un ensemble de faits ; que le même passage du fait au droit se rencontre dans la prescription acquisitive, qui transforme le fait de la possession en un droit de propriété (cf. *infra*, n° 163).

On notera, en tout cas, que la coutume d'origine savante, n'est point traitée comme un fait : la violation d'un principe général, d'une maxime traditionnelle ouvre le pourvoi en cassation pour violation de la loi.

b) *Usages locaux en matière foncière*. — Les juges du fond en apprécient souverainement l'existence, Civ.³ 4 nov. 1987, D. 87, Somm. 34 (c'est une décentralisation du droit civil). Ces usages l'emportent sur les dispositions légales qui n'ont qu'un caractère supplétif. Tel est le caractère de l'a. 671 sur la distance à observer dans les plantations (v. t. III, n° 149). Mais il serait raisonnable de comprendre que, si les usages peuvent faire varier la distance, ils ne peuvent la supprimer. La jurisprudence admet, pourtant, l'existence d'un usage qui, à Paris et dans la banlieue pavillonnaire, permet de planter à l'extrême limite des fonds (sauf élagage), Civ.¹ 27 nov. 1963, D. 64, 102 ; Civ.³ 14 févr. 1984, *G.P.*, 84, 2, 437 ; Paris, 10 oct. 1990, D. 91, Somm. 313. On invoque l'exiguïté des jardins dans cette zone : c'est supposer, sans l'avouer, que le besoin peut créer le droit. — La cour d'appel d'Angers, 11 déc. 1989, D. 91, Somm. 27, n. critique A. Robert, a considéré que le pouvoir de codifier les usages ruraux, attribué par l'a. L. 511-3 nouveau C. Ru. aux chambres d'agriculture, contenait le pouvoir d'innover. L'arrêt fait allusion à un caractère essentiellement évolutif des usages, mais il fonde avant tout sa décision sur le pouvoir réglementaire qui

appartiendrait aux chambres d'agriculture par délégation de la loi-délégation bien conjecturale. Cf. L. Assier-Andrieu, *Les usages locaux en France rurale, genèse et actualité*, Rapport au Conseil de la Recherche du ministère de la Justice, Toulouse, 1989.

c) *Désuétude*. — La Cour de cassation avait commencé par se montrer favorable à la désuétude (Req. 18 févr. 1818, S. chr.). Mais on n'a retenu que les arrêts qui, plus tard — en matière pénale, il est vrai — vinrent lui dénier tout pouvoir : Crim. 4 févr. 1898, D. 98, 1, 369 ; Ch. réun. 31 janv. 1901, D. 01, 1, 169. Un d. l. 2 mars 1848, qui n'avait pas été appliqué pendant un demi-siècle, fut soudain exhumé par les Parquets. On plaïda en vain qu'il avait été abrogé par désuétude (mais, plus exactement, c'était la négligence, ou tolérance, de l'autorité publique — notion différente, cf. *supra*, n° 63). V. Crim. 12 mai 1960, *J.C.P.*, 60, 2, 11765, n. Rodière ; Crim. 31 mai 1962, *J.C.P.*, 62, 2, 12760 ; et, en matière civile, Seine, 4 janv. 1945, D. 45, 291 ; Montpellier, 23 févr. 1949, D. 49, Somm. 41. — A y réfléchir, les deux questions de la coutume et de la désuétude ne sont pas symétriques. La négation de la désuétude favorise un certain archaïsme du droit et va avec l'esprit coutumier (cf. droit anglais) : des lois anciennes pourront indéfiniment resurgir, *The law hath not been dead though it has slept* (*Measure for measure*, II, 2). La désuétude, au contraire, élimine automatiquement les corps morts (les Japonais parlent de *fossilisation* du texte, à ne pas confondre avec la simple non-application, tolérance, qui n'est que sommeil). Le moment serait peut-être favorable à une révision de la position legaliste : depuis que la loi est devenue si largement technocratique, la désuétude est un des rares moyens qui restent au peuple pour la contrôler.

d) *Maximes juridiques*. — Exemples caractéristiques d'arrêts où la Cour de cassation invoque une *maxime traditionnelle*, sans l'appuyer sur aucun texte, l'interprète, en détermine les limites : Req. 15 juin 1892, S. 93, 1, 281 (enrichissement sans cause, t. IV, n° 307) ; Civ. 29 mars 1950, D. 50, 396 (*Quoe temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, t. IV, n° 48) ; Civ.² 10 févr. 1966, D. 67, 315 (contre celui qui ne peut agir, la prescription ne court pas, t. IV, n° 361).

PRATIQUE EXTRAJUDICIAIRE

Travaux de l'Assoc. Capitant, 1984, XXXIV, Le rôle de la pratique dans la formation du droit ; spéc. rapports Ghestin, p. 3, Souriaux, p. 85. Pour l'histoire, v. J. Hilaire, *La vie du droit*, 1994 : dès la fin du Moyen Age, la pratique notariale a exercé une action considérable, contribuant, notamment dans les pays du Midi, à greffer des éléments coutumiers (ex. de communauté conjugale) sur le fond de droit romain.

On désigne par là une espèce de coutume suivie par des professionnels du droit dont l'activité s'exerce en dehors des tribunaux. Il s'agit principalement des notaires et de l'habitude qu'ils ont de donner à chaque sorte d'acte une rédaction stéréotypée (t. IV, n° 103). Cf. Charlin, *La participation du notaire à la création de la règle de droit*, Th. Lyon (ronéo), 1981. Mais il existe aussi des pratiques des grandes sociétés commerciales (banques, assurances, etc.) appelées à contracter avec des multitudes de clients : elles prennent la forme de « conditions générales », de contrats types (cf. t. IV, n° 27).

La pratique extrajudiciaire n'a de force juridique, en principe, qu'à travers le contrat dont elle a inspiré la rédaction. Pourtant, en se répétant et en se manifestant comme un phénomène de masse, on pourrait se demander si elle ne crée pas un usage, qui pourrait être suppléé si d'aventure le contrat n'y avait pas fait référence. Encore faudrait-il que cette pratique pût se prévaloir d'une certaine durée d'application paisible (sans contentieux). Une question différente, qui est de politique judiciaire, pourrait être soulevée : quand la Cour de cassation est saisie, pour la première fois, de la validité d'une pratique qui s'est développée en fait depuis de nombreuses années, n'agirait-elle pas sagement, quel que soit son avis *de lege lata*, en prenant à son compte cette pratique ? Deux ex. : 1° La clause commerciale (d'attribution du fonds de commerce à l'époux survivant) ; elle était insérée par le notariat dans tous les contrats de mariage des commerçants ; Civ. 11 janv. 1933, D. 33, 1, 10, la déclara nulle comme pacte sur succession future ; ce triomphe de la légalité mit beaucoup de trouble dans les affaires. 2° La présomption de pouvoir de l'a. 221 : pouvait-elle survivre à la dissolution du mariage ? Les banques, en fait, se comportaient comme si... C'était peut-être hardi, et la Cour de cassation commença par leur donner tort, Com. 5 févr. 1980 ; trouble, résistance ; l'Assemblée plénière, 4 juill. 1985, D. 85, 421, *J.C.P.*, 85, 2, 20457, a admis finalement une certaine survie de la présomption. A remarquer que, dans les deux cas, la pratique (notariale ou bancaire) a reçu en conclusion l'appui de la loi (a. 1390, a. 221, al. 2).

[139] 3 | LES TEXTES PROCÉDANT DES TRAITÉS

Parmi les textes applicables en France, il en est, et de plus en plus, qui n'y sont pas nés. Ces textes venus d'ailleurs ont été élaborés par des organismes internationaux. Ils n'ont ni pays ni histoire : ils ont été conçus à partir de principes, d'abstractions. Comment cela a-t-il été possible ? Par la Constitution de 1958 elle-même, a. 55.

► L'ouverture de l'a. 55 de la Constitution

Cet article dispose que « régulièrement ratifiés ou approuvés, les traités et accords internationaux ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ». Le droit civil suffirait presque à justifier la disposition : les traités s'analysant comme des conventions, pas plus qu'un contractant privé ne peut rompre unilatéralement son contrat (a. 1134), un Etat contractant ne saurait se dégager d'un traité, en arguant de ce que ses lois internes y contredisent.

A la vérité, l'a. 55 avait probablement été rédigé en contemplation de traités de commerce, d'établissement, etc., qui se négocient, où un Etat accorde à l'autre des avantages à charge de réciprocité.

Autre chose étaient des traités dont l'objet était le pouvoir législatif lui-même, et il n'eût pas été déraisonnable de laisser cette catégorie inédite en dehors de l'a. 55.

C'est, pourtant, la conclusion contraire qui a prévalu, là où la question avait été le plus nettement débattue, devant la Cour de cassation en 1975, devant le Conseil d'Etat, après un temps de réserve, en 1989 : a été ainsi affirmée la supériorité sur les lois françaises, même postérieures, des traités qui ont fondé la C.E.E. (la Communauté économique européenne) ; et portés par ces traités, les textes édictés par la Communauté sont désormais applicables en France, refoulant d'autant la loi autochtone. La Cour de cassation, dans son arrêt du 24 mai 1975, arrêt de Chambre mixte, ne s'est pas contentée, à l'appui de sa décision, d'une lecture littérale de l'a. 55, elle y a ajouté un motif plus remarquable, procédant d'une analyse quasi sociologique de la situation : « Le Traité (de Rome) a institué un ordre juridique propre, intégré à celui des Etats membres. » Autrement dit : ce qui est intégré au droit français, ce ne sont pas des normes figées, c'est un corps de droit vivant, autonome, qui continue à produire du droit. Les sociologues parlent, en pareil cas, de pluralisme juridique : plusieurs centres générateurs de règles fonctionnent dans le même espace.

[140] ► *Les applications de l'a. 55*

Du moins celles qui tendent — elles sont trois — à faire entrer dans l'espace français un droit venu d'ailleurs. La troisième, préparée sous l'égide de l'O.N.U., a une envergure universelle. Les deux premières sont européennes, mais de deux Europes différentes, l'une de la C.E.E. (des Douze passés à Quinze), l'autre du Conseil de l'Europe, qui n'exclut pas la Turquie.

a) *Le droit communautaire* (droit de la C.E.E., maintenant de l'U.E. ; Union européenne, droit européen au sens strict). — Sa validité repose sur quatre traités : Rome (1957), l'Acte Unique (1986), Maastricht (1992), Amsterdam (entré en vigueur le 1^{er} mai 1999). Dans les polémiques qu'avait déclenchées le référendum sur Maastricht, les excès légiférants de la Commission de Bruxelles avaient été dénoncés. La France tenta de les endiguer constitutionnellement. Mais la révision constitutionnelle de juin 1992, qui s'ensuivit, a été équivoque. Car, si les parlementaires français y ont gagné le droit assez platonique d'être informés et de protester, ils l'ont payé en reconnaissant implici-

tement une légitimité à la présence de l'Europe législative au cœur de notre système juridique.

Cette présence se manifeste par deux types de norme, les règlements et les directives. Les règlements sont applicables de plein droit en France. Les directives, à l'opposé, ne créent pas de législation immédiatement applicable : ce ne sont que des invitations, des injonctions à légiférer sur les lignes qu'elles indiquent, ce qui laisse au législateur de chaque Etat membre une certaine faculté d'adaptation (ex. la l. 98-389 du 19 mai 1998, sur la responsabilité du fait des produits défectueux, insérée au C.C. a. 1386-1 s.). En attendant, la directive ne saurait imposer d'obligations aux particuliers, même si elle peut déjà leur ouvrir des droits. Le tout sous le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.), siégeant à Luxembourg, flanquée depuis 1991 d'un tribunal de première instance. Le contentieux a abondé à l'égard de la réglementation.

La compétence législative de la Communauté est, cependant, dominée par un principe, théoriquement restrictif, dit de *subsidiarité*, ressassé sans cesse quoique nulle part clairement gravé : ne devrait être entrepris en commun que ce que les Etats membres ne pourraient accomplir isolément. En fait, le droit économique a été naturellement le noyau du droit de la C.E.E. Mais celle-ci s'est construit depuis lors une aile sociale, une aile écologique, la tendance à l'extension a été constante. Si bien que le problème des limites pourrait être prochainement inversé : la France pourra-t-elle conserver, hors de la compétence communautaire, son droit des personnes, de la famille, des successions (à l'instar de ces Etats orientaux qui, après avoir occidentalisé leur droit du patrimoine, se sont accrochés à leur statut personnel) ?

b) *La Convention européenne de sauvegarde et de développement des droits de l'homme* et le droit en résultant, parfois qualifié de droit européen conventionnel (cf. *supra*, n° 43). L'intégration de la Convention à notre système juridique emporte deux conséquences :

1° La violation de l'une de ses normes, si elle peut être imputée à l'Etat (à l'une de ses administrations, de ses juridictions et même de ses lois), ouvre un recours à la victime. C'était, à l'origine, un recours en deux étapes : d'abord devant la Commission européenne des droits de l'homme, qui faisait fonction de filtre, puis devant la Cour européenne du même nom (C.E.D.H.) siégeant à Strasbourg. Mais, le 1^{er} novembre 1998, une réforme a unifié (et rajeuni) le système. Le recours européen n'est, d'ailleurs, possible qu'après épuisement de toutes les voies de droit internes. Si le recours est fondé, la Cour se

borne à constater qu'un droit garanti a été violé, sans néanmoins annuler l'acte, le jugement, la loi d'où le mal est venu : ce sera à notre gouvernement de subir le blâme et d'en tirer la leçon, éventuellement aussi de verser à la victime une indemnité équitable. La France n'est pas jugée, du reste, selon sa conception propre du droit de l'homme qu'elle avait confié à la sauvegarde de Strasbourg, mais d'après la conception cosmopolite de la Cour, sauf à celle-ci à admettre, par grâce pour l'Etat d'origine, une « marge d'appréciation nationale » (une marge seulement).

Il se peut qu'à l'origine les auteurs de la Convention n'aient attendu de la Cour que des procès-verbaux de constat, comme d'une sentinelle intelligente, la constatation d'une violation flagrante de tel ou tel des droits énoncés, chaque énoncé étant pris sinon à la lettre, du moins en un sens obvie, immédiat, évident. Seulement, il est rare qu'un collège de juristes, saisi d'un texte, accepte de limiter les associations d'idées, analogies ou *a contrario*, que le texte lui suggère. Ainsi se sont accumulées à Strasbourg les interprétations créatrices : le plus gros volume de droit conventionnel se trouve aujourd'hui hors de la Convention. A ceux qui lui reprochent d'être sortie de son lit, la Cour répond en arguant du titre même de la Convention : elle a été conçue pour le *développement* autant que pour la sauvegarde des droits de l'homme.

2° Au cours d'une instance portée devant un tribunal français, l'une des parties peut se réclamer directement de l'un des articles de la Convention et le jeter en travers des prétentions de l'autre, bloquant ainsi l'application du droit national. Deux droits de l'homme sont assez fréquemment invoqués, dans cet emploi de la Convention : le droit à un procès équitable (a. 6), le droit au respect de la vie privée (a. 8).

c) *La Convention internationale relative aux droits de l'enfant* ou Convention de New York (1990). A la différence des deux traités précédents, cette convention (cf. t. I, n° 109) n'a pas adossé ses normes à une juridiction particulière, capable d'assurer leur exécution et de les faire fructifier en jurisprudence. Bien plus, selon des arrêts de la Cour de cassation, elle ne se prête pas à être invoquée directement dans les instances françaises. Ce n'est qu'une invite pressante adressée aux législateurs nationaux pour qu'ils réforment, s'il y a lieu, leur droit de l'enfance. De fait, le législateur français a transposé dans une loi du 8 janvier 1993 (a. 388-1 C.C.) quelques fragments de la Convention.

[141] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, 1991 ; le n° 14 (1991) de *Droits* ; les *Mélanges Boulouis (L'Europe et le droit)*, 1991, et *Levasseur (Droit pénal, droit européen)*, 1992 ; le n° 13 de la *Rev. hist. Fac. dr.*, 1992.

a) *Vers un C.C. européen ?* — V. P. Legrand (prof. à Tilburg), *Sens et non-sens d'un C.C. européen*, *R.I.D.C.*, 96, 779. Cf. du point de vue français, *supra*, n° 82 d. Beaucoup de spécialistes du droit communautaire s'efforcent aujourd'hui de lui donner une armature philosophique en la faisant apparaître non plus seulement sous la forme sèche des textes (règlements, directives) de la Commission de Bruxelles, mais aussi comme une projection des convergences qui se révèlent entre les principes des différents droits nationaux. L'idéal serait de dégager un *droit commun* européen, émanation d'une même civilisation juridique. V. ainsi R. Schulze, *R.I.D.C.*, 95 (7), et spécialement pour le droit des obligations et des contrats, où l'unification serait probablement plus facile et certainement plus immédiatement profitable à l'économie, Witz, *R.I.D.C.*, 95 (17), 217. — Pour un mouvement parallèle sur les terrains des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, v. Mireille Delmas-Marty *et al.*, *Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne*, 1992, M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun*, 1994, et *Vers un droit commun de l'humanité*, 1996. Opp. Soyer, *La loi nationale et la convention européenne*, *Mélanges Foyer*, 1997, 125.

b) *Unité européenne et souveraineté nationale*. — L'Europe divise, et divise même intérieurement chacun des partis qui divisent la France. Ceux qui sont persuadés que l'esprit démocratique, le libéralisme auxquels ils sont habitués se retrouveront nécessairement, par bonté naturelle ou sagesse d'Etat, dans un gouvernement unitaire de l'Europe (voire de l'univers) n'apercevront aucun danger dans l'unité européenne, ni dans la supranationalité qui y mène. Ceux qui, à l'opposé, nourrissent une défiance ancestrale envers les entraînements du pouvoir, préféreront conserver la pluralité des souverainetés qui garantit la fuite et le refuge, sauf à ne pas la pousser jusqu'à la pulvérisation qui détruirait le commerce. L'Exode est vérité pour tous les temps.

Bien mieux que le chauvinisme, un simple réflexe d'endiguement devant un afflux supplémentaire de textes et de contentieux, compliqués et compliquants, dans un pays qui déjà n'en avait que trop, aurait pu conduire à maintenir le plus possible le monopole des législateurs et des juges nationaux (cf. Oppetit, *L'Eurocratie ou le mythe du législateur suprême*, D. 90, chr. 73). Après Maastricht (l'Acte unique était passé inaperçu), le Parlement français a essayé de reprendre un certain droit d'inspection, sinon de contrôle, sur les actes communautaires comportant des dispositions de nature législative (au sens de l'a. 34 ?), l. const. 25 juin 1992, a. 88-4 nouveau de la Constitution). Mais la fascination exercée par l'horizon fuyant, 2000, 2002, etc., demeure très puissante.

c) *Les deux branches du système juridique européen*. — Chacune a son domaine de principe. La C.E.E., maintenant l'U.E. aspire à régner sur le droit économique, monétaire, social. Le droit de la Convention européenne plane sur le droit extra-

patrimonial (personne, famille). Pas plus que le législateur national statuant en matière économique, il semble, cependant, que le législateur communautaire ne devrait être indifférent aux droits de la personne. Mais la Cour de Luxembourg (C.J.C.E., 28 mars 1996, D. 96, 449) a considéré que, du moins en l'état des textes, il n'y avait pas lieu de faire entrer ces droits sous sa juridiction. En sens inverse, on eût compris que le droit de propriété — droit économique, mais bastion avancé de la liberté — fût placé sous la protection de la Convention. Il y est, mais très imparfaitement (v. Sudre, D. 88, chr. 71). Le traité d'Amsterdam pourrait, toutefois, susciter une reconstruction du système européen de protection des droits de l'homme, Sudre, *J.C.P.*, 98, 1, 100.

d) *Le droit communautaire*. — On a pu d'abord le traiter comme une dimension de plus du droit français, des notes à inscrire en marge de notre droit. Mais, aujourd'hui, on reconnaît en lui un système autonome de droit, qui se reproduit et prolifère par ses propres forces. D'où le développement remarquable d'une doctrine spécialisée : ex. Boulouis, *Droit institutionnel des communautés européennes*, 1993 ; G. Isaac, *Droit communautaire général*, 1990 ; Cartou, *L'Union européenne, traités de Paris, Rome, Maastricht*, 1996 ; Gavalda et Parléani, *Droit communautaire des affaires*, 1992 ; Shapira et al., *Droit européen des affaires*, 1990.

Très tôt, pourtant, il a fallu que ce droit s'interroge sur son être : ses dispositions devaient-elles prévaloir sur les lois nationales ? Les lois antérieures, cela allait de soi : le traité-loi abroge la loi ancienne. Mais sur des lois postérieures ? La C.J.C.E. résolut naturellement le conflit au profit du droit européen. Notre Cour de cassation aurait pu y réfléchir davantage. Elle a, néanmoins, adopté allégrement la thèse maximaliste dans l'arrêt de Chambre mixte du 24 mai 1975, D. 75, 497, *J.C.P.*, 75, 2, 18190 bis, sur les conclusions du P. G. Touffait (cf. Jeantet, *J.C.P.*, 75, 1, 2743 ; Le Tallec, La Cour de cassation et le droit communautaire, *Mélanges Boulouis*, 1991, 363). Le Conseil d'Etat, qui s'était d'abord signalé par une attitude plus réservée (22 déc. 1978, D. 79, 155, et la note Pacteau), a fini par se rallier à la précellence du droit communautaire (20 oct. 1989, arrêt *Nicolo*, *J.C.P.*, 89, 2, 21371, aggravé par l'arrêt *Rothmans*, *J.C.P.*, 92, 21859 ; cf. F. Chevallier, D. 89, chr. 255 ; Kovar, D. 90, chr. 57 ; Calvet, *J.C.P.*, 90, 1, 3429). Des deux motifs invoqués par la Cour de cassation, le premier, tiré classiquement de l'a. 55 de la Constitution, a l'air péremptoire (on pourrait, pourtant, y objecter que cet article a visé uniquement les traités bilatéraux, arg. l'autre partie, non un traité multilatéral tel que le traité de Rome). Mais le second motif est plus périlleux, procédant d'une analyse quasi sociologique de la situation : « Le traité a institué un ordre juridique propre, intégré à celui des Etats membres. » On songe aux phénomènes de *réception* de droits étrangers. Mais les réceptions portent sur des corps de droit figés. Ici, la réception aurait porté sur un droit en mouvement. En réalité, ce qui aurait été intégré à l'ordre juridique français, ce serait une autorité étrangère (non française, en tout cas) légiférante. Autant reconnaître au traité (ou plutôt à ses déploiements successifs) une supériorité sur la Constitution, non pas simplement sur les lois du pays.

e) *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*. — Personne ne propose plus d'y voir une simple déclaration d'intention des signataires, sans portée juridique immédiate, Civ.¹ 15 nov. 1989, D. 91, Somm. 295. On peut se demander,

toutefois, si cette Convention n'avait pas été conçue pour un avenir assez modeste : devait-elle constituer plus qu'un ultime recours, secours, en réponse à un S.O.S. désespéré ? Il est vrai que, dans son Préambule, à la sauvegarde avait été adjoint le développement, ce qui semblait donner du champ à une application évolutive. Mais, s'il en était ainsi, les gouvernements qui ont fait adhérer la France à la Convention, puis l'ont exposée aux recours individuels, auraient bien dû nous avertir de ce que pouvait devenir, de ce qu'était peut-être déjà l'institution : une source autonome de droit en la forme d'une jurisprudence incontrôlable. Strasbourg est le siège d'un de ces phénomènes d'*autopoïèse* que notre époque a fait éclore (le droit de la C.E.E., la jurisprudence du Conseil constitutionnel en sont d'autres exemples) : la norme engendre d'autres normes par une logique propre, et la bulle jurisprudentielle grossit sans fin. De fait, au-delà de tel ou tel individu sauvé, tiré du puits, indemnisé, ce dont chacun se félicite — c'est surtout pour avoir fait œuvre de jurisprudence que la Cour des droits de l'homme à Strasbourg a appelé l'attention et les éloges d'une partie de la doctrine (v. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 1995 ; cf. Mireille Delmas-Marty, D. 88, chr. 221, et *Raisonnement la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'homme*, 1989 ; Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 1997). Une jurisprudence singulière, néanmoins : tandis que, dans notre système de légalité issu de la Révolution, la loi peut casser la jurisprudence, ici c'est la jurisprudence qui casse la loi.

La Cour n'est pas, pour autant, totalitaire, ni même toute unitaire : elle reconnaît au législateur de chaque Etat la faculté de s'écarter quelque peu de la norme supranationale en considération de facteurs nationaux — des facteurs qui opèrent moins comme une nécessité justificatrice que comme des circonstances atténuantes. D'où viennent-ils ? Toutes les causes ne sont pas propres à donner des marges d'appréciation. L'originalité de la *ruralité* française n'a pu faire prévaloir le droit de passage des chasseurs sur l'absolutisme du droit de propriété.

Et il est douteux par ex. que, sur la seule invocation de sa laïcité bicentenaire, la France éviterait une condamnation pour atteinte à la liberté de la religion, liberté des rites, du fait qu'elle dénie tous effets civils au mariage religieux. L'histoire compte peu à Strasbourg. D'un passé récent, au contraire, une excuse pourrait, à l'occasion, être tirée : une loi (autrichienne) qui a refusé aux pères le congé parental qu'elle octroyait aux mères, apparaîtra moins condamnable si elle a été faite à une époque où le principe de l'égalité des sexes n'était pas encore l'impératif absolu, abstrait, qu'il est devenu depuis, C.E.D.H., 27 mars 1998, D. 99, 141, n. Marguénaud et J. Mouly. La marge d'appréciation nationale est ici évolutive, et fonctionne comme un aménagement utile de dispositions transitoires.

Les recours individuels ne sont pas, d'ailleurs, très nombreux. Sur la procédure réformée, en vigueur depuis novembre 1998, v. Sudre, *J.C.P.*, 95, 1, 3849, par anticipation ; Marguénaud, D. 99, chr. 221. Les lenteurs et frais de la procédure sont dissuasifs, outre que l'épuisement préalable des voies du droit indigène (sur cette condition, cf. Flauss, D. 92, 177) est déjà épuisant. A parcourir les sommaires commentés qui sont périodiquement publiés (ex. Duffar, *Rev. dr. public*, 93, 695 ; Renucci et al., D. 96, Somm. 193 ; Sudre, *J.C.P.*, 96, 1, 3910 et 97, 1, 4000), le lecteur est frappé de la diversité des plaintes concrètes que la Cour ramène à l'abstraction de ses normes. On ne peut se défendre d'un sentiment de sympathie, ni d'une impression de décousu,

de baroque même. On songe aux chevaliers errants, à Don Quichotte. Un rien peut amuser ces gens graves (ex. *J.C.P.*, 94, 2, 22262).

La France est, peut-être plus que d'autres, accusée et condamnée (27 arrêts la concernaient sur 106 en 1998). Mais c'est que, par crainte de heurter de front les droits de l'homme, elle n'utilise pas toujours les ressources que lui offre la Convention. Car celle-ci porte la marque de la diplomatie qui a présidé à son adoption et la glorification des droits individuels y est souvent tempérée par des concessions aux intérêts collectifs. Dans une fameuse affaire *B. c/ France* (25 mars 1992, D. 93, 101, *J.C.P.*, 92, 2, 1955), où le droit français a été censuré à la demande d'un transsexuel (cf. t. I, n° 79), l'Etat, plutôt que d'argumenter *de facto* sur l'étendue de l'atteinte à la vie privée, eût été mieux avisé d'invoquer franchement les valeurs auxquelles la Convention elle-même se réfère dans le second alinéa de son a. 8 : l'ordre (binaire, hommes/femmes) de la société, la protection de la morale (qui est une responsabilité locale).

Cependant, bien plus commodément — et plus fréquemment — que par un recours à la Cour européenne, c'est par une invocation directe devant les tribunaux nationaux que les Français font appel à la Convention. Par la supériorité qu'elles puissent dans l'a. 55, les normes conventionnelles obligent le juge à écarter l'application de la loi française qu'elles contredisent, ou à tout le moins lui en imposent une interprétation restrictive. La Cour de cassation a clairement reconnu cet effet direct à la Convention (Civ.¹ 18 mai 1989, *Bull.*, n° 198 ; cf. A. Gouron-Mazel, *J.C.P.*, 96, 1, 3937). Si les premières décisions semblent avoir été rendues en matière pénale. Crim. 8 juin 1975, *Bull.*, n° 141, et 5 déc. 1978, D. 79, 50, où les droits de l'homme pouvaient être plus vulnérables, la matière civile n'a pas tardé à suivre : ex. Civ.² 23 mars 1987, *Bull.*, n° 76 ; Civ.¹ 5 janv. 1989, D. 89, *I.R.*, 46 ; Civ.¹ 21 mai 1990, D. 90, *I.R.*, 139 ; Com. 15 nov. 1994, D. 95, *I.R.*, 1. Le moyen tendant à neutraliser la loi française est donc théoriquement recevable. Mais cela ne veut pas dire qu'il réussira souvent. Témoin, sur les questions de procédure, les exigences de l'a. 6 de la Convention. Strasbourg est très sourcilieux là-dessus, et la violation de l'a. 6 est facilement alléguée. Paris, pourtant, a peine à croire qu'une application convenable du droit français puisse empêcher le déroulement d'un *procès équitable* (cf. *infra*, n° 191) : ex. Com. 2 mai 1985, D. 85, *I.R.*, 390 ; Soc. 18 janv. 1989, D. 89, 320 ; Civ.¹ 3 mars et 16 juin 1993, *Bull.*, n° 94 et 222 ; Ass. Plén. 18 févr. 1994, D. 94, 245, *J.C.P.*, 94, 2, 22232 ; Crim., 25 juin 1996, D. 97, 100. Il est sous-entendu, et le point est généralement admis, que les juridictions nationales ne sont pas liées par l'interprétation que la C.E.D.H. a pu donner de la Convention (d'autant que, si la Cour elle-même a une jurisprudence, elle ne s'interdit pas d'en changer).

Que prophétiser pour la Convention ? On la dit irrévocable, mais l'histoire de France est jonchée de cadavres de traités. Il se peut que la Cour de Strasbourg continue, par la vitesse acquise, à développer ses jurisprudences et à s'affirmer comme un véritable pouvoir (cf. Guinchard, *Mélanges Farjat*, 1999, 169). Il se peut, en revanche, que la société française s'irrite, à la longue, d'être gouvernée par une sorte de conseil de conscience irresponsable, comme par une chapelle très cléricale. *Via media* : l'invocation directe serait supprimée et, sans dénoncer la Convention, elle serait remise à plat pour être renégociée dans des limites plus modestes.

Le *modus vivendi* pacifique qui s'est instauré entre les deux systèmes juridictionnels ne doit pas, néanmoins, faire oublier le paradoxe essentiel (cf. Molfessis, *R.T.*, 99, 240) :

que nos juges, qui se déclarent incompétents pour vérifier la conformité des lois françaises à la Constitution nationale, s'attribuent le pouvoir de les neutraliser au motif qu'elles ne sont pas conformes aux axiomes passe-partout d'une pseudo-constitution étrangère (non nationale, en tout cas). Sur cette lancée, ne faut-il pas admettre que le juge national a compétence pour s'appliquer à lui-même, en bon connaisseur, une marge d'appréciation nationale ?

f) *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*. — La France lui a fait traverser deux épreuves : 1° A l'entrée en scène, si elle fut saluée chaleureusement par les enthousiastes de toute déclaration de droits, elle éveilla la défiance chez ceux qui se souvenaient des régimes totalitaires, grands mobilisateurs de la jeunesse à l'occasion. 2° Lorsque, dans des procès entre parents, des avocats s'avisèrent de réclamer, au nom des enfants, l'application directe d'un article de la Convention, la Cour de cassation, première Chambre civile, s'y opposa, avec courage, car il en fallait pour émettre la moindre réserve sur une déclaration de droits : Civ.¹ 2 juin et 15 juill. 1993, D. 93, *I.R.*, 153, *J.C.P.*, 93, 4, 2353. Ce qui lui valut d'être accablée de critiques par les inconditionnels de l'a. 55 (v. C. Neirinck et P. M. Martin, *J.C.P.*, 93, 1, 3677), mais elle a répliqué (v. Massip, *Rép. not.*, 93, 1, 1370) et la Chambre sociale l'a suivie (13 juill. 1994, *J.C.P.*, 96, 2, 22363, n. Benhamou) ainsi que la Chambre criminelle (18 juin 1997, *Dr. fam.*, 98 [4], 19), tandis que le Conseil d'Etat adoptait la position contraire (22 sept. 1997, *ibid.*).

g) *Conflits des traités avec la coutume* (dans la mesure, plus large que l'on ne suppose, où celle-ci est une source du droit français). — La coutume est demeurée en dehors de la Constitution et l'a. 55, conçu pour trancher entre deux droits écrits, est inapplicable à l'hypothèse. En outre, la coutume a dans sa nature d'être locale, provinciale, et les nations paraissent tenir dans l'U.E. la même place que les provinces dans la nation. La conception française des bonnes mœurs (au sens de l'a. 1133) serait-elle refoulée par un règlement communautaire qui les définirait différemment. La Cour de justice des Communautés reconnaît à chaque Etat membre le pouvoir de déterminer ses propres critères de moralité publique, mais lui interdit de les ériger en prohibition douanière (11 mars 1986, D. 86, *I.R.*, 275 ; cf. 4 oct. 1991, *R. dr. san. soc.*, 92, 1, 49, n. Dubouis). Pour justifier la supériorité des traités sur les coutumes nationales, on soutient que, dans l'a. 55, le mot *loi* est employé au sens générique de règle de droit. Mais cette interprétation serait tout à fait contraire au principe que les textes doivent être interprétés *secundum subjectam materiam*. Dans toute la Constitution de 1958, le mot *loi* n'est jamais employé que pour désigner la règle de droit votée par le Parlement, et si on peut bien l'étendre aux règlements par un argument, *a fortiori*, tiré de notre propre hiérarchie des sources écrites (en ce sens, C. d'Etat, 28 juill. 1995, *J.C.P.*, 95, 4, 2371, loi = textes), on ne saurait y faire entrer la coutume, qui est une source autonome de droit. On objecte l'arrêt *Sunday Times* du 16 juillet 1980. Etait en cause l'a. 10, § 2 de la Convention, qui valide des ingérences dans la liberté d'expression à condition, entre autres, qu'elles aient été prévues par la loi. Or, en l'occurrence, la loi, c'était la *Common Law*, qui est coutume judiciaire, non pas loi au sens formel. La Cour répond que peu importe : loi ou coutume, c'est toujours une règle de droit (cf. Soyer, *Mélanges Foyer*, 1997, 127). Mais l'objection n'est pas pertinente. Avant de se demander ce que veut dire la *loi* dans l'a. 10 de la Convention, et le dire est assurément l'affaire de la Cour européenne, il faut savoir si celle-ci

est compétente, ce qui dépend de l'a. 55 de la Constitution française et du sens que le mot « loi » y a reçu. Argument supplémentaire ; cette fois en direction de l'U.E. (prédécesseurs des Quinze) : dans le point 3 de la Déclaration de Birmingham (12 oct. 1992), les Douze se sont engagés, après Maastricht, à respecter l'histoire, la culture, les traditions de chaque nation. Mais la coutume, c'est justement tout cela. Le débat pourrait avoir des enjeux pratiques. Il n'est pas inimaginable que Bruxelles veuille supprimer le don manuel. Or, ce qui fonde chez nous la validité de ce don, ce n'est pas la loi, c'est une coutume *contra legem*. — La question pourrait être transposée à la jurisprudence. Les auteurs qui la regardent comme une source autonome du droit devraient la soustraire à la prédominance des traités. A tout le moins ils devraient limiter cette prédominance aux jurisprudences qui se présentent comme des interprétations, simples transparences des lois.

Chapitre II

LES AUTORITÉS EN DROIT CIVIL

[142]

Ce ne sont pas des sources du droit civil, à proprement parler ; il n'en découle pas directement des règles de droit obligatoires. Mais ce sont des éléments d'appréciation pour interpréter les règles de droit, ou pour construire, dans le silence ou l'insuffisance de ces règles, la solution d'une difficulté. Ce sont, pour le praticien, des autorités — autorités *de facto* et non *de jure*, morales et non juridiques. Il en est deux sortes, de force d'ailleurs inégale : la *jurisprudence* et la *doctrine*, qui, toutes deux, utilisent certaines *méthodes* d'interprétation et de construction.

B.G. — Cf., pour l'histoire, Merlin, *Rép.*, V° *Autorités* ; et pour la théorie, Drosdeck, *Die Herrschende Meinung, Autorität als Rechtsquelle*, Berlin, 1989.

1 / La jurisprudence

Dans un sens vague et archaïsant, la jurisprudence est la science du droit. Dans un sens technique, aujourd'hui le plus courant, on entend par jurisprudence la solution généralement donnée par les tribunaux à une question de droit. Il y a là un aspect de la grande loi de continuité, d'imitation, sans laquelle le droit serait inexplicable : en présence d'une question de droit qui se reproduit fréquemment, les tribunaux prennent plus ou moins vite l'habitude de juger de semblable manière (ils assurent d'ailleurs, ce faisant, l'égalité entre les justiciables). Aussi peut-on conjecturer que, dans l'avenir, un tribu-

nal, saisi de cette même question, la jugera de même : il n'y est pas obligé, en droit, mais c'est une probabilité.

La jurisprudence apparaît ainsi comme une habitude des tribunaux (habitude qui toutefois n'est pas machinale). Il convient de déterminer comment cette habitude se *forme* et quelle en est la *force*.

1 | FORMATION DE LA JURISPRUDENCE

Toute juridiction pourrait essayer de se constituer sa jurisprudence. Mais, si le *processus* de formation peut être ainsi décrit en termes généraux, c'est l'intervention de la *Cour de cassation* qui donne à la notion de jurisprudence sa portée pratique.

► *Le processus général*

La jurisprudence se forme avec des *jugements*, par la *répétition* et la *hiérarchie*.

a) Les *jugements* (*lato sensu* ; plus précisément : *jugements [stricto sensu]* des tribunaux, *arrêts* des cours d'appel et de la Cour de cassation) constituent la matière première de toute jurisprudence.

Mais ce qui, dans un jugement, sert à former la jurisprudence, c'est ce qui s'y trouve de plus abstrait, ayant valeur générale pour d'autres cas possibles : non pas la décision qui met fin à la contestation, mais les propositions de droit qui ont déterminé le juge à décider pour l'un plutôt que pour l'autre. Il faut bien préciser, propositions *de droit* : les innombrables jugements qui se bornent à une appréciation des faits n'ont pas vocation à faire jurisprudence. Du *dispositif*, qui est la décision, on distingue les *motifs* (« attendus », « considérants »), qui y conduisent par un raisonnement logique. L'ensemble du jugement a son importance ; mais c'est avec les motifs dans lesquels le juge fait connaître sa manière d'interpréter la règle de droit ou de construire le droit en dehors d'elle (motifs de droit par opposition aux motifs de fait) que pourra se constituer la jurisprudence.

b) Un élément de *répétition*, de continuité, est généralement inclus dans la définition de la jurisprudence, ce qui permet de la rapprocher de la coutume. *Rerum perpetuo similiter judicatarum*, c'est sous cette expression que l'évoquait le Digeste (1, 3, 38). La jurisprudence est, pour l'ordinaire, un agrégat d'arrêts traversé d'une intention. Parfois,

cependant, elle peut tenir en un seul arrêt de la Cour de cassation — un seul, mais qui paraît décisif (la qualité supplée à la quantité). Ce n'est point, du reste, une norme absolue : en d'autres cas, on dira que l'arrêt est *isolé* et ne saurait *faire jurisprudence*. Cela s'explique parce que la jurisprudence n'est pas une source du droit. Ce n'est qu'une opinion qui tend à devenir du droit : elle a, comme telle, une certaine autorité, mais plus ou moins selon les circonstances.

c) La *hiérarchie* judiciaire intervient dans la formation de la jurisprudence. Deux voies de recours, l'*appel* et surtout le *pourvoi en cassation*, tendent à assurer l'unité de jurisprudence en faisant prédominer l'opinion des juridictions supérieures : directement, si, la voie de recours ayant été exercée, le tribunal supérieur substitue ses vues à celle du tribunal inférieur ; indirectement, si le seul désir d'éviter qu'une voie de recours ne soit exercée détermine d'avance le tribunal inférieur à suivre les vues du tribunal supérieur.

1° *Appel* (a. 542 s. C. Pr. C.). — L'appel n'est jamais possible qu'une fois, mais en principe il est toujours possible (principe du double degré de juridiction). Appel peut être interjeté (devant les cours d'appel) des jugements des tribunaux d'instance ou de grande instance (sauf de ceux qui ont été rendus en dernier ressort, en raison de la faible valeur pécuniaire du litige). Cette voie de recours, qui doit être exercée dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision, a un double effet, suspensif et dévolutif : *suspensif*, car la décision frappée d'appel ne pourra être exécutée (à moins que n'ait été ordonnée exceptionnellement l'exécution provisoire) ; *dévolutif*, car, par l'appel, c'est le procès tout entier qui est transporté devant les juges supérieurs, avec toutes les questions de fait et *de droit* qu'il avait comportées en première instance (mais seulement ces questions : il est interdit de former en appel des prétentions nouvelles, ce qui n'interdit pas, d'ailleurs, de formuler, à l'appui de la demande ancienne, des *moyens*, des justifications, qui n'avaient pas encore servi (a. 563 s.).

2° *Pourvoi en cassation*. — Il est ouvert, dans les deux mois de la signification, contre les arrêts des cours d'appel, ainsi que contre les décisions des tribunaux de grande instance ou d'instance, rendues en dernier ressort. Le plaideur qui introduit le pourvoi agit dans son propre intérêt. Pourtant, ce faisant, il peut contribuer, sans le vouloir, à créer une solution qui, reçue comme jurisprudence, profitera à d'autres.

[143] ► *La fonction régulatrice de la Cour de cassation*

Le plus souvent, cette fonction ne s'exerce que par effet réflexe de la *voie de recours* ouverte aux justiciables. En quelques cas exceptionnels, elle apparaît comme l'accomplissement d'une *mission de politique judiciaire*.

a) *La voie de recours* (a. 604 s. C. Pr. C., mod. en dernier lieu par d. 99-131 du 26 févr. 1999). — Sauf quelques cas, souvent importants (ex. matière gracieuse, matière prudhomale) où les parties sont dispensées de représentation, le pourvoi est exercé par l'intermédiaire d'un avocat aux Conseils (*supra*, n° 99, d). Comme pour mieux détacher du fait la Cour régulatrice, le pourvoi, à la différence de l'appel, ne produit ni *effet suspensif* ni *effet dévolutif*.

— *Pas d'effet suspensif* (sauf en quelques matières ; ex. divorce). C'est dire qu'en attendant la décision de la Cour de cassation le demandeur au pourvoi n'est pas dispensé d'exécuter la condamnation prononcée contre lui par l'arrêt d'appel. Les a. 975 et 985 C. Pr. C. exigent même que, dans le pourvoi, il rende compte d'au moins un commencement d'exécution. Cette exigence a été introduite par le d. 26 juill. 1989, afin de décourager les pourvois purement dilatoires. Et la sanction suit dans l'a. 1009-1 : à la demande du défendeur, le premier président peut décider le retrait du rôle de l'affaire, sauf à autoriser plus tard la réinscription si, dans l'intervalle, il y a eu exécution.

— *Pas d'effet dévolutif*. Ce n'est pas le procès tout entier qui est transporté devant la Cour suprême, avec toutes les questions de fait et de droit auxquelles il avait déjà donné lieu ; ce sont seulement les questions de droit antérieurement débattues qui lui sont soumises, ou plutôt c'est l'arrêt ou le jugement en tant qu'il les avait tranchées. Non seulement il ne peut être formé de demandes nouvelles en cassation, mais même il ne peut y être présenté de *moyens* nouveaux : le terrain de la controverse juridique a été délimité ; il peut tout au plus y être apporté des *arguments* nouveaux. La Cour de cassation, est-il habituel de dire, juge les jugements, non pas les procès. Elle est *juge du droit*, et seulement du droit, par opposition à toutes les autres juridictions (juridictions du fond), qui sont aussi juges *du fait* (a. 604 C. Pr. C.).

Encore faut-il, pour qu'elle soit valablement saisie, que le pourvoi invoque un des *cas d'ouverture* à cassation prévus par les textes (notamment par la Constitution de l'an VIII, a. 66). Il faut mettre à part des cas d'ordre procédural : *inobservation des formes de la procé-*

dure, incompétence — ainsi que des cas d'ordre constitutionnel en quelque manière : *excès de pouvoir* (qui suppose qu'un tribunal a, dans une de ses décisions, empiété sur le législatif ou l'exécutif), *contrariété de jugements* (dans une même affaire et devant des tribunaux différents). Le domaine propre du pourvoi en cassation est la *violation de la loi*, ce qui s'entend largement. L'interprétation inexacte est visée au même titre que le refus d'application ou l'application faite à tort ; les principes généraux et les maximes du droit sont protégés aussi bien que la loi proprement dite (il n'y a à excepter que les usages locaux ou conventionnels, parce que l'*uniformité* d'application et d'interprétation n'est pas pour eux requise). C'est la pratique même de la Cour de cassation qui a ajouté à la liste précédente un dernier cas d'ouverture, *insuffisance de motifs et défaut de base légale* : il en est ainsi lorsque les motifs donnés par les juges du fond sont trop sommaires ou trop vagues pour permettre de reconnaître si la décision est fondée en droit, de telle sorte que la Cour de cassation n'est plus en mesure d'exercer son contrôle. Les pourvois (et la Cour) se servent souvent de ce cas pour remettre en question une appréciation des faits théoriquement souveraine et pourtant douteuse à y regarder de près.

Du pourvoi, deux issues, en gros, sont concevables :

— Le *rejet*, qui clôt l'affaire (a. 621 C. Pr. C.) ;

— La *cassation*. Mais deux possibilités s'ouvrent alors.

Il se peut que la chambre saisie puisse mettre fin elle-même au litige, en cassant sans renvoi, parce qu'elle trouve dans le dossier des éléments de fait suffisants qui lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée (a. L. 131-5, al. 2).

Sinon — et c'est la voie traditionnelle, la plus usuelle encore, a. L. 131-4 — en cassant (annulant), elle renvoie l'affaire à une autre juridiction de la même catégorie (le plus souvent, donc, à une autre cour d'appel), géographiquement la plus voisine de celle dont la décision est cassée ; car, en vertu du principe qu'elle juge les jugements et non les procès, elle ne peut entrer elle-même dans l'examen du fond. Devant le tribunal (la cour) de *renvoi*, le procès va se rouvrir. Cette juridiction n'est pas obligée de se conformer à la thèse de droit qu'a adoptée la Cour de cassation. Mais, si, ayant jugé dans le même sens que les premiers juges (ceux dont la décision avait été cassée), sa décision fait à son tour l'objet d'un pourvoi fondé sur les mêmes moyens, ce pourvoi sera soumis à l'Assemblée plénière (a. L. 131-2, al. 2 ; autrefois aux *Chambres réunies*, cf. *supra*, n° 93). Il y a, en effet, désormais un conflit déclaré entre une chambre de la Cour suprême et les juges du fond : il convient, pour le trancher, de

recourir à une instance plus solennelle. L'arrêt de l'Assemblée plénière (*arrêt solennel*) peut, soit rejeter le pourvoi (auquel cas ce sont les juges du fond qui l'emportent sur la chambre), soit l'accueillir (si elle se rallie à l'opinion de la chambre). Dans cette dernière hypothèse, une nouvelle cassation est prononcée, et l'affaire est renvoyée devant une troisième juridiction du fond. Mais celle-ci n'est plus libre de sa décision : elle n'a, pour ainsi dire, qu'à enregistrer l'arrêt de l'Assemblée plénière.

b) *Les missions de politique judiciaire.* — Trois cas, différents en esprit ou en portée.

1° *La saisine dans l'intérêt de la loi* (l. 3 juill. 1967, a. 17 ; C. Pr. C. a. 618-1). Sur pourvoi de son procureur général, alors que les parties elles-mêmes n'ont pas agi, la Cour de cassation peut être amenée à censurer la décision d'une juridiction inférieure. La cassation, si elle intervient, ne préjudicie pas aux parties. L'institution est traditionnelle, mais au fond anti-jurisprudentielle, destinée à empêcher des solutions trop hardiment illégales de devenir jurisprudence (ex. Ass. plén. 31 mai 1991, aff. de la « mère de substitution », D. 91, 417, J.C.P., 91, 2, 21752).

2° *La saisine directe de l'Assemblée plénière* (a. L. 131-2, al. 2, C.O.J., l. 3 janv. 1979). On court-circuite la première cassation, afin d'arriver plus vite à fixer la jurisprudence. Le renvoi à l'Assemblée plénière peut être décidé soit par le premier président, soit par la Chambre d'abord saisie, soit même par le procureur général, lorsque l'affaire pose une *question de principe* — concept assez vague, mais qu'oriente un peu la suite de la phrase : notamment s'il existe des solutions divergentes, soit entre des juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation. Sur une question de principe, l'arrêt pourra difficilement être compris comme un arrêt d'espèce.

3° *La saisine pour avis* (a. L. 151-1 C.O.J., 1030-1 C. Pr. C.). L'avis sera demandé à une formation spéciale de la Cour (*supra*, n° 93). C'est un moyen de s'éclairer qui est mis à la disposition de toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, sauf en matière pénale. Des conditions *ratione materiae* sont posées par le texte : 1° Il faut supposer une *question de droit nouvelle* (traductions possibles : d'actualité ?, sans précédent ?, sans précédent depuis 1804 ?, ou 1968... ?) ; 2° Présentant une difficulté *sérieuse* (le sérieux est une notion relative ; cf. a. 808 C. Pr. C.) ; 3° Se manifestant dans de *nombreux litiges* (où commence le nombre ? quant au litige, il commence dès avant l'introduction de l'instance). Cette saisine a un effet immédiat : il doit être sursis à tout jugement sur le fond, en attendant

l'avis de la Cour, qui a trois mois pour se prononcer. Ce n'est qu'un avis : en droit, il ne saurait lier les juges qui l'ont sollicité. En fait, on ne peut se tenir de penser qu'il ne restera pas sans influence, qu'il exercera sur eux une autorité préjurisprudentielle. Ce qui conduit à se demander s'il ne serait pas équitable de permettre aux parties d'adresser des observations à la formation spéciale. (comme elles pourraient en adresser à des experts, a. 276 C. Pr. C.; quoique l'expertise non plus ne lie pas le juge).

[144] 2 | FORCE JURIDIQUE DE LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence n'est *pas une véritable source du droit civil*, comparable à la loi ou même à la coutume. Mais elle est une *autorité*, et une autorité considérable en droit civil.

a) *La jurisprudence n'est pas une source du droit civil.* — Si l'on considère le *jugement*, cellule élémentaire de la jurisprudence, on constate qu'il est enfermé dans un *statut constitutionnel destiné à l'empêcher de devenir règle de droit*. Tel est l'objet direct de l'a. 5, C.C., qui interdit formellement au juge de rendre, comme le faisaient les Parlements de l'Ancien Régime, des *arrêts de règlement* : c'est un corollaire du principe de la séparation des pouvoirs (cf. a. 127, al. 1, C.P.). Le principe de l'*autorité relative de la chose jugée* (a. 1351) tend aux mêmes fins : le jugement n'a d'autorité, de force juridique, qu'entre les personnes qui ont été parties au procès, il n'est pas opposable aux tiers. Par là, il apparaît comme tout le contraire d'une règle, disposition générale, applicable, opposable à tout le monde. On aura beau, dans une jurisprudence, entasser les jugements couche sur couche, on n'aura jamais que des solutions particulières, sans rayonnement au-dehors, des accommodements, des arrangements de conflits individuels. Même les arrêts solennels de l'*Assemblée plénière* sont des jugements à autorité relative, et ne peuvent avoir, en dehors du cas précis de l'a. L. 131-4, al. 2, C.O.J., qu'une autorité de fait, une supériorité purement morale, auprès des juridictions inférieures ou des chambres isolées de la Cour de cassation. La résistance à la loi est illégitime, la résistance à la jurisprudence ne l'est pas.

La jurisprudence n'est pas davantage une règle de droit à titre de *coutume*, car elle n'a rien de ce que suppose la formation du droit coutumier. D'origine populaire ? il ne saurait en être question.

D'origine savante ? il y en aurait plus d'apparence : la Cour de cassation est un aréopage savant. Cependant, il faut bien voir que, dans les coutumes de cette sorte (*supra*, n° 137), son rôle se limite à rappeler et formuler des maximes anciennes ou des principes préexistants. Elle ne fait que puiser des solutions dans un trésor de sagesse ancestrale. C'est ce trésor qui est la coutume, non les arrêts, voire la série d'arrêts qui lui sert d'expression.

Si la jurisprudence n'est pas une source du droit lors même qu'elle véhicule une coutume, à plus forte raison lorsqu'elle est livrée à ses seules forces, car il lui manque cette force essentielle d'être *obligatoire pour elle-même*, jamais une juridiction, jamais la Cour de cassation n'est liée en droit par sa propre jurisprudence. Les revirements de jurisprudence sont toujours possibles, les glissements aussi (qui ne sont pas rares, étant signes de vie). C'est très différent d'un changement de législation. Le revirement jurisprudentiel est rétroactif par nature : la jurisprudence nouvelle s'appliquera de plein droit à tout ce que les particuliers avaient pu faire sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne. Si la jurisprudence peut légitimement disposer pour le passé, c'est qu'elle n'est pas réellement créatrice.

b) *La jurisprudence est une autorité en droit civil.* — Dans la décision d'un juriste, ou d'un juge, qui a à choisir entre plusieurs opinions, la jurisprudence est une donnée, un mobile psychologique parmi d'autres. Nous pouvons dire qu'elle est une *autorité* : elle influe plus ou moins fortement sur la décision, sans jamais l'imposer en droit.

Parce qu'elle n'est qu'une autorité de fait et non pas une règle juridiquement obligatoire, son autorité peut être dosée. Il est bien connu que tous les précédents n'ont pas la même valeur, et qu'il y a des degrés à observer entre eux suivant divers critères. Un critère de *hiérarchie*, d'abord, correspondant à la hiérarchie des tribunaux : le maximum de crédit se trouvera au sommet dans les arrêts de l'Assemblée plénière (autrefois des Chambres réunies) de la Cour de cassation. Un critère interne ensuite : spécialement parmi les arrêts de la Cour de cassation, on distingue *arrêts d'espèce* et *arrêts de principe* (cf. a. L. 131-2, al. 2, C.O.J. ; mais ce n'est pas seulement l'Assemblée plénière qui peut rendre des arrêts de principe), les premiers déterminés par les circonstances de fait et s'abstenant d'aborder en termes généraux la question de droit, les seconds consacrant à la question de droit un examen plus approfondi et donnant de la solution une formule générale ; les arrêts de principe ont évidemment une autorité que n'ont pas les arrêts d'espèce. Un critère de *lieu*, à d'autres égards : par ex. les cours d'appel, mais aussi les tribunaux de commerce, ont sou-

vent des traditions et attachent plus d'importance à leur propre jurisprudence qu'à celle des cours ou des tribunaux voisins. Un critère de *date*, enfin : d'être anciens (par ex. du début du XIX^e s.) n'est pas, pour les arrêts, une qualité ; ce que cherche le praticien, c'est à avoir pour sa thèse la *dernière jurisprudence*, et entre deux arrêts contraires émanant de la même juridiction, c'est le plus récent qui l'emporte.

Si la jurisprudence n'est qu'une autorité, elle est une *autorité privilégiée*, car la thèse qu'elle appuie a, par définition, dans le litige pour la solution duquel on cherche à se faire une opinion, plus de chances d'être accueillie par le tribunal saisi, donc plus de chances de devenir du droit effectif. C'est pourquoi, quand on parle du droit d'un pays, il ne faut pas seulement entendre ses lois, mais ses lois et sa jurisprudence ; et ceux qui, par profession (ex. notaires), sont tenus de connaître le droit, doivent connaître la jurisprudence aussi bien que la loi et commettraient, à n'en pas tenir compte, une négligence dont ils pourraient être responsables envers leurs clients.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — I. La *Cour de cassation*, comme clef de voûte de la jurisprudence. — Deux recueils d'articles originaux : *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, 1994 ; et *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, 1995. Outre les *Rapports* de la Cour, publiés chaque année (Doc. fr.).

II. *Théorie générale de la jurisprudence* : Ponsard sur Aubry et Rau, I, n° 36 ; Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, Th., Lille, 1936 ; Sauvel, *Essai sur la notion de précédent*, D. 1955, chr. 93 ; O. Dupeyroux, *La jurisprudence, source abusive de droit*, *Mélanges Maury*, II, p. 349, et *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit*, *Études Marty*, 1978 ; Boulanger, *R.T.*, 1961, 417 ; R. Savatier, *Mélanges Dabin*, 1963, t. II ; Hébraud, *Mélanges P. Couzinet*, 1974, 329 ; Déprez, *R.T.*, 1978, 503 s. ; Conte, *L'arbitraire judiciaire*, *J.C.P.*, 88, 1, 3343 ; Jestaz, *La jurisprudence, ombre portée du contentieux*, D. 89, chr. 149 ; Zénati, *La jurisprudence*, 1991. Cf. *Arch.*, 1985, et le débat ouvert par la *R.T.*, 92, 337 et 93, 87, ainsi que le numéro de *Dr. pros.*, 93 (4), avec l'article de J. Héron sur l'infériorité technique de la jurisprudence.

[145] III. *Recueils de jurisprudence.* — La jurisprudence a besoin d'être connue (des praticiens et des juges) pour prendre conscience d'elle-même. Le système d'information, longtemps marqué d'empirisme et de libéralisme, n'échappe plus à la science et à l'État. Une observation préliminaire, en tout cas, est essentielle : c'est que la jurisprudence connue ne représente qu'une toute petite fraction dans l'immense trame de jugements. Le phénomène avait été signalé (cf. Dunes, *La non-publication des décisions de justice*,

R.I.D.C., 86, 757). Mais son ampleur, qui est considérable, vient d'être révélée par une enquête, menée avec une extrême rigueur et appuyée d'observations quantitatives : X. Henry, *La jurisprudence accessible*, Mégacode civil, théorie d'une pratique, *Dr. pros.*, 99 (3), 631-684. L'article mérite la plus vive attention : même à la hauteur de la Cour de cassation, c'est un peu comme la découverte d'une Amérique, de territoires inconnus et, pourtant, fort peuplés. Sans doute, ainsi que le soutient l'auteur, il n'y a pas, en théorie, d'argument décisif pour refuser d'intégrer les arrêts non publiés à la construction de la jurisprudence. Cependant, si les arrêts non publiés ne font que répliquer les arrêts publiés, la découverte n'a plus guère qu'un intérêt de curiosité sociologique, et s'ils les contredisent, on peut craindre que la notion même d'une construction jurisprudentielle — autorité, voire source du droit — ne résiste pas aux incohérences dévoilées. L'article est à suivre.

a) *Recueils officiels*. — Il existe un *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* (distinctement pour chaque *Chambre civile* et pour la *Chambre criminelle*). Il n'est pas complet. Tous les arrêts sont, néanmoins, catalogués dans un *fichier central* (a. R. 131-14 s. C.O.J.). Ce Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, institué en 1947, est destiné à assurer l'unité de jurisprudence entre les sections, en même temps que la constance de la jurisprudence de la Cour suprême tout entière. La mémoire de la Cour est désormais sur fiches. Mais l'oubli est une faculté bien plus importante que la mémoire (le fichier ne favorise-t-il pas une certaine routine ?). A noter le pendant du *Bull.* en droit public, le *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, couramment cité comme le *Lebon*, et, depuis 1959, le *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*.

b) *Recueils privés*. — Ce sont des périodiques qui reproduisent le *texte* des arrêts choisis en l'entourant d'un certain appareil : 1° Le *sommaire*, qui résume la solution ; 2° La *note*, qui l'explique et, au besoin, l'apprécie. Tantôt la note est développée en forme de dissertation doctrinale (généralement signée) ; tantôt elle se limite à quelques références aux précédents jurisprudentiels et aux ouvrages de doctrine. Cf. Mendegris, *Le commentaire d'arrêt en droit privé*, 1981.

Les recueils sont destinés à former un volume chaque année (on les cite par année, partie et page).

1° Le *Sirey* (S.), du nom de son fondateur. Fondé en 1791, il reste irremplaçable pour les premières décennies du XIX^e s. (réédition condensée, dite *Sirey chronologique* : S. chr.) et très utile pour les périodes postérieures, à cause de ses notes (notamment, à la fin du siècle, celles de Labbé, regardé comme le maître des « arrétistes » ; cf. Jamin, *Relire Labbé et ses lecteurs*, *Arch.*, 92, 247). Il a été absorbé par le *Dalloz* en 1965.

2° Le *Dalloz*, du nom de son fondateur (D., ou parfois D. S. depuis l'absorption du *Sirey*). La collection courante commence en 1845. La présentation a varié (de 1924 à 1940, *Dalloz* [périodique] et *Dalloz* hebdomadaire, D. [P.] et D. H. ; puis, de 1941 à 1944, *Dalloz* critique et *Dalloz* analytique, D. C. et D. A.). Actuellement, il est hebdomadaire, et comprend trois parties : chroniques doctrinales (ex. de citation : D. 1997, chr. 133), jurisprudence (ex. D. 97, J. 229 ou, plus brièvement, D. 97, 229), textes de lois (ex. D. 97, L. 252). La partie « Jurisprudence » est elle-même subdivisée, certaines décisions étant publiées non pas *in extenso*, mais par simple résumé (Sommaires = Som.), ou sous forme d'informations rapides (= I.R.), voire par *flash*.

3° La *Semaine juridique* ou *Jurisclasser périodique* (J.C.P.), plus récent (1927), a connu un grand développement depuis 1940. Elle comprend aussi trois parties, chacune

divisée non pas par pages, mais par numéros : articles doctrinaux, jurisprudence (ex. J.C.P., 97, 2, 22749), textes de lois.

4° La *Gazette du Palais* (G.P.), fondée en 1881. Trois parties ici encore. Mais son originalité est d'être un journal paraissant plusieurs fois par semaine, dont la matière est reprise dans des fascicules bimestriels, qui seront finalement reliés par semestres (ex. G.P. 90, 2 [2^e sem.], 456). Les décisions y sont publiées rapidement, mais, en général, avec de simples notes de références.

5° Les *Petites Affiches* (fort anciennes) ; *La Vie judiciaire*, fondée en 1901 (plus novelliste d'esprit).

6° Aux recueils généraux ci-dessus énumérés, il faut ajouter des *recueils spécialisés*, attestant la spécialisation croissante de la pratique : *Revue des loyers*, *Droit social*, *Revue générale des assurances terrestres*, *Revue de droit immobilier*, *Revue de droit sanitaire et social*, *Droit de la famille*, *Personnes et famille*, *Revue des procédures*, *Justices*, etc., et, dans un autre ordre d'idées : *Répertoire du notariat* (Defrénois) et *Journal des notaires*, où l'on retrouve beaucoup d'arrêts de pur droit civil, outre un angle de vue notarial.

7° Grâce à l'informatique (cf. *supra*, n° 36), un nouveau type d'étude est en voie de développement, l'étude des *masses jurisprudentielles*, v. Bories, J.C.P., 85, 1, 3213. La finalité avait été scientifique à l'origine, de sociologie juridique et judiciaire (M.-A. Frison-Roche, S. Bories, *La jurisprudence massive*, D. 93, chr. 287). Les praticiens ne peuvent pas attendre du procédé ce que la lecture classique des arrêts leur apporte : un affinement de l'argumentation. Ils peuvent du moins s'en servir pour mesurer les chances de succès de l'action à entreprendre (ex. M. Bourrie-Quenillet, J.C.P., 85, 1, 3212, l'intérêt à faire appel). Les juges, de leur côté, prennent conscience du courant dominant dans les juridictions de leur ressort, et ils sont amenés à s'y rallier. Ainsi se coagulent les décisions, et se forment des jurisprudences, limitées mais autonomes, des jurisprudences de cours d'appel (cf. Chr. Lahrer-Loyer, J.C.P., 89, 1, 3407). L'instrument est décrit par P. Catala, *Le fichier national informatisé de la jurisprudence française* (10^e anniversaire), J.C.P., 95, 1, 3873 (cf. X. Henry, article précité, n° 54-60). Peut-être manque-t-il quelque chose, tout de même, aux arrêts de pure informatique pour former de véritables jurisprudences : c'est d'avoir été soumis aux tirs croisés des commentateurs. Les commentaires finissent par s'amalgamer aux décisions.

8° A l'inverse, l'anthologie, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, avec des commentaires approfondis, par Terré et Lequette, 1996 (10^e éd.).

IV. *Technique du pourvoi en cassation*, instrument de formation de la jurisprudence. — Boré, *La cassation en matière civile*, 1980 (mise à jour, 1988) ; Perdriau, *L'accès à la Cour de cassation* (facilités illusoire), J.C.P., 97, 1, 4063. — M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *La technique de cassation* (précieux pour décrypter le langage des arrêts), 3^e éd., 1998 ; Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, 1997. — Sur la *saisine pour avis* de la Cour de cassation, Zénati, D. 92, chr. 247 ; A.-M. Morgan de Rivéry-Guilloud, J.C.P., 92, 1, 3576. — Sur la rédaction des arrêts, Perdriau, *Visas*, « chapeaux » et dispositif ; les droits de la défense devant les chambres civiles ; jugent-elles en fait ? ; l'importance des visas ; ce que la Cour relève d'office : v. J.C.P., 86, 1, 3257 ; 93, 1, 3650 et 3683 ; 95, 1, 3866 ; 96, 1, 3911. — Sur le pouvoir de *retrait du rôle* appartenant au premier président, Julien, J.C.P., 94, 2, 22252, N. Pricéro, D. 94, 262. — Sur l'*amicus curiae*, Laurin, J.C.P., 92, 1, 3603, D. 93, 173 ; D. Mazeaud, in

L'expertise, 1995, 109 (dans une société où le justiciable, surtout le perdant, n'est que trop enclin à soupçonner les gens d'en haut d'être de mèche entre eux, était-il bon de charger la Cour d'un ami de plus ?).

[146]

HISTOIRE

Selon le Digeste (1, 3, 38), c'est l'autorité des choses qui ont été constamment jugées de semblable manière et, sans être égale à la loi, elle doit obtenir *force de loi* là où la loi est incertaine.

Pour l'Ancien Droit, v. Sergenne, Le précédent judiciaire au Moyen Age, *R.H.D.*, 1961, 224, 359 ; R. Beauthier, *Dr. pros.*, 93 (4), 1279. — Les arrêts des Parlements n'étaient pas motivés (Lamoignon en donne cette raison, qui ne vaudrait que pour celui de Paris, que le Procureur général, étant sur place, peut en rendre compte oralement au roi). Cette particularité a empêché la formation d'une *jurisprudence* consciente et cohérente — d'autant que les Parlements se souciaient de garder leur rôle politique plus que de s'en donner un en droit civil. Paradoxalement, la Révolution, en imposant aux juges, pour la garantie des droits individuels de motiver leurs décisions afin que pût être assuré le contrôle de la légalité, a forgé elle-même l'arme par laquelle les coups les plus durs ont été portés à l'esprit légaliste. Toutefois, les arrêts de l'Ancien Régime contenaient un résumé des prétentions des parties, d'où pouvaient s'induire, non sans une marge d'incertitude, les motifs de la décision. Cf. Sauvel, Histoire des jugements motivés, *R. droit public*, 1955, 5 ; Godding, Jurisprudence et motivation des sentences du Moyen Age à la fin du XVIII^e s., in *La motivation des décisions de justice*, 1978 ; Hilaire, Le roi et nous, *R. d'hist. de la justice*, 92 (5), 3. Aussi les praticiens utilisaient-ils (quoique à un bien moindre degré qu'aujourd'hui), les précédents judiciaires (cf. Merlin, *Rép.*, V^{is} Arrêts, VII, *Autorités*, VI), et il en existait des recueils. Au reste, une évolution s'était dessinée : la cassation, à la fin du XVIII^e s., était comprise comme une attribution royale dont la finalité était plus législative que juridictionnelle (v. Martinage-Baranger, Les idées sur la cassation au XVIII^e s., *R.H.D.*, 1969, 244). Mais cette cassation royale était destinée à empêcher, bien plus qu'à favoriser, la formation de jurisprudences. Cf. Ph. Raynaud, *Arch.*, 85, 61 ; Halpérin, *Le tribunal de cassation et ses pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Th. Paris II, 1987. — Sur les arrêts de règlement, Ellul, *Histoire des institutions*, IV, p. 46 ; Deteix, Th. Paris, 1930. Faut-il les rétablir ? V. Audinet, *Mélanges Jauffret*, p. 99 ; Beignier, *Droits*, 89 (9), 45.

SOCIOLOGIE

Sur la formation de la jurisprudence, v. M. Saluden, *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*, Th. Paris II, 1983 (ronéo) et *Arch.*, 85, 191. C'est la motivation qui fait la jurisprudence : supprimez-la (cf. anciens Parlements, jurys d'assises), il n'y aura plus de jurisprudence (cf. Jestaz, *D.* 87, chr. 11). Sur sa *diffusion* (recueils, banques de données), E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, 1985, p. 291 s. Une remarque un peu cruelle : ce que l'on appelle la jurisprudence est beaucoup moins l'œuvre intellectuelle des magistrats que celle des avocats, et

[147]

avoués, sans oublier les avocats à la Cour de cassation (ni leurs collaborateurs). Ce sont eux qui, dans les conclusions et les plaidoiries, inventent réellement les systèmes nouveaux d'interprétation ou de construction juridique. Le rôle des juges est surtout de choisir entre les thèses proposées, mais du moins en France et pour le droit civil, il n'est pas proprement créateur.

De la jurisprudence, qui est une habitude de l'ensemble des juridictions quant à une question de droit, il est rationnel de distinguer la *pratique d'un tribunal*, son habitude particulière sur un point de fait. Ex. bien que la Cour de cassation, se fondant sur l'a. 4, interdise aux tribunaux de se constituer des barèmes d'indemnisation, *Crim.* 4 févr. 1970, *D.* 70, 333 (cf. t. IV, n° 288), il en est qui apprécient plus généreusement que d'autres les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice corporel (et la l. 5 juill. 1985, a. 26, ne semble pas avoir encouragé la constitution d'un barème national). Cf. Marianne Saluden, thèse précitée, p. 536 s. (ex. très intéressants de ces pratiques dans les T.G.I., il y a jurisprudence au sens large sans création de règles de droit) ; Denise Emsellem, *L'activité de décision dans la pratique judiciaire*, 1992 (qui observe l'existence de jurisprudences de chambre). Ces habitudes du tribunal sont utiles parce que tranquillissantes, mais l'esprit, sinon la lettre, de l'a. 4 interdit de s'y référer ouvertement dans un jugement, *Crim.* 20 janv. 1987, *Bull. crim.*, n° 25.

[147]

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Convient-il à un droit civil moderne d'étendre la place laissée au droit jurisprudentiel ou, au contraire, de développer le droit légal pour rendre la jurisprudence inutile ? Depuis la fin du XIX^e s., l'engouement pour la jurisprudence a été croissant en France (un signe tangible en a été la vogue du commentaire d'arrêt, devenu le genre littéraire prépondérant). On a comparé l'œuvre de la Cour de cassation à celle du préteur romain, vanté sa souplesse et ses possibilités d'adaptation à la vie (1900-1930, influence du bergsonisme ?). Il faut, cependant, noter les *infirmités* jurisprudentielles (cf. Héron, *Dr. pros.*, 93 [4], 1083) : 1° *lenteur* (avant que la Cour de cassation n'ait donné sa conclusion à la question controversée, il pourra s'écouler une décennie) ; 2° *incertitude* (les arrêts sont souvent énigmatiques, et il est plus difficile d'interpréter la jurisprudence que la loi — d'autant que la Cour de cassation aime se réserver des portes de sortie pour le cas où la même question reviendrait devant elle sous un jour plus [ou moins] favorable, d'où des formules nuancées et chargées d'incidentes) ; 3° *insécurité* (tout changement de jurisprudence équivaut à une loi rétroactive, et l'on n'est pas prévenu que la jurisprudence va changer ; *contra* pour la loi ; cf. Rivéro, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, *Actualités juridiques, Droit administratif*, 1986, 15 ; Hervieu, *Dr. pros.*, 89 (2), 257) ; 4° *indifférence aux justiciables*, ils sont pris pour cobayes de la recherche du droit, et même, dans chaque affaire, c'est le plus naïf, par hypothèse, qui est sacrifié, celui qui avait fait confiance à la lecture la plus superficielle du texte ; 5° *imperfection de la diffusion*, alors qu'une source du droit demanderait à se répandre immédiatement partout ; les Bulletins de la Cour de cassation n'ont qu'une audience restreinte et présentent des trous ; l'informatique brouille, brise l'accent impératif du droit ; la jurisprudence ne se formant que par décisions successives, il n'y a que le professionnel qui ait la patience et le savoir-faire requis pour reconnaître le point où elle

est enfin constituée ; 6° *impuissance* à faire de véritables réformes (la jurisprudence bute sur des obstacles formalistes ; ex. sur un chiffrage légal : elle n'aurait jamais pu, dans l'a. 1341, réadapter à la monnaie dévaluée le chiffre primitif de 150 fr. ; ex. sur la nécessité d'établir une organisation administrative : elle n'aurait jamais pu créer par ses propres forces un système d'actes de l'état civil). Il faut ajouter qu'une formation jurisprudentielle du droit n'est pas sans *inconvenients sociaux*. Les procès filtrent la réalité juridique. Ce que nous appelons avec affectation, en nous croyant réalistes, les *besoins de la pratique*, ce ne sont pas les besoins de la vie réelle, mais de celle qui s'exprime dans les procès. Or, toutes les relations juridiques ne donnent pas lieu à procès. Tantôt les intéressés sont trop pauvres pour plaider, ou trop timides, ou trop raisonnables (le droit jurisprudentiel est nécessairement un peu du droit pathologique). Tantôt ils sont trop puissants (les multinationales entre elles recourent à des arrangements, ou à des arbitrages, dont on ne sait rien).

La Cour de cassation, en tout cas, a tellement entendu parler de jurisprudence par la doctrine qu'elle paraît aujourd'hui très désireuse d'être associée, d'une manière ou d'une autre, à l'œuvre législative. C'est ainsi que, par des rapports officiels (a. R. 131-13 C.O.J.), publiés chaque année par la Documentation française, elle signale au gouvernement les lacunes et imperfections qu'elle croit déceler dans la loi. Cette pratique a été dénoncée comme un empiètement éventuellement politique du judiciaire sur le législatif (Déprez, « Sois juge et tais-toi », *R.T.*, 78, 503). Plus sobrement, dans la mesure où elle explicite le pourquoi secret de la décision en deçà des motifs publiés, on peut lui reprocher d'encourager une exégèse assez vaine des arrêts par leurs travaux préparatoires, ou même de les assortir après coup d'une *réserve d'interprétation*, à l'instar de ce que fait le Conseil constitutionnel (cf. *supra*, n° 117, a. 3°). Mais il aurait fallu plus que ces critiques doctrinales pour freiner le dynamisme propre de la Cour. Audacieusement, il lui est arrivé (Civ.¹ 20 mai 1969, D. 69, 429) d'insérer dans un arrêt un motif de droit sans rapport avec l'espèce (ce que la procédure anglaise appelle un *obiter dictum*), à seule fin de trancher d'avance une question que l'on débattait ailleurs (l'extension de l'ancien a. 342 aux enfants naturels simples) : au moins d'intention, ce motif était un véritable arrêt de règlement (cf. les réserves d'Hébraud, *R.T.*, 1969, 607).

Devant l'inflation des pourvois — manifestation d'une société de surconsommation juridique — tous les procédés peuvent sembler bons, qui tendent à une liquidation rapide. D'où les réformes des 3 janvier 1979 et 15 mai 1991 (v. Hébraud, D. 79, chr. 208 ; Lindon, *J.C.P.*, 80, 1, 2967 ; Zénati, D. 92, chr. 247). Certains pourront craindre que ce renforcement de la hiérarchie n'étouffe la créativité de la base judiciaire. D'autres regretteront l'atteinte portée à l'équilibre constitutionnel entre le judiciaire et le législatif : n'est-ce pas restaurer quelque chose des arrêts de règlement, malgré la liberté que les juridictions du fond conserveront en théorie pour leurs décisions futures ? L'insolite du système, c'est que la saisine de l'Assemblée plénière peut avoir pour cause une divergence de jurisprudence qui se sera produite dans des procès, peut-être encore pendants, étrangers à celui dont elle se trouve saisie. De sorte qu'en jugeant celui-ci, elle aura et donnera l'impression de régler d'un seul coup toute une série d'affaires où elle n'aura pas entendu les justiciables.

N'y aurait-il pas d'autres réformes à faire ? (v. Jeantin, *Mélanges Hébraud*, 1981, 465 ; Tunc, *Arch.*, 85, 157 ; Draï [premier président], *J.C.P.*, 89, 1, 3374 ; Bénabent, D. 89, chr. 222). On pourrait augmenter de façon dissuasive le coût des pourvois ; créer

des cours de cassation en province (et l'unité de jurisprudence ?). Ou bien encore seraient supprimés les cas d'ouverture passe-partout que la Cour a eu elle-même l'imprudence d'admettre, insuffisance de motifs et défaut de base légale (cf. Bel, D. 89, chr. 105 ; v. cep. pour sa défense, Perdriau, *J.C.P.*, 90, 2, 21509). Plus subtilement, elle pourrait neutraliser l'allégation d'insuffisance de motifs en renvoyant le mécontent à saisir derechef sa cour d'appel aux fins de motivation complémentaire. Plus simplement, elle s'allégerait beaucoup, sans rien demander à personne, si elle renonçait à contrôler l'existence de la faute délictuelle ou contractuelle (elle y a déjà renoncé pour la faute conjugale dans le droit du divorce ; cf. Ass. plénière, 13 déc. 1985, D. 86, 225, qui se débarrasse de la qualification des accidents de trajet dans le droit des accidents du travail, c'était un gros paquet de contentieux).

C'est une opinion répandue dans la doctrine moderne (cf. Esmein, La jurisprudence et la loi, *R.T.*, 1952, 17 s.) que la jurisprudence est une source du droit, sauf à discuter sur le *fondement* de sa force obligatoire (cf. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, 1974 ; D. Delon, *La jurisprudence source de droit*, Th. Paris II, 1980) : *approbation tacite du législateur* (Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, *Mélanges G. Scelle*, II, p. 613 s.), *pouvoir autonome du corps des juristes*, dans lequel il faut comprendre non seulement les juges qui ont rendu les jugements formant la jurisprudence, mais aussi les autres juges, qui s'y conformeront, et les avocats, avoués, notaires, qui renonceront à soulever désormais des procès, le *consensus* de ceux-ci n'étant pas moins nécessaire que la décision de ceux-là (Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, *Etudes Ripert*, I, p. 28 s. ; cf. Esser, *Festschrift F. von Hippel*, 1967) ; *forme moderne du droit coutumier* (Planiol, *Traité élémentaire*, I, n° 14) ; épanouissement du *pouvoir juridictionnel* (Hébraud), Le juge et la jurisprudence, *Mélanges Couzinet*). E. Serverin (*De la jurisprudence en droit privé, Théorie d'une pratique*, 1985) a su donner plus de force à la qualification de source du droit en la concentrant sur une partie seulement de ce que l'on englobe d'ordinaire dans la jurisprudence. Elle distingue deux fonctions de la Cour de cassation : la fonction disciplinaire (ramener les juges du fond à l'application du droit) et la fonction proprement normative. Du magma jurisprudentiel, il n'émerge chaque année qu'un petit nombre de normes, mais ce sont de véritables règles de droit.

Cependant, la Cour de cassation elle-même se reconnaît-elle pour une source du droit ? Longtemps elle a jugé inopérant, quand il était seul, le motif « il est de jurisprudence constante que... » : ex. Civ. 26 mars 1941, D.A. 41, 194 ; Crim. 24 juill. 1967, *J.C.P.*, 68, 2, 15339 ; Civ.² 19 déc. 1967, D. 68, Somm. 60. Elle ne voyait la jurisprudence qu'à travers la loi (elle ne cassait jamais pour violation de sa jurisprudence, mais pour violation de la loi, en estimant que c'était violer la loi que de ne pas l'interpréter comme elle). Sans doute, depuis 1970, la Cour de cassation admet-elle (cf. Boré, *Cassation*, nos 2128-2130) que les arrêts de cour d'appel fassent référence à la jurisprudence, mais c'est à condition qu'ils en rappellent les motifs et constatent en fait la similitude des situations. Aussi paraît-il plus exact de ne considérer dans la jurisprudence qu'une autorité du droit civil (cf. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé posi-*

tif, II, n°s 146 s.). Mais une autorité qui fait partie de ce qu'un juriste, un notaire (ex. Civ. 21 juill. 1921, D. 25, 1, 29 ; Civ. 2 janv. 1924, D. 24, 1, 14), un avocat (Civ.¹ 15 oct. 1985, *Bull.* n° 257, *R.T.*, 86, 759, n. Huet), un juge (Soc. 28 mai 1953, D. 53, 555), doit connaître, parce qu'elle fait partie du vaste système, de la vaste science du droit (la Cour de cassation préfère dire : parce qu'elle fait corps avec la loi ; cf. Hébraud, *R.T.*, 1953, 735 ; mais irait-elle jusqu'à décider que le simple particulier doit connaître la jurisprudence, en vertu du principe que *Nul n'est censé ignorer la loi* ?). La Cour de cassation fait, d'ailleurs, une distinction entre les jurisprudences assises et les jurisprudences controversées (v. Req. 12 févr. 1883, D. 84, 1, 255 ; Civ. 26 oct. 1943, D. 46, 304 ; Soc. 20 juin 1966, D. 67, S. 20) : seules les premières sont intégrées au système du droit, mais la nouveauté d'une jurisprudence n'exclut pas toujours la faute de l'avocat (ex. Civ.¹ 15 oct. 1985, *loc. cit.*). Les incertitudes jurisprudentielles lui commandent au moins une attitude prudente (Paris, 29 mars 1999, D. 99, *I.R.*, 120).

La conception exposée ci-dessus, qui fait de la jurisprudence, pour le juge, une inspiration possible, non une règle obligatoire, est celle du C.C.S., a. 1^{er}, al. 3 : [A défaut d'une disposition légale applicable, le juge] *s'inspire* des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. Dans la conception opposée, qui fait de la jurisprudence une véritable source du droit, on croit être très près du système anglais, où le précédent judiciaire est la source du droit par excellence (bien que les Lords-Juges, en 1966, aient apporté à leur usage un assouplissement remarquable ; cf. Dworkin, *R.I.D.C.*, 1967, 185 s.). Mais on ne relève pas assez tout ce qui sépare le système anglais du précédent (*stare decisis*) du rôle que nous attribuons à la jurisprudence. Le sens général du système anglais est que toute décision rendue par une juridiction a désormais par elle-même (sans avoir besoin d'être consolidée par la répétition) valeur de règle obligatoire pour cette juridiction et les juridictions coordonnées. Aucun changement, aucun revirement n'est désormais possible (le *stare decisis* a été introduit pour donner une rigidité, donc une sécurité au droit, tandis que, ce qui nous plaît dans la jurisprudence, c'est la souplesse). De là vient que, dans le système de la *common law*, en cas de contrariété entre deux décisions, la plus ancienne doit l'emporter (la seconde, en effet, a, par hypothèse, été mal rendue, puisqu'elle a violé la règle du précédent). On ne saurait imaginer rien qui soit plus éloigné, en esprit, de notre recherche de la « dernière jurisprudence ».

La distinction du *fait* et du *droit* est la pierre angulaire de la compétence de la Cour de cassation. Mais elle a toujours passé pour délicate (G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, Th., Toulouse, 1929), teintée d'arbitraire. Certains pensent même aujourd'hui qu'elle est logiquement impossible (Rotondi, *Considérations* en « fait » et en « droit », *R.T.*, 77, 1 s. ; R. Martin, *Retour sur la distinction*, D. 87, chr. 272). V. cep. *supra*, n° 138, Pratique, a.

[149]

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Langage de la justice*. — Il demande à être étudié sous deux points de vue : 1° interne, comme moule pour assurer la rigueur du raisonnement des juges (cf. Mimin, *Le style des jugements*, 1962 ; Schroeder, *Le nouveau style judiciaire*, 1978) ; Estoup, *Les jugements civils*, 1988 ; 2° externe, comme moyen de communication entre l'autorité et les justiciables (cf. Souriaux et Lerat, *Le langage du droit*, 1975 ; Raymond et Le Guern, *Le langage de la justice pénale*, 1976 ; Cornu, *Linguistique juridique*, 1990,

n°s 90 s. ; D. Bourcier et S. Bruxelles, Une approche sémantique de l'argumentation judiciaire, *A.S.*, 95 (1), 35).

b) *Les techniques de rédaction*. — V. l'étude critique du procureur général Touffait et du P^r Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation, *R.T.*, 74, 487. Ces critiques ont été reprises, mais nuancées, par le premier avocat général Lindon, *J.C.P.*, 75, 1, 2681. Cf. A. Breton, L'arrêt de la Cour de cassation (tel qu'il est, tel qu'il devrait être), *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse*, 1975 (XXIII), p. 730. On dit que le laconisme, souvent énigmatique, de la Cour de cassation, laissant les praticiens incertains sur la portée de l'arrêt, a pour conséquence de faire rebondir le contentieux. A ce style on oppose celui des juges anglo-américains. Leurs motivations-fleuves, véritables dissertations, sont propres à éclairer la pratique. Ne peuvent-elles, cependant, la lancer aussi sur de nouvelles pistes de discussion ? Outre que, dans les juridictions collégiales, les juges mis en minorité ont la liberté de faire connaître et développer leur opinion dissidente (*dissent*), ce qui ne peut manquer de susciter une espérance de retournement. Colloque sur l'élaboration de la décision de justice en dr. comparé, *R.I.D.C.*, 98 (3), spéc. 809, A. De Vita, comparaison entre juge de droit civil (continental) et juge de *Common Law*.

c) *Motivation*. — V. Perelman et Foriers, *Les motivations des décisions de justice*, Bruxelles, 1978 ; Welamson, Motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes, *R.I.D.C.*, 79, 509. 1° *Le principe*. Pour défaut ou insuffisance de motifs, les décisions des juges du fond encourrent la cassation. En imposant à ces juges une obligation de motiver, qui était nouvelle (cf. *supra*, n° 146), la Révolution l'avait conçue comme un contrôle de légalité, un garde-fou contre le vestige des jugements d'équité. Ce peut être pour tous les juges, même ceux de la Cour régulatrice, un moyen de se contrôler eux-mêmes. Aujourd'hui, on verrait plutôt dans l'obligation de motiver (a. 455 C. Pr. C.) une garantie des droits individuels (notamment en matière pénale (a. 485 C. Pr. P.), une obligation de transparence envers les justiciables). Il est vrai que le gagnant trouve son bon droit si évident qu'il tiendra facilement ses juges quittes de toute explication. C'est avant tout au perdant que les motifs s'adressent. Or, la pratique ne lui en présente souvent qu'un simulacre. Sous un déluge d'affaires de type très répétitif, pénales ou même civiles (ex. divorce sur requête conjointe), les magistrats en arrivent à motiver par formulaires pré-imprimés. La Cour de cassation (Civ.² 14 févr. 1990, D. 90, *I.R.*, 60) a fermé les yeux sur le procédé en l'absence de texte qui l'interdise. Pas de texte ? Sans doute ; mais la notion même de motivation, laquelle suppose une opération mentale, que dément le stéréotype (cf. Guinchard, *G.P.*, 85, 1, Panor., 124). Réplique : l'allégation de *stéréotype* ne pourrait se soutenir que par une confrontation de la décision critiquée avec une série d'autres décisions étrangères à l'affaire. Or, n'est-il pas de principe que chaque instance est autonome (cf. C. Etat, 21 déc. 1973, D. 74, 421) ?

d) *Les revirements de jurisprudence*. — Deux ex. : l'un qui fut célèbre, l'autre plus récent. Dans chaque espèce, la Cour de cassation avait, sans doute, de bonnes raisons pour statuer comme elle l'a fait. Mais pourquoi vouloir faire de la jurisprudence l'égale de la loi ?

1° Est-il permis d'adopter son enfant naturel ?

— *Oui*, Civ. 28 avr. 1841, S. 41, 1, 274 (et l'arrêt est salué comme arrêt de principe) ;

— *Non*, Civ. 16 mars 1843, S. 43, 1, 177 ;

— *Si*, Civ. 1^{er} avr. 1846, S. 46, 1, 273.

L'arrêt de 1846 a fixé la jurisprudence (ex., Versailles, 31 janv. 1883, *R.T.*, 84, 304 ; Paris, 4 mai 1884, *D.* 85, 278, *R.T.*, 86, 740). Mais, justement, on peut maintenant reprocher à cette jurisprudence de s'être fixée — la routine après l'incertitude — ce qui l'empêche de tenir compte des changements que la l. 3 janv. 1972 a apportés dans la matière parallèle de la filiation naturelle (cf. Marty-Raynaud, *Personnes*, n° 485).

2° Le gardien de la chose peut-il s'exonérer pour partie de la responsabilité prévue à l'a. 1384, al. 1, en prouvant que la faute de la victime a contribué au dommage ?

- *Oui*, jurisprudence constante depuis la découverte de ce type de responsabilité, ex. Civ.² 28 avr. 1973, *D.* 75, *I.R.*, 167 ;
- *Non*, 21 juill. 1982 (arrêt *Desmares*, l'effet d'une bombe), *D.* 82, 449, *J.C.P.*, 82, 2, 19861 ;
- *Si*, Civ.² 6 avr. 1987 (arrêt *Mettetal*, c'est tout simple), *D.* 88, 32, n. Mouly.

Cf. Vanwelkenhuyzen, La motivation des revirements de jurisprudence, in Perelman et Foriers, *op. cit.*, 251 ; O. Salvat, *Th. Paris II*, 1984 (ronéo) ; S. Marguery, *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *Th. Bordeaux*, 1984 (ronéo). Les revirements sont-ils rétroactifs ? Mouly, *J.C.P.*, 94, 1, 3776 ; Bonneau, *D.* 95, chr. 24 ; Bolze, La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé, *Dr. pros.*, 97 (3), 855.

d) *Statistique*. — En 1998, à la Cour de cassation, les 3 Chambres civiles, la Chambre commerciale et la Chambre sociale ont au total jugé 19 815 affaires. Soit, pour chacune des 5 Chambres, respectivement : 2 033, 1 476, 2 001, 2 140, 6 111 arrêts (outre 6 030 ordonnances du Premier président, déchéances, désistements, retraits du rôle). Là-dessus, on dénombrait 8 357 arrêts *de rejet* (rejetant le pourvoi) et 3 854 arrêts *de cassation* (cassant la décision des juges du fond, sans renvoi dans 412 cas), ce qui laissait supposer autant d'erreurs de droit commises par ces juges. Il y avait eu 17 arrêts d'assemblée plénière (dont 9 cassations), 6 de chambre mixte. 36 733 affaires restaient à juger à la veille de 1999. Même si le rejet est partout la solution prépondérante (69 % dans l'ensemble), le pourcentage des cassations est particulièrement élevé dans les deux dernières chambres, peut-être parce que les affaires qui y sont portées ont été traitées à la base par des juges non professionnels (tribunaux de commerce, conseils de prud'hommes). La Cour avait été amenée à donner 13 avis (20 lui avaient été demandés), la plupart concernant des questions de procédure (sur cette technique générale, cf. Revet *et al.*, *L'inflation des avis en droit*, 1998, *supra*, n°s 25, 30).

2 / La doctrine

On entend par *doctrine* les *opinions* émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens. Ou, si l'on a égard au contenant plus qu'au contenu, la doctrine est l'ensemble

des ouvrages juridiques, la *littérature* du droit. Sous les différents *modes d'expression* qu'elle utilise, la doctrine joue un *rôle*, qui soulève d'ailleurs moins de discussions que celui de la jurisprudence.

[150] 1 | LES MODES D'EXPRESSION DE LA DOCTRINE

Les *genres littéraires* du droit civil n'ont pas toujours été les mêmes.

a) Le XIX^e s. a été le siècle des *grands commentateurs* du Code. Le C. Nap. paraît alors contenir tout le droit civil français : il a refoulé dans la pénombre le droit romain et l'Ancien Droit, et il n'a pas encore donné lieu à beaucoup de jurisprudence créatrice. Il ne semble pas que les juristes aient mieux à faire que de l'expliquer et de déduire de ses dispositions des solutions pour les cas non prévus, en prenant constamment pour guides le texte et l'intention du législateur. Le culte du texte de loi et la recherche de l'intention du législateur de 1804 (notamment à travers les travaux préparatoires du C.C.) caractérisent la méthode de l'*Ecole de l'Exégèse*. Cette école nous a laissé des *commentaires* du Code, souvent très développés (20 volumes et plus). La fidélité à la loi s'y marque jusque dans la présentation extérieure : le C.C. y est suivi, sinon toujours article par article (ex. Troplong), du moins dans l'ordre général des textes (ex. Toullier, Demolombe). Seul le *Cours de droit civil* d'Aubry et Rau (4^e éd., 1869), tout en continuant à faire du droit civil une interprétation du Code (dans son esprit comme dans sa lettre), s'évade du cadre légal et revêt une allure synthétique ; aussi bien, c'est le seul ouvrage de cette période qui ait résisté à l'usure du temps et qui ait pu être réédité encore au dernier tiers du XX^e s.

Ne se voulant qu'interprètes, les Exégètes sont ordinairement peu critiques à l'égard du droit positif. Politiquement, ce sont des modérés, satisfaits d'un ordre social qui a trouvé sa constitution permanente, au-dessus de la fluctuation des régimes, dans les institutions de 1804 (famille [sans le divorce, mais avec l'égalité successorale], propriété, contrat). Ils préfèrent ne retenir du Code que ce qu'il y eut en lui de conservation, plutôt que d'esprit nouveau. Cependant, à force de le commenter, ils y accoutumèrent les Français, ils en firent une coutume (l'esprit nouveau y compris).

b) A la fin du XIX^e s., une transformation se produit dans les conceptions doctrinales. L'impulsion est venue du grand ouvrage de

Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899). C'est à la fois une critique de la méthode exégétique et une orientation pour une approche plus « scientifique » du droit. A compter de là, les ouvrages de droit civil ne se présentent plus comme des commentaires ; ils étudient, au lieu de textes, les institutions, et pour en constituer la matière, ils amalgament au code, outre les lois nouvelles (s'il y en a), tous les apports de la jurisprudence. C'est l'importance croissante attribuée à celle-ci qui marque le mieux la césure d'avec la période précédente. Josserand, en appelant son cours, dans les années 30, *Cours de droit civil positif*, sous-entend que la véritable positivité est non pas légale, mais jurisprudentielle. L'engouement pour la (dernière) jurisprudence remplace le culte du texte de loi. Ce qui détermine l'expansion de nouveaux genres littéraires, la *note d'arrêt* et la *chronique de jurisprudence*. La doctrine y gagne un souci de l'actualité, du mouvement, qui pourra la rapprocher du journalisme. Des ouvrages de fond continuent, cependant, à voir le jour, mais Planiol et Ripert qualifient leur grand traité de *Traité pratique*, pour bien affirmer qu'ils s'adressent aux praticiens, plus qu'aux (autres) professeurs. Du coup, les controverses qui, sur un ton toujours académique, avaient animé le XIX^e s. tendent à s'éteindre. Au demeurant, les œuvres, dès qu'elles embrassent l'ensemble du droit civil, deviennent des œuvres collectives, car la complexité accrue du droit, jointe au manque de loisirs, impose la *spécialisation*. Celle-ci explique également l'apparition de traités spéciaux (ex. responsabilité civile) et la multiplication des monographies. Parmi les monographies, les thèses de doctorat occupent une place importante : en réunissant une documentation sur des points très délimités, même quand elles ne les approfondissent pas, elles accomplissent empiriquement une tâche très utile : c'est la recherche scientifique adaptée au droit.

Les auteurs de cette période ne sont pas des techniciens étroits. La critique de la législation et de la jurisprudence n'est jamais absente de ce qu'ils écrivent. S'ils sont encore, dans leur majorité, des modérés, ce n'est plus de la même manière qu'au siècle précédent. Ils veulent concilier les courants antagonistes du siècle : la considération des *intérêts sociaux* et les postulats de l'*humanisme* philosophique (l'éminente dignité de la personne humaine). Ils croient au mouvement du droit et ne demandent qu'à le canaliser dans de sages directions.

Dans cet exposé, naturellement, il n'a pas été question des vivants.

[151] 2 | RÔLE DE LA DOCTRINE

a) *La doctrine n'est certainement pas une source du droit civil.* — Cela signifie non seulement qu'une opinion doctrinale isolée (exprimée, soit pour les besoins de la cause dans une *consultation*, soit abstraitement et d'avance dans un ouvrage) ne s'impose jamais au juge, mais même que celui-ci, sur les points où il existe une doctrine unanime et non contredite (ce que le Moyen Âge appelait *communis opinio doctorum*), n'est pas tenu de la suivre (il ne peut, d'ailleurs, s'il entend s'aligner sur elle, se borner à la citer ; il doit reprendre à son propre compte tout le raisonnement préalable).

b) *Mais la doctrine est une autorité en droit civil*, une inspiratrice pour le juge, un mobile de décision parmi d'autres, auquel il attachera plus ou moins de poids suivant les circonstances (plus à une doctrine concordante qu'à une opinion isolée, plus à une doctrine récente qu'à une ancienne, etc. ; mais rien n'est à rejeter *a priori* : toute opinion tend à devenir du droit). Il est naturel que la doctrine ait, en thèse générale, moins d'autorité auprès des tribunaux que la jurisprudence : celle-ci attire hiérarchiquement à elle les juridictions subordonnées, par la pression (déjà décrite) des voies de recours. Le domaine où la doctrine a le plus d'influence est celui où il n'y a pas encore de jurisprudence formée. Il est advenu, cependant, que des critiques doctrinales persistantes finissent par amener l'abandon de jurisprudences établies.

ÉTAT DES QUESTIONS

[152]

I. — TABLEAU D'ENSEMBLE DE LA DOCTRINE CIVILISTE EN FRANCE

B.G. — Bonnecase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, 2 vol., 1933 ; A. J. Arnaud, *Les juristes face à la société, du XIX^e s. à nos jours*, 1975 ; Atias, *La controverse et l'enseignement du droit, Annales d'histoire des fac. de droit*, 1985, n° 2, p. 110, *La doctrine française de droit privé (1900-1930)*, *Dr. pros.*, 1981, 189, et *Théorie contre arbitraire*, 1987 (spéc. n° 9 s., « Que de théories ! ») ; Trigeaud, *R. hist. Fac. de dr.*, 1988 (7), 210. Plus généralement, v. de la revue *Droits* (20), 1994, le volume « Doctrine et recherche en droit ».

A) *Le XIX^e siècle*

a) Il est dominé par l'Ecole de l'exégèse. Sur cette école, v. Bonnacase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2^e éd., 1924 ; E. Gaudemet, *L'interprétation du C.C. en France*, 1935 ; Husson, *R.T.*, 76, 431 ; Rémy, *Eloge de l'exégèse* (mais ce ne fut pas une école, et elle n'était pas tellement exégétique), *Dr. pros.*, 82-2, 254 ; Dubouchet, *L'Ecole de l'exégèse et la science du droit*, *Dr. pros.*, 86 (2), 209. Pour des vues historiques détaillées sur la doctrine (qui se confond pratiquement avec les Facultés de droit), v. le très riche périodique *Rev. [auparavant Annales] d'histoire des Fac. de dr.*, notamment 1985 (2), 1986 (3), 1987 (5), 1988 (7, « les Fac. de dr. dans les Révolutions françaises »).

Nous citerons ci-dessous les principaux représentants de la doctrine, les plus classiques et les plus orthodoxes, en les classant selon les trois grandes périodes de l'Ecole.

Première période (fondation, 1804-1830).

Merlin (de Douai). Il réédita le *Répertoire* de Guyot (publié à la fin de l'Ancien Régime), en y mettant beaucoup de lui-même (il connaissait à fond l'Ancien Droit, pour l'avoir pratiqué et le droit nouveau, pour avoir contribué, sous la Révolution, à le fonder).

Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, commencé en 1811 et inachevé.

Les juristes de cette période, formés sous l'Ancien Droit, dont les ressources étaient multiformes, ont, dans leur technique, moins de sécheresse que ceux de la période suivante. Ayant à défendre le C.C. contre la Restauration, ils sentent davantage sa signification politique (Toullier débute par un chapitre de philosophie politique, où il défend les droits de l'homme, qu'il appelle significativement les droits de l'homme de la Constitution de 1791). Noter que jusqu'en 1837 leur pouvoir d'interprètes a pu être partiellement affaibli par la concurrence du *référé législatif* (*infra*, n° 159).

Deuxième période (apogée, 1830-1870).

Duranton, il mena à bien le premier grand commentaire (*Cours de droit français suivant le C.C.*, 22 vol., 4^e éd. de 1825 à 1844). On loue sa clarté et son bon sens.

Demolombe (professeur à Caen ; cf. J. Musset, *R.T.*, 95, 85). Il a laissé un cours de C.C. en 31 vol. (encore n'alla-t-il pas plus loin que l'a. 1386 ; Guillouard fut son continuateur). On lui reproche aujourd'hui d'avoir été beaucoup moins concis et précis qu'Aubry et Rau, beaucoup moins rigoureux. Le fait est qu'il multiplie les exceptions et les tempéraments. Mais peut-être est-il ainsi plus près du véritable esprit juridique français, qui n'a rien de géométrique. Il eut, au moins une fois dans sa vie, un élan généreux (élan de jeunesse, sa célèbre théorie de la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état ; cf. t. II).

Aubry et Rau (professeurs à Strasbourg, avant que de devenir, après l'annexion, conseillers à la Cour de cassation, ce qui explique, en partie, leur influence exception-

nelle, et persistante, sur la jurisprudence de cette Cour ; si Demolombe y avait été nommé à leur place, on eût pu imaginer, pour notre droit, une évolution différente). Bons germanistes, la 1^{re} édition de leur *Cours de droit civil* se présentait comme une traduction (cf. cep. *Bull. Soc. hist. protestantisme*, 1979, 68 s.) d'un manuel allemand de droit civil français, par un professeur de Heidelberg, Zachariæ (le C.C. était resté en vigueur dans une partie de l'Allemagne). Les éditions suivantes (notamment la 4^e, 8 vol., 1869-1878) s'affranchirent de cette origine. Néanmoins, il est resté quelque chose de germanique dans l'œuvre d'Aubry et Rau ; le goût des théories (la célèbre théorie du patrimoine est dans Zachariæ), l'esprit catégorique et abstrait (malgré la jurisprudence en notes), le style en formules, d'une admirable précision, mais sans agrément. Une 5^e édition (terminée en 1923, en 12 vol.) est recherchée pour les notes de Bartin (à partir du tome VI) ; la 6^e édition avait été refondue de façon très personnelle par Paul Esmein ; une 7^e édition a été dirigée par A. Ponsard (citées Bartin, Esmein, Ponsard sur Aubry et Rau).

Troisième période (1870-1890).

Elle présente peu d'originalité par rapport à la précédente. La clarté du *Précis de droit civil* de Baudry-Lacantinerie (1882) lui valut chez les étudiants une large audience qui dura jusqu'au début du siècle suivant. Mais l'auteur (1837-1905) mérite davantage d'être connu par le *Traité théorique et pratique de droit civil*, publié sous son nom et sa direction à partir de 1895. Abstraction faite de son contenu, le *Traité* a été un événement : l'exposé complet du droit civil est devenu une entreprise ouvertement collective ; à l'intérieur du droit civil, une spécialisation des auteurs s'est imposée.

Dans l'ensemble, les Exégètes sont de purs techniciens, peu perméables aux courants sentimentaux de leur siècle (la fille-mère, l'enfant naturel, la question du divorce, le pauvre débiteur ; toutes les réformes un peu romantiques se feront en dehors d'eux). Ce n'est pas qu'ils n'aient le progrès. Mais, à leurs yeux, il avait été accompli par le C. Nap. (abolition de la féodalité, égalité des personnes, division de la propriété), et pour un temps assez long, il n'était plus besoin que de le défendre. Cela dit, chaque juriste (professeur ou avocat sorti du rang) pouvait, sur chaque article du Code, avoir ses idées personnelles ou les idées de ses consultants, au gré de ses humeurs ou de leurs intérêts (cf. sur le seul a. 1137 la multiplicité des opinions relevées par Desrayaud, *R.T.*, 93, 535, ainsi que l'article de Jamin, *R.T.*, 94, 815, sur « les oubliés du XIX^e s. »). A l'instar des constellations qui sont créées par les astronomes, les écoles de pensée sont une création des historiens — ici, des exégètes de l'Exégèse. Une impression d'ensemble, toutefois, celle de l'inspecteur général Giraud (*in* Laquière, *R. hist. Fac. dr.*, 1989 (9), 29). Il notait en 1855 : « La méthode exégétique domine dans la Faculté de Paris. » Il entendait par là l'étude sérieuse des textes. Nous sommes tous des exégètes.

b) *Quelques dissidents.*

1^o *Politiquement dissident*, Acolas, tout seul pour représenter cette gauche qui a visiblement manqué à l'école française du XIX^e s. Au fond, c'est un radical conséquent, mais ce n'est qu'un radical, et son programme est bien dépassé. Cependant, la Commune le nomma doyen de la Faculté de Paris, et quoiqu'il eût eu la prudence de ne pas rejoindre son poste, l'incident ne lui fit pas de réclame dans le monde des juristes. C'est dommage, car son *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du C. Nap.* (2^e éd., 4 vol., 1874-1875) est, du simple point de vue didactique, fort remarquable.

2° *Techniquement dissident*, Troplong. Son *cursus honorum* (il fut premier président de la Cour de cassation et président du Sénat sous le Second Empire) le ferait facilement prendre pour un conformiste, et son *Droit civil expliqué suivant les articles du Code* (27 vol. faisant suite à l'ouvrage de Toullier) est aussi exégétique que possible en la forme. Mais, en profondeur, ce fut tout l'opposé d'un Exégète. Ses *Préfaces* sont empreintes d'esprit historique, voire sociologique (cf. cep. Rémy, *R. hist. fac. dr.*, 98, 161). Les contradictions nombreuses qui lui ont été reprochées venaient de ce qu'il ne concevait pas le droit comme un absolu, mais comme quelque chose d'essentiellement relatif. Son imagination, également imputée à faute, lui a fait souvent pénétrer l'avenir (ex. il reconnaissait au locataire ou fermier un droit *réel* sur les lieux loués, ce que tend à faire la législation actuelle ; cf. t. III). Sainte-Beuve, qui s'y connaissait, faisait plus de cas de Troplong que les juristes.

3° Tout à fait *à part* mais éphémère, le groupe de La Thémis, cf. Bonnet, *La science du droit privé en France au début du XIX^e s.*, « la Thémis », 2^e éd., 1924. Cette revue (1819-1831) proposait une conception du droit civil qui allait bien au-delà de l'exégèse et faisait appel à toutes les ressources des sciences historiques, philosophiques, politiques et économiques. Sur un de ses animateurs, Warnkoenig, cf. Daute-ribes, *R. hist. Fac. dr.*, 1992 (13), 159. Le titre de la présente collection peut être entendu comme une invocation à la *Thémis* du siècle dernier.

B) Le XX^e siècle

a) Il n'est pas absurde d'y souder les *dix dernières années du XIX^e s.*, car ces années-là, particulièrement fécondes en matière juridique (et des deux côtés du Rhin, circonstance notable) ont été le creuset où se sont formées des méthodes et des idées qui allaient imprégner le siècle suivant. Dès 1920, on évoquait une école *moderne* du droit civil, voire l'école *scientifique* (non sans arrogance, comme si l'école de l'exégèse n'avait pas été scientifique à sa manière).

Le programme de cette école nouvelle devait être — doit être encore — cherché dans les grands ouvrages méthodologiques de François Gény (1861-1959, le doyen de Nancy) : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, et *Science et technique en droit privé positif* (1915-1924). Après Gény, les méthodes de l'Ecole de l'Exégèse furent discréditées, et on cessa de les appliquer du moins au C.C. de 1804. On retint son idée qu'il y a des limites aux possibilités de l'interprétation, et que, ces limites atteintes, c'est une autre sorte de travail qui s'impose, la libre recherche scientifique. Seulement, qui sera chargé de cette recherche ? Pour la plupart de ceux qui répudiaient désormais l'Ecole de l'Exégèse, nul doute, ce ne pouvait être, à titre principal, que la jurisprudence. Telle ne devait pas être, pourtant, la pensée de Gény, car il niait que la jurisprudence fût une source autonome de droit : elle n'était, à ses yeux, que transparence de la loi ou création d'une coutume. La recherche du droit, pour lui, incombait avant tout à la doctrine. L'immense mérite des ouvrages de Gény est d'avoir appelé l'attention de la doctrine sur l'importance de son métier, l'importance et la liberté. Dans la formule consacrée de *libre recherche scientifique*, plutôt que sur « scientifique » (ce qui fait rire les hommes de science, à commencer par les astronomes), c'est sur « libre » qu'il faudrait mettre l'accent. Cf. Tanzi, *F. Geny, tra scienza del diritto e giu-*

risprudenza, Turin, 1990 ; Grossi *et al.*, F. G. e la cultura giuridica del Novecento, *Quaderni fiorentini* (20), 1991.

Très proche de Gény, Raymond Saleilles avait suggéré de nouvelles voies (v. J.-H. Robert, *R. hist. Fac. dr.*, 91, 143) : dégager les aspects sociaux des institutions techniques, écouter les leçons du droit comparé (du B.G.B. surtout, en préparation intense).

A l'école nouvelle, Marcel Planiol (1853-1931) donnera l'ouvrage d'enseignement qu'il fallait, le *Traité élémentaire de droit civil* (1^{re} éd. en 3 vol., 1999). Le livre est remarquable par son esprit historique ; par son scepticisme aussi à l'égard des nouveautés législatives et jurisprudentielles qu'il voit grossir autour de lui. Ce scepticisme sera une marque récurrente de la doctrine française. On ne le rencontrait pas chez les exégètes : ils avaient la conviction d'être modernes, puisqu'ils faisaient corps avec le C.C. qui l'avait été. Sous le titre de *Traité élémentaire de Planiol*, mais fortement remanié par Ripert et Boulanger, l'ouvrage était encore réédité en 1956-1959 (4 vol.).

b) La doctrine de la *première moitié du siècle* trouve une unité apparente en ce qu'elle colle de moins en moins au C.C. et de plus en plus à la jurisprudence. Mais, tirant des leçons de la dernière décennie, elle applique aussi au droit un esprit de recherche qui ouvre à chaque auteur une grande liberté. Si bien qu'il devient impossible de supposer des écoles en droit civil, fussent-elles inconscientes (il en était autrement en droit public, Dugué et Hauriou en sont témoins).

Deux civilistes, cependant, peuvent se réunir pour écrire un livre, même s'ils ne sont pas d'accord sur tout et s'en expliquent — tels Ambroise Colin et Henri Capitant, sur le divorce. Leur *Cours élémentaire de droit civil* (souvent réédité depuis 1914 et plus tard remanié par Léon Julliot De La Morandière) était, par la modération et l'élégance, un modèle de classicisme (cf. Jamin, *Mélanges Terré*, 1999 : Henri Capitant en dialogue avec René Demogue (qui était beaucoup plus novateur). Mais c'est d'une autre manière qu'Henri Capitant (1865-1937) s'est inscrit dans la mémoire du droit. Au lendemain de la victoire (déjà fragile) de 1918, la conviction se noua en lui qu'il existait une *culture juridique française*, qu'elle avait une identité, et que celle-ci devait être défendue contre des périls scientifiques dont le moindre n'était pas le cosmopolitisme réducteur nécessairement inhérent au droit comparé. Il fonda en 1935 l'*Association* qui porte son nom : elle a été depuis lors le moteur de colloques entre Amis, français et étrangers, de la culture juridique française, donnant lieu à une collection impressionnante de *Travaux*.

En contraste, Louis Josserand fut un solitaire. En intitulant son ouvrage d'enseignement *Cours de droit civil positif*, il avait affiché son intention de détacher le droit civil de l'histoire, et même des textes de loi, pour le ramener à son application effective par les tribunaux. Ce n'était qu'à demi sociologique : la vie du droit ne se condense pas dans le contentieux. N'empêche que ce réalisme avait suffi à le faire classer « plutôt à gauche » (légèrement, comme il sied au droit). Et il avait confirmé cette position, en faisant l'éloge en 1927, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, d'un certain relativisme — que l'on pouvait dire socialisant — dans le maniement des droits subjectifs (du droit de propriété, par la théorie de l'abus). Plus sérieusement, l'histoire se rappellera la fidélité avec laquelle il soutint — même à la Cour de cassation, où il avait été nommé en 1936 — la notion de risque dans la responsabilité. Cf. D. Fenouillet, *R. hist. fac. dr.*, 96 (17), 27.

René Savatier aussi (1892-1984), dès les débuts controversés de la responsabilité du fait des choses, avait été un partisan déclaré de la théorie du risque. Et assurément la signification sociale du choix à faire n'avait pas été étrangère à sa décision. Il était catholique social, humaniste chrétien, des caractères qui se rejoignaient dans le personnalisme de l'époque (cf. *supra*, n° 49 d). Il y avait bien d'autres personnalistes dans la classe juridique. Mais ce qui n'était qu'à René Savatier, c'était une constante d'énergie morale qui l'avait déterminé à ne penser le droit que comme n'étant lui-même que mouvement et action ordonnés à une finalité transcendante. Annotateur d'arrêts — et il le fut infatigablement (D. 70, chr. 137) —, il avait besoin de sentir l'espèce s'agiter entre ses mains. Commentateur des lois, il les voyait en métamorphoses incessantes (cf. *supra*, n° 80).

Georges Ripert (1880-1958) a pu être regardé comme l'antithèse de René Savatier, malgré bien des traits qu'ils avaient en commun, le brillant et le brio, l'art des métaphores, la multiplicité des intérêts. Mais Ripert était individualiste foncièrement, nullement social. Son ouvrage sur le *Régime démocratique*, en 1937, suggérait l'idée — Renan l'avait eue déjà — que le droit, s'il était confié à l'Académie des sciences morales, serait plus en sûreté que livré au suffrage universel. Dix ans auparavant, il est vrai, il avait audacieusement remis en question la séparation classique du droit et de la morale (*supra*, n° 16) ; mais la morale qu'il avait exaltée, nominalement chrétienne, était des plus traditionnelles, certains diront bourgeoises. Par derrière, on ne pouvait se tenir de soupçonner un fond de scepticisme, comme d'un observateur trop détaché. L'après-guerre aurait pu n'être chez lui que la réaction pessimiste d'un juriste meurtri par la politique, et certes le *Déclin du droit* (1949) est un peu cela, un réquisitoire à l'ironie assez facile. Mais les *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946, et surtout les *Forces créatrices du droit*, 1955, ont donné à l'œuvre d'une vie sa dimension finale, inattendue : c'est une sociologie profonde, que les sociologues de profession ont trop ignorée.

A qui cherche l'exemple d'un clivage — pacifique et spontané — au sein de la classe juridique, on peut citer le cas de Julien Bonnecase, professeur à Bordeaux (cf. Brèthe de La Gressaye, *Mélanges Laborde-Lacoste*, 1963, 53, et *R.T.*, 75, 660). Il avait accepté d'écrire (1924-1935) un *Supplément au Traité* de Baudry-Lacantinerie, et assez paradoxalement, il y avait pris le contre-pied, en méthode et en esprit, de l'ouvrage originaire. Outre son rôle de précurseur comme historien de la pensée juridique du XIX^e s. (*L'Ecole de l'Exégèse, la Thémis*), il fut un analyste pénétrant de beaucoup de notions techniques (ex. copropriété/indivision, créance à gage spécialisé), car il avait de l'imagination dans une discipline où cette qualité n'est pas toujours prisée. Le fait est qu'il fut tenu à distance par ce que d'autres auraient appelé « l'établissement ».

Deux grands traités ont donné à la doctrine de cette période une expression à la fois collective, donc diverse, et synthétique :

— Planiol et Ripert (remarque caustique à l'apparition, ils ont donné leurs noms à l'œuvre et n'y ont pas écrit une ligne), *Traité pratique de droit civil*, 14 vol., 1925-1934. Ex. t. I, *Les personnes*, par Savatier ; t. II, *La famille*, par Rouast ; t. VI, *Les obligations*, par Paul Esmein. Le mot *pratique* soulignait l'intérêt porté à la source jurisprudentielle, en même temps qu'à la clientèle du Palais (autre observation acide, l'âme du vieux Baudry survit dans le Ripert). Une 2^e édition a été menée à bien en 1952-1960. Mais, depuis lors, les changements survenus dans les lois et les arrêts ont rendu plusieurs volumes peu utilisables, dont la réédition est problématique.

— Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, 14 vol., 1934 s. Ex. *Introduction*, t. I, par Béquignon-Lagarde, t. II, *L'état et la capacité des personnes*, par H. Batiffol. L'ouvrage est moins tourné vers la pratique. Ce qui s'explique en ce qu'il devait être, à l'origine, le développement d'un cours, très libéré de l'exégèse, qu'avait professé Charles Beudant (père de Robert). Or, Charles Beudant (1829-1895) était un esprit éminemment philosophique, célèbre en 1897 pour un livre au titre évocateur, *Le droit individuel et l'Etat*.

c) Quant à la *seconde moitié du siècle*, de peur d'y remonter des vivants, nous nous bornerons à un aperçu impersonnel des principaux organes par lesquels s'exprime la doctrine.

1° Les périodiques :

— *Recueils de jurisprudence* (cf. *supra*, n° 145 b), étant observé que les recueils privés ont une partie doctrinale, en forme soit de notes d'arrêt, soit de chroniques ou articles de fond, et qu'aujourd'hui, si plusieurs sont restés *généralistes*, il en est qui se sont spécialisés suivant une matière.

— *Les revues à prédominance doctrinale*. Il convient de faire ici une observation inverse de la précédente : beaucoup de ces revues ont comporté très tôt des chroniques de jurisprudence. Nous citerons (cf. Wiederkehr, *La culture des revues juridiques françaises*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 29, Milan, 1988) :

- *Revue trimestrielle de droit civil (R.T.)*, fondée en 1902, actuellement la revue principale pour le droit civil ;
- *Revue internationale de droit comparé (R.I.D.C.)* : c'est l'organe de la Société de législation comparée, fondée en 1869, statuts renouvelés en 1995 ;
- *Droits*, revue française de théorie juridique, depuis 1985 ;
- *Revue de la recherche juridique (R.R.J.)* ou *Droit prospectif*, Aix, depuis 1976 ;
- *Droit et société*, revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, depuis 1985 (surtout importante pour la sociologie).

2° Les répertoires (avec des mises à jour) :

- *Répertoire de droit civil* de l'Encyclopédie juridique Dalloz, 10 vol.
- *Répertoire des jurisprudences*.

N.B. — Sur l'enseignement du droit civil à la fin du XX^e s. (ce qui est quelque peu différent de la doctrine), v. *Libre propos*, *R.T.*, 98, 285-314, enquête intéressante. Les étudiants y manquent, mais c'est que beaucoup s'envolent chaque année.

3° Les Mélanges :

C'est un usage universitaire qui nous est venu d'Allemagne (*Festschrift*) et s'est beaucoup répandu depuis cinquante ans. Au maître qui s'efface par la retraite ou la mort, ses collègues, ses disciples font hommage d'un volume d'articles exceptionnels. Souvent répertoriés sous les patronymes de ceux à qui ils sont dédiés, ces recueils de *Mélanges* ne laissent pas toujours deviner la variété des trésors qu'ils cachent.

[153]

II. — RÔLE DE LA DOCTRINE

B.G. — Sur le rôle très particulier de la doctrine en droit romain, où elle fut une véritable source du droit, Monier, I, n°s 69 s. Pour l'Ancien Droit, Merlin, *Rép.*, V° Autorités, VII. Cf. Boyé, *Arch.*, 1961, 211. Aujourd'hui, Brédin, *Mélanges Hébraud*, 1981, 111 ; Atias, *J.C.P.*, 80, 1, 2999 ; Géraud de La Pradelle et S. Vaisse, Evaluer la doctrine, *R.T.*, 96, 313 ; Boudot, *Le dogme de la solution unique, contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, Th. Aix (ronéo), 1999 ; — L'ouvrage collectif, publié en 1993 sous l'égide de l'Université de Picardie (C.U.R.A.P.P.), *La doctrine juridique*, à lire tout entier, doit être mis à part pour l'acuité de ses analyses historiques, sociologiques et peut-être politiques (cf. aussi, *infra*, n° 158) ; plus spécialement, sur les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, *Travaux Assoc. Capitain* (XXXI), 1980. — Ce que nous appelons *doctrine* s'entend historiquement et comparativement de choses très différentes. C'est tantôt un élément statique (forme de la coutume, tradition), tantôt un élément dynamique (invention, création juridique) dans la formation du droit. Il est possible que la doctrine ait été, en droit romain, tour à tour dynamique et statique (statique dans le tombeau du Digeste, ce « morceaux choisis » de jurisconsultes). En droit français contemporain, nous la concevons essentiellement comme créatrice (d'où la règle pratique qui donne la préférence aux auteurs du XX^e s. sur ceux du XIX^e). La conception opposée se reflète dans une règle de bienséance dont on trouverait les traces un peu partout (ex. *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, David, Gutteridge et Wortley, *op. cit.*, p. 168 ; en France même, usages du concours d'agrégation des Facultés de Droit) : qu'il ne convient pas de citer un auteur vivant. Le droit musulman en propose cette raison que, tant qu'un juriste n'est pas mort, on n'est pas sûr qu'il ne changera pas d'avis. Cependant, le motif profond, c'est la valeur particulière attachée à ce qui est contenu dans une écriture ancienne, détachée des corruptions du temps présent (cf. dans le droit des preuves, a. 1335-2°, *in fine*).

Pour notre seconde moitié du XX^e s., le phénomène le plus certain, dont on n'a pourtant pas assez mesuré les conséquences, est un phénomène démographique : la progression (géométrique) du contingent qui sort chaque année des facultés de droit. Porté à un certain degré, le quantitatif modifie le qualitatif. Sans doute, de ce contingent, ce n'est qu'une partie qui sera active dans le fonctionnement du système juridique, en plaçant, consultant, jugeant, enseignant. Il reste qu'elle est beaucoup plus nombreuse (10 fois plus ?) qu'il y a cent ans. On pourra discuter du sens de la causalité, et se demander s'il nous a fallu une plus dense communauté de juristes parce que la société sécrétait plus de lois et de procès, ou l'inverse. Ce qui est clair, c'est que, tant d'intelligences concourant à la production du droit, le droit ne peut plus être simple et cohérent.

Outre les conséquences inhérentes à tout phénomène d'inflation : en multipliant ses voix, la doctrine enlève à chacune une part de sa valeur et ruine de surcroît par ses contradictions son autorité collective (cf., signalant cette perte d'influence en droit international public où l'autorité des auteurs était une tradition, A. Oraison, *Dr. pros.*, 98 [4], 1375, et 89 [2], 383). Non sans des effets pervers au second degré : le juriste, se résignant à ne plus participer à l'autorité collective de la doctrine, choisit de mettre sa compétence individuelle, en tant que consultant plus ou moins intégré, au service

[154]

d'intérêts particuliers. Et le prince accepte ce compromis qui lui permet de faire des économies sur l'entretien du corps critique de juristes indépendants, relié de toute antiquité à l'enseignement du droit.

3 / La méthode de la jurisprudence et de la doctrine

Pour remplir leur mission et résoudre les questions de droit qui leur sont soumises, la jurisprudence et la doctrine ont besoin d'une *méthode* (méthode d'*interprétation* au sens large). Si les *principes* de cette méthode sont vivement discutés, les *règles pratiques* le sont moins.

1 | PRINCIPES

D'UNE MÉTHODE D'INTERPRÉTATION

Il est une méthode classique, celle qu'ont suivie les grands commentateurs du C. Nap. au XIX^e s., mais aussi celle à laquelle, aujourd'hui encore, dans un premier temps, ne manquent pas de recourir les juristes et les juges en présence d'une loi nouvelle. C'est la *méthode exégétique* : on lui oppose des *méthodes* que l'on dit *modernes* parce qu'elles s'évadent de la méthode classique par plus ou moins de traits.

[154] ► La méthode exégétique

L'exégèse fait tout de suite penser à la *lettre* de la loi. De fait, pour tout être raisonnable qui ne soit pas illettré, la lecture littérale d'un message est porteuse d'un sens immédiat. Aussi le mot-à-mot du texte est-il une donnée de base dans toutes les méthodes d'interprétation, un butoir devant lequel il leur faut toujours revenir. Mais beaucoup auront essayé d'aller plus loin.

Ce n'est pas, en effet, comme on serait tenté de le supposer, le littéralisme, mais bien plutôt le psychologisme, qui caractérise la méthode exégétique, telle que la pratiquait, au XIX^e s., l'« Ecole de l'Exégèse », telle que la pratiquent, à l'heure actuelle, les commentateurs de nos lois. Sans doute, au départ, il y a bien le culte du *texte* de loi. Mais ce

texte ne doit pas être lu comme le rouleau de parchemin que déchiffre l'orientaliste. Une interprétation littérale et grammaticale n'atteindrait pas sa nature, car c'est une déclaration, une manifestation de volonté. La loi parle : Qu'est-ce qu'elle *veut* dire ? Elle ? entendons : le législateur. L'interprétation de la loi n'est pas, dès lors, différente de celle d'un testament, par ex., manifestation de la volonté du mort. Par-delà le texte, c'est *l'intention du législateur* que l'interprète (le juge, le jurisconsulte) doit rechercher (cf. a. 1156).

Cette intention devra d'abord être recherchée dans les *travaux préparatoires* (exposé des motifs, rapports, débats parlementaires, où elle a dû s'exprimer. Dans cet ensemble — parfois cet amas — de documents écrits, tout ne saurait avoir la même valeur. L'intention du législateur a le plus de chances de se trouver dans les écrits émanant de celui ou de ceux qui ont eu en personne l'initiative du projet. Des inflexions peuvent déjà se produire chez les rapporteurs des assemblées parlementaires, et leurs rapports peuvent diverger entre eux. Quant aux débats dans l'une et l'autre chambre, plus ils auront été animés, plus grand est le risque qu'ils fassent émerger des opinions purement individuelles et même moins que cela, des impressions de séance très fugitives. Si décidément il apparaît impossible de dégager du corpus législatif la colonne vertébrale d'une volonté, l'interprète n'hésitera pas à opérer par *conjecture*, se rabattant de la vérité sur la vraisemblance, comme il arrive aux historiens (n'est-il pas historien lui-même ?). Plusieurs moyens s'offrent à lui :

- Rechercher *l'esprit* de la loi est un procédé bien connu. De longue date, la lettre et l'esprit ont formé couple, mais aussi antithèse. La lettre tue, mais l'esprit vivifie, disait déjà Paul l'apôtre (2 Cor. : 3, 6), répétant sans doute une maxime du droit des contrats, qui s'était imposée depuis que l'écriture avait été inventée et qu'il y avait eu des escrocs pour s'en servir. L'esprit de la loi est quelque chose de plus vague que l'intention du législateur : celle-ci aurait été précise si l'on avait pu la découvrir, tandis que l'esprit flotte autour du texte et semble ne pouvoir être saisi que par intuition. Sa mission est de guider les interprètes, non pas de leur dicter des traductions.
- *L'appréciation des conséquences* auxquelles conduirait chacune des interprétations en conflit, car le législateur n'a pas dû vouloir des conséquences absurdes ou socialement nuisibles.
- *La présomption en faveur du dernier état du droit antérieur*. C'est une recette que les premiers exégètes ont utilisée assez fréquem-

ment : une disposition étant obscure par hypothèse, il était raisonnable de supposer que le législateur du C. Nap. n'avait pas ignoré les solutions qui étaient couramment données sur le sujet à la fin de l'Ancien Droit (données notamment par Donat ou Pothier ; cf. *supra*, n° 71) et que, ne les ayant pas expressément contredites, il se les était appropriées mentalement. On peut trouver étrange que soit ainsi privilégiée une stagnation du droit. Mais il faut avoir égard aux contraintes pratiques qui s'imposent aux rédacteurs dans toute entreprise de codification ou plus généralement, même aujourd'hui, dans tout travail d'envergure, portant réforme d'un pan entier du droit. Pour quelques articles novateurs, voire révolutionnaires, il en est une foule qui ne demandent qu'à être reconduits. C'est sur cette *pars translaticia* que la continuité de l'interprétation est un procédé légitime.

Bref, le propre de cette méthode est de placer l'interprète dans un dialogue constant avec un interlocuteur invisible, peu bavard, mais présumé raisonnable.

[155] ► *Les méthodes modernes*

Dans ces méthodes, on est d'accord pour critiquer la méthode classique, en soulignant combien la notion de l'intention du législateur est incertaine, incertaine aussi l'utilisation des travaux préparatoires. Mais on ne s'entend plus sur ce qu'il convient d'y substituer. Divers systèmes se proposent.

a) *Méthode téléologique* (par les finalités du texte). — 1° *Version du début du siècle* : la portée d'une loi doit se déterminer à l'aide de deux éléments, la formule littérale du texte et le *but social* poursuivi lors de son élaboration (ce qui est quelque chose de moins subjectif, de moins personnalisé que l'intention du législateur). La formule littérale est l'élément fixe (en aucun cas, on ne pourra faire dire à un texte l'opposé de ce qu'il disait primitivement) ; le but social est l'élément mobile, car un même but peut être réalisé par des moyens différents, auxquels le législateur avait pu ne pas songer. 2° *Version contemporaine* : de l'*objectif* que s'est donné le texte peut être tiré un principe d'interprétation qui se suffit à lui-même.

b) *Méthode historique*, mais il vaudrait mieux dire *évolutive*, pour éviter une confusion avec la recherche du dernier état de l'Ancien Droit, qui, au XIX^e s., était également qualifiée de méthode historique. — Sui-

vant la méthode évolutive, l'interprète a le droit d'adapter librement le texte aux nécessités sociales de son époque. Il doit rechercher ce que serait la pensée des auteurs de la loi s'ils avaient à légiférer aujourd'hui. Ce qui importe pour l'interprétation du C.C., ce n'est pas l'intention du législateur de 1804, mais celle d'un législateur supposé de 1999. Un même texte pourra donc recevoir des sens variables suivant les moments de son application, et même un sens opposé à sa formule littérale.

c) *Méthode structuraliste*. — On ferme la porte à l'histoire et l'on retourne au texte. Mais au texte considéré comme un ensemble. Ce que la méthode traditionnelle cherchait dans l'intention subjective des auteurs ou même dans l'esprit général de la loi, notions flottantes, la méthode moderne pense le découvrir dans la structure rigide du texte. La fréquence d'emploi d'un vocable, la liaison entre deux termes, l'arrangement des mots et des phrases, la symétrie ou dissymétrie des dispositions, peuvent révéler un sens : la structure recèle et révèle l'intention du système (cf. *supra*, n° 105).

d) *Libre recherche scientifique*. — Un texte ne peut être dilaté par interprétation à l'infini ; à partir d'un certain point, il faut savoir reconnaître qu'il n'y a plus de loi que l'on puisse interpréter, mais un vide de la loi qu'il y a lieu de combler. On passe de l'interprétation à la libre recherche scientifique. Le juge (ou le jurisconsulte) doit élaborer une solution, comme s'il avait à faire œuvre de législateur, en s'aidant de toutes les données, historiques, utilitaires, rationnelles, sentimentales, d'où peut naître une règle de droit.

2 | RÈGLES PRATIQUES D'INTERPRÉTATION

Il y a là un certain nombre de *recettes* empiriques, traditionnelles, *procédés* et *maximes* d'interprétation (au sens large), constamment utilisés par les interprètes classiques du siècle dernier et se reliant, plus ou moins facilement, à l'idée fondamentale que la loi est une volonté raisonnable. Quoique plusieurs de ces recettes aient pu être remises en question dans l'interprétation moderne, on continue à s'en servir pratiquement. Aussi est-il bon de se faire une idée, au moins, des principales :

[156] ► *Procédés d'interprétation*

a) *Analogie ou extension analogique*. — En un sens, c'est plus qu'une interprétation, puisqu'il s'agit d'étendre la loi à des matières ou à des cas qu'elle n'a pas prévus, ce qui implique un passage du connu

à l'inconnu. De ce que la loi a statué pour une situation, on déduit qu'elle est applicable aux situations semblables. C'est un peu la métaphore du droit. Ex. de ce que l'annulation du mariage *ressemble* au divorce, nous concluons par analogie, que l'a. 270, écrit pour le divorce, peut être transporté à l'annulation du mariage. On pourrait objecter que comparaison n'est pas raison. Mais il n'en est ainsi que si la comparaison est intuitive. Si elle s'appuie sur une similitude de raison d'être (*ratio legis*) entre la règle existante et la solution à introduire, il est vrai de dire que les mêmes causes doivent produire les mêmes effets (*ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*). C'est l'argument *a pari*.

b) *Argument a contrario*. — Quand le texte dit quelque chose, il est censé en nier le contraire (*qui dicit de uno negat de altero*) ; quand un objet est inclus dans une disposition de la loi, son contraire en est exclu (*inclusionem unius fit exclusio alterius*). Ex. l'a. 6 dispose que l'on ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois d'ordre public. On est en droit de renverser la proposition : on peut déroger par des conventions particulières aux lois qui ne sont pas d'ordre public. Mais c'est que, dans cet exemple, on est parti d'une disposition exceptionnelle (les limitations de l'ordre public) pour retourner à un principe (la liberté contractuelle). L'argument *a contrario*, est-il classique d'observer, n'est concluant qu'à cette condition-là. Autrement, il peut être dangereux. Ex. de ce que, dans l'a. 102, il était écrit : le domicile de tout Français est au lieu..., on avait conclu, au siècle dernier, que les étrangers n'avaient pas de domicile.

c) *Argument a fortiori*. — C'est celui par lequel on étend une loi à un cas non prévu parce que les motifs en vue desquels elle a statué s'y retrouvent avec plus de force encore. Ex. l'a. 1578, al. 3. impose aux époux, dans le régime de participation aux acquêts, une obligation d'information réciproque ; à plus forte raison cette obligation doit-elle être admise dans le régime de communauté, qui est une société véritable.

d) *Recherche du fondement d'une règle ou de la nature juridique d'une institution*. — D'une analyse théorique l'interprète déduit des conséquences pratiques. Ainsi, selon l'a. 1179, la condition accomplie a des effets rétroactifs. Quelle est la raison d'être de la règle, son fondement ? On peut répondre : il n'y avait pas du tout d'obligation avant l'accomplissement de la condition (arg. a. 2257) ; donc, l'a. 1179 est une violence faite à la réalité, une décision arbitraire, une fiction. Mais on peut proposer une autre explication : il existait déjà un germe de créance (arg. a. 1180), que l'arrivée de la condition ne fait que

consolider. Le premier fondement commandera une interprétation restrictive, dont le second nous libérera. Autre ex. : l'a. 1094 a prévu un type de donations entre époux, la donation de biens à venir. Faite pendant le mariage, cette donation est révocable (a. 1096), ce qui la fait ressembler au testament, mais elle requiert l'accord de volontés des époux, en quoi elle paraît se rattacher à la donation qui est un contrat. Suivant que l'on retiendra l'une ou l'autre *qualification*, suivant que l'on attribuera à l'opération l'une ou l'autre nature, on obtiendra (ainsi, sur l'a. 513) des résultats opposés. La nature juridique commande le régime de l'institution.

[157] ► *Maximes d'interprétation*

a) *Les exceptions sont d'interprétation stricte* (exceptio est strictissimae interpretationis). — Il est des exceptions formelles (annoncées par des expressions telles que « toutefois », « néanmoins », ex. a. 280-1, 312). Il en est d'autres qui sont virtuelles, découlant de la nature de la disposition (qui établit par ex. un privilège, une incapacité, une déchéance ou pénalité civile, car le droit commun est égalité, capacité, liberté). La maxime signifie d'abord que les exceptions admises par la loi doivent être renfermées dans leurs termes littéraux, et aussi que l'interprète n'a pas le pouvoir d'admettre des exceptions (des privilèges, des incapacités, des pénalités) sans texte. Il s'en faut de beaucoup, d'ailleurs, que la jurisprudence ait toujours suivi fidèlement cette direction. C'est que les dispositions prétendues exceptionnelles peuvent parfois être comprises comme les applications fragmentaires d'un principe contraire sous-entendu. Ex. l'a. 2251 présente les causes légales de suspension de la prescription comme faisant *exception* (au principe que le temps est le même pour tout le monde). La Cour de cassation n'en admet pas moins sans texte que la prescription est suspendue par l'impossibilité d'agir (cf. t. III, n° 194) : c'est qu'elle regarde cette impossibilité comme la notion générale sous-jacente aux exceptions prévues par la loi.

b) *Il nous est défendu de distinguer là où la loi ne distingue pas* (Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus). — L'interprète n'a pas le pouvoir de restreindre l'application d'une loi conçue en termes généraux. Ex. l'a. 457 exige une autorisation du conseil de famille pour l'aliénation des immeubles du mineur ; on ne saurait y introduire cette distinction, que les immeubles de faible valeur peuvent être aliénés sans autorisation.

c) *La loi cesse là où cessent ses motifs* (cessante ratione legis, cessat ejus dispositio). — Elle ne doit pas être appliquée à des situations qui, tout en paraissant incluses dans sa lettre, se trouvent exclues de son esprit. Cette maxime pourrait sembler contredire les précédentes. Elle se conciliera avec elles si on limite sa portée aux hypothèses où l'opposition entre la lettre et l'esprit est manifeste, où le dépassement du but serait évident. Ainsi, l'a. 1325 exige que l'écrit destiné à prouver un contrat synallagmatique, c'est-à-dire un contrat (tel que le contrat de vente) faisant naître des obligations à la charge de chacune des parties (a. 1102), soit rédigé en deux exemplaires originaux (cf. t. IV, n° 97). S'il y avait un seul original, en effet, celui des contractants qui l'aurait en sa possession serait dans une position de force dont il pourrait abuser. Mais supposons que l'original unique soit remis à un tiers jouissant de la confiance des deux intéressés : la formalité du double n'a plus sa raison d'être, et les tribunaux décident que l'on peut alors s'en dispenser.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Sur le conflit des méthodes, littérature immense, en France et à l'étranger (ex. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, 1955 ; M. Van de Kerckove et autres, *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1978 (tout y mérite la plus grande attention) ; cf. Atias, D. 83, chr. 145). L'ouvrage essentiel (par son influence qui persiste depuis un siècle) reste celui de Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899. Sur la philosophie de l'interprétation, v. L'interprétation dans le droit, *Arch.*, 1972 ; D. Bourcier et al., *Lire le droit, langue, texte, cognition*, 1992, et des mêmes, à l'envers, mais on écrit pour être lu, *L'écriture du droit... face aux technologies de l'information*, 1996 ; Paychère et al., *La découverte du sens en droit*, 1992 (y compris par la lettre et l'esprit) ; Amselek et al., *Interprétation et loi*, Bruxelles-Aix, 1995. Sur les règles pratiques, v. Ponsard sur Aubry et Rau, I, n°s 169 s. Cf. Souriaux et Lerat, *L'analyse de texte*, 1980.

Beaucoup de nos principes et de nos recettes viennent du Digeste, 1, 3 (*de legibus*) et 4 (*de constitutionibus principum*). Cf. Vonglis, *Sententia legis, recherches sur l'interprétation de la loi dans la jurisprudence classique*, Th. Paris, 1965, et *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, 1968 ; Coing, *Trois formes historiques d'interprétation du droit*, *R.H.D.*, 70, 531 ; M. Villey, *Modes classiques d'interprétation du droit*, *Arch.*, 1972, 71 s.

PHILOSOPHIE

L'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance.

SOCIOLOGIE

a) De l'interprétation en général. — L'interprétation des lois n'est qu'un secteur particulier dans un domaine beaucoup plus vaste (v. d'un philosophe, Gusdorf, *Les origines de l'herméneutique*, 1988 ; cf. *Théorie et pratique de l'exégèse*, Actes du III^e Colloque international, Genève, 1990). Sans même sortir du droit, nous rencontrons l'interprétation des actes juridiques (des contrats) : la recherche des volontés devrait lui être naturelle ; pourtant, le formalisme (archaïque ou moderne) a pu aussi l'incliner au littéralisme (v. pour le droit romain, Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali*, Milan, 1966). Comme on rapproche souvent le droit de la théologie, on est tenté de trouver une parenté entre l'interprétation des lois et celle des textes religieux (bibliques, en Europe). Ce sont, dit-on, diversement, des textes sacrés, révélés, inspirés, et ces qualificatifs ne sont pas sans conséquence. Les méthodes ont varié et varient encore (v. par ex. P. de Lubac, *L'exégèse médiévale*, 1960 ; et, sur un cas particulier, A.-M. Pelletier-Boehm, *Lectures du Cantique des Cantiques, de l'énigme du sens aux figures de lecteur*, Th. Paris VIII, 1987). D'un même passage, il peut y avoir des lectures littérales ou allégoriques, historico-critiques ou structurales ; et quant au résultat, il adviendra que l'une soit jugée orthodoxe, l'autre hérétique. Le droit a, lui aussi, ses disputes d'interprétation, mais, rompu qu'il est aux techniques du contradictoire, il les assume avec plus de sang-froid. Les autres disciplines pourraient, d'ailleurs, tirer profit plus largement de sa riche expérience herméneutique. V. cep. chez Paul Ricœur la rencontre de la philosophie, de la théologie, mais aussi du droit : *Le conflit des interprétations*, 1969, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique*, II, 1986).

b) Toutes nos méthodes d'interprétation procèdent, au fond, d'une même conception : que la loi est volonté, volonté humaine et raisonnable, ce qui permet toujours à l'interprète de retrouver la loi à travers sa propre volonté, car les hommes s'entendent toujours entre eux. Cette conception rationaliste (*ratio legis*) était, sans doute, celle du droit romain, et elle a pu sembler, dans un tout autre sens, recevoir la bénédiction de l'apôtre Paul (2 Cor. 3 : 6 : la lettre tue, mais l'esprit donne vie) ; d'où, peut-être, chez des canonistes du Moyen Âge, la représentation de la loi comme un *spiritus mobilis*. Cette conception familière ne doit pas, cependant, nous masquer qu'il en existe une autre, plus primitive, plus figée, qui attache au texte une valeur sacrée : la loi y est bien aussi une volonté, mais pas nécessairement intelligible à l'homme, et les procédés d'interprétation n'y sont pas des procédés rationnels (divination sur la lettre plutôt qu'explication par l'esprit ; cf. les méthodes de l'*agada* hébraïque ; ex. en opérant sur la valeur numérique des lettres contenues dans un mot) (cf., sur l'éclairage talmudique, Raphaël Draï, in *La doctrine juridique*, 1993, 112). Or, il ne faut pas croire que le littéralisme soit absolument étranger au droit moderne : la méthode anglaise d'interprétation est plus littéraliste que psychologique (d'où un rejet, beaucoup plus

affirmé que chez nous, des travaux préparatoires, de « l'usage de l'histoire législative » ; or, ce rejet s'est établi, aux XVII^e-XVIII^e s., en partie par suite d'une identification de la loi d'Angleterre avec la loi divine, à interpréter littéralement, parce que littéralement inspirée — influence, à travers la Réforme, de l'Ancien Testament ?).

c) De l'interprétation, la curiosité sociologique pourrait se tourner vers les interprètes. Un droit ésotérique appelle une classe d'herméneutes, prêtres plus que juristes, et cette classe, pour se perpétuer, a intérêt à maintenir un mystère du droit. Tel fut le cas dans la Rome antique, à en croire la chronique ou le mythe (cf. Dig. 1, 2, 2, 6 s.) : les pontifes, longtemps, y tinrent secret le *jus civile* — jusqu'au jour où le scribe Cnaeus Flavius brisa leur monopole en divulguant les formules (milieu du V^e s. avant J.-C.). La rédaction d'un droit simple et clair, libéré des interprètes, est une revendication populaire qui revient à divers moments de l'histoire (ainsi, pendant la Révolution). Une question à débattre : si la classe des interprètes est au service de la classe économiquement dominante (ce qui est la thèse marxiste ; cf. Sbriccoli, *Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen Âge*, *Arch.*, 1972, 99 s. ; A.-J. Arnaud, *Le médium et le savant, signification politique de l'interprétation juridique*, *ibid.*, 165 s.), ou bien si elle forme une classe à part, poursuivant ses fins propres (qui peuvent n'être pas exclusivement matérielles).

d) En fin de XX^e s., de nombreux écrits ont soumis à des analyses térébrantes, tantôt l'interprétation, Van de Kerchove-Ost, *Entre la lutte et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, 1989, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, 1992, tantôt les interprètes, P. Bourdieu, *La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique, Actes de la recherche en sciences sociales*, sept. 1986, n° 64, 9 ; Dézalay, *Marchands de droit*, 1992 ; J. Chevallier, in *La doctrine juridique*, 1993. Le sens général du mouvement, malgré la diversité des argumentations, est de nier la neutralité de l'herméneutique, science et savants, d'y débusquer des phénomènes de pouvoir — économique, politique, symbolique. De sa nature, l'interprétation serait une opération moins cognitive que créatrice (tous les grands musiciens seront d'accord avec ce propos). Manque peut-être à la discussion une prise en compte du *contradictoire* (*supra*, n° 28), non pas en tant que principe de procédure, mais en tant que phénomène psychosociologique, besoin spontané qui contribue à faire le droit : ne tend-il pas à un rétablissement de l'équilibre, ou faut-il le supposer d'avance récupéré par le pouvoir ? Davantage encore, cependant, on s'interrogera sur l'aboutissement pratique de la suspicion jetée sur l'interprétation et les interprètes. Si l'interprétation est décidément un trouble-fête, il serait socialement utile de s'efforcer d'en réduire l'écran. Le texte parfaitement clair a beau être un mythe, il est des textes plus ou moins clairs : sous cet angle, le laconisme des projets de C.C. dits de Cambacérès appellerait une étude sympathique (*supra*, n° 70). Et puis, il est des techniques qui éliminent l'interprétation : les jugements d'équité, ou, à l'opposé, les textes qui sont d'application automatique parce qu'ils sont chiffrés, numérisés (ex. pension alimentaire tarifée en fonction de données elles-mêmes numériques).

Deux idées de l'interprétation se sont emmêlées dès avant la Révolution : l'interprétation de portée générale, par voie de règlement, et l'interprétation *ad hoc*, juste ce qu'il en faut pour appliquer la loi à l'espèce (v. Bloch et Hilaire, *Etudes J. Th.*

de Smidt, Amsterdam, 1988). En rapport avec les deux idées, l'organisation de l'interprétation peut être conçue suivant deux schémas : 1° Le retour, pour explication, devant l'autorité qui a fait la loi, du moins lorsque l'énigme paraît insoluble (venu du droit romain, C. Just. 1, 14, le système a fonctionné dans notre ancien droit au profit du roi ; puis, de 1790 à 1837, au profit des assemblées parlementaires, sous le nom de référé législatif ; cf. Y. Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, 1965) ; 2° L'attribution du pouvoir d'interpréter la loi à l'autorité qui est chargée de l'appliquer dans les cas litigieux, c'est-à-dire aux tribunaux. La première conception a pour elle la psychologie : qui mieux que celui qui a parlé peut savoir ce qu'il a voulu dire ? Mais, sous couleur d'interprétation, le souverain peut être tenté de faire varier sa volonté au gré des sentiments qu'il éprouve pour ou contre un justiciable. Dans la seconde conception, on déchiffre la loi comme une épigraphe antique, toute volonté étant morte par-dessous. Il y a une garantie pour les citoyens dans cette séparation du législatif et du judiciaire — le risque étant seulement que, à la longue, le judiciaire ne s'ennuie à n'interpréter qu'*ad hoc*. Toujours est-il que le principe est fixé depuis 1837 : le pouvoir herméneutique appartient aux juges. Cela ne va pas, toutefois, sans exceptions : les *lois interprétatives* (cf. *supra*, n° 132), les *réponses des ministres aux questions écrites*. Cette dernière procédure s'est beaucoup développée depuis le milieu du siècle, même en droit civil (c'est un aspect d'un phénomène plus général, la bureaucratisation du droit). Sur le sens d'une disposition obscure, sur la solution applicable à une espèce embrouillée, un parlementaire interroge le ministre de la Justice ou tel autre ministre compétent *ratione materiae*. Les services du ministère, après étude, donnent leur avis, qui est publié au *J.O.* Cet avis ne liera point les tribunaux (ex. Soc. 29 janv. 1981, *J.C.P.*, 81, 4, 125), mais les praticiens (notaires, administrations) auront tendance à couvrir leur responsabilité en s'y conformant. C'est ici l'exécutif, non le législatif, qui est l'interprète. Cependant, que la question porte sur un décret, et l'interprétation se trouvera émaner de ceux qui ont fait le texte. Dans notre système des sources, quelque chose semble ainsi revivre (et c'est une régression) de la technique des *rescripts*, telle qu'elle fonctionna dans la Rome impériale, devenue bureaucratie, ennemie mortelle de la liberté, selon Mommsen. — Pour une étude complète et critique du procédé, v. Oppetit, *Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois*, D. 1974, chr. 107 et, plus généralement encore, *La résurgence du rescrit*, D. 91, chr. 105.

THÉORIE JURIDIQUE

a) En écoutant un acteur génial, on se dit parfois qu'il est des interprétations créatrices. Que l'on transpose l'impression dans le droit, on fera de l'interprète un créateur de la norme. Il pourra en résulter une subversion de la hiérarchie des normes. C'est une théorie (subtile) : D. de Béchillon, avec une réponse (kelsénienne) de Michel Troper, *Dr. pros.*, 94 (1), 247 et 267.

b) *L'analogie* (v. Gény, *Méthode*, I, n° 16 ; cf. M. de Coster, *L'analogie en sciences humaines*, 1978) se présente comme un procédé tantôt législatif, tantôt herméneutique. Il y a analogie légale quand, au lieu de réglementer distinctement deux institutions entre lesquelles il existe une certaine parenté de nature, la loi fait une économie de

textes en renvoyant d'une institution à l'autre (ex. l'a 389-4 a calqué les pouvoirs de l'administrateur légal sur une catégorie des pouvoirs du tuteur, cf. t. I, n° 144 ; autres ex. a. 202, al. 2, 298, 304). Plus habituellement, cependant, on pense à l'analogie comme à un moyen que se donnent les interprètes pour étendre la loi par imitation : du cas prévu par le texte la solution est étendue à un cas non prévu, mais qui est semblable. L'analogie est généralement analysée comme un mécanisme rigoureusement logique (cf. Kalinowski, *Arch.*, 1963, 336 s. ; H. Abdel Rahman, *La logique des raisonnements juridiques*, Th. lettres, Paris, 1975, 2° partie, chap. 2 ; Zajtay, Sur le raisonnement par analogie, *Liber amicorum B.C.H. Aubin*, 1979 ; H. Langhein, *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode* [XVIII^e-XX^e s.], Berlin, 1992 ; Bergel *et al.*, tout le cahier n° 10 de méthodologie juridique, *Dr. pros.*, 95 (4), consacré à l'analogie). Mais elle a pu aussi être perçue comme un besoin de poésie. C'est la métaphore du droit, un système de reflets (cf. Jongen *et al.*, *La métaphore, approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1980). A Rome, une disposition spéciale (C. Just., 5, 16, 2) avait interdit aux soldats de faire des donations à leurs concubines ; au XVII^e s., on proposa chez nous de reprendre l'interdiction en l'étendant à toutes personnes, puisque tout chrétien pouvait être regardé comme un soldat du Christ. Plus sobrement : la responsabilité que le C. Nap. avait établie en pensant au cheval (a. 1385) n'aurait-elle pu être transposée à l'automobile ?

En droit civil, il semble que rien ne devrait paralyser l'analogie, et qu'elle pourrait même s'y imposer, comme s'impose aux sens, aux yeux une ressemblance physique. Cependant, elle fait peur, même en droit civil. C'est à cause des souvenirs dramatiques qu'elle a laissés en droit pénal. Depuis le début du XIX^e siècle la justice pénale, dans la plupart des pays européens, s'était interdit le recours à l'analogie (cf. R. Merle et A. Vitu, *Droit crim.*, 1988, I, n° 155 s.). C'était pour elle un corollaire du principe de légalité des délits et des peines — ce principe sous lequel la Révolution avait entendu écraser l'arbitraire que les magistrats de l'Ancien Régime pratiquaient en toute bonne conscience. Mais, en 1917, puis en 1933, l'inattendu se produisit : des idéologies totalitaires s'emparèrent du pouvoir en Russie, puis en Allemagne. L'analogie faisait partie de leurs philosophies pénales, parce qu'elle permettait à une légitimité latente, supérieure au droit formel, de s'exprimer. Fallait-il qu'un crime demeurât impuni faute de textes, alors qu'il était condamné par la conscience juridique du prolétariat ou de la nation ? Mais on sait comment ce qui pouvait passer pour une simple technique d'interprétation fut alors mis au service d'une répression politique sans merci, et il est probable que les malédictions qui continuent de peser sur le procédé nous paralysent dans l'envie que nous pourrions éprouver de le reprendre sur le terrain innocent du droit civil. C'est un fait que la Cour de cassation a longtemps donné l'impression de se mouvoir plus aisément dans l'*a contrario*, pourtant réputé acrobatique, que dans l'*a simili*, qui a l'air tout naturel. Ex. selon l'a. 784, la renonciation à une succession *ab intestat* ne peut se faire que par déclaration au greffe ; il y aurait un fort argument d'analogie pour étendre cette solution à la renonciation d'un légataire universel, d'autant que les a. 967, 1002 eux-mêmes rapprochent le légataire universel de l'héritier. Les arrêts ont, néanmoins, repoussé l'analogie (Civ.¹ 20 avr., 20 juill. 1982, *R.T.*, 83, 370). Autres ex. dans le même sens : Civ. 12 janv. 1951, *G.P.*, 51, 1, 260 ; Civ.¹ 25 févr. 1964, D. 64, 312 (on ne peut conclure du procès en divorce à tous les procès d'ordre familial, ni même, plus spécialement, au procès en nullité de mariage) ; Civ.³ 5 juin 1969, *J.C.P.*, 69, 2, 16133 (ni de la situation d'un coproprié-

taire à celle d'un locataire). Deux arrêts de 1990, cependant, corrigent cette impression : Ils consacrent très clairement le principe de l'analogie, en le modulant par la formule « en tant que de raison » : Civ.¹ 23 oct. 1990 (la prestation compensatoire peut se transporter du divorce à l'annulation du mariage), D. 90, I.R. 260 ; Civ.¹ 18 déc. 1990 (l'a. 373-3, al. 2, peut être étendu à la filiation naturelle), D. 91, I.R., 13.

c) *Les antinomies*. — Il arrive qu'à l'intérieur d'une loi un peu étoffée, à plus forte raison à l'intérieur d'une codification, deux articles se contredisent. Un des postulats du droit étant sa propre cohérence — comme on postule la cohérence dans la pensée de tout être raisonnable — il faut supposer que la contradiction s'est glissée dans le texte par inadvertance, relâchement d'attention chez le législateur (cf. Perelman *et al.*, *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965). Cette contradiction n'en crée pas moins de sérieux embarras aux interprètes. Déjà, lors de la renaissance du droit romain, au XVI^e siècle, elle en avait créé aux commentateurs du Digeste. A telle enseigne que certains, qualifiés plus tard d'*antinomistes* en un sens bien particulier, s'étaient spécialisés dans la chasse aux antinomies. Une mosaïque de fragments empruntés à une cinquantaine d'auteurs d'époques différentes ne pouvait être un modèle de cohérence. Seulement, comment sortir de la difficulté ? Faut-il sacrifier, et suivant quel critère, une opinion à une autre ? Il peut paraître plus judicieux de maintenir une valeur aux deux, en considérant que chacune a eu en vue une hypothèse distincte. C'est de cette méthode que se sont servis nos exégètes pour réduire l'antinomie la plus célèbre du C. Nap., celle qui se manifeste entre les a. 692 et 694 (cf. t. III, n^{os} 153, 165).

d) Sur les *formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, comme principe d'interprétation, v. Bergel *et al.*, *Dr. pros.*, 89 (4) ; cf. *supra*, n^o 117, a. 3^o, les objectifs de valeur constitutionnelle.

e) *L'appréciation des conséquences*. — Aubry et Rau (I, § 40) la citait — mais en dernière instance et non sans précautions — parmi les principaux moyens à l'aide desquels procède l'interprétation logique. La méthode a, cependant, une modernité cachée. A l'heure actuelle, il est rare que les interprètes, les magistrats ne sentent pas le filet qui relie leur décision éventuelle à la vie économique ou sociale. Le choix entre deux interprétations du droit des contrats peut être légitimement influencé par la crainte de mettre une entreprise en faillite et le personnel au chômage. Avant de condamner pour escroquerie le « gourou » d'une secte qui a échangé contre des aumônes ses promesses de salut, le juge ne s'inquiètera-t-il pas d'un ricochet possible sur les Eglises établies ?

[160]

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Interprétation du droit*. — La jurisprudence pratique aujourd'hui un éclectisme tactique dans sa méthode d'interprétation. L'exégèse (le respect de la lettre, la recherche de l'intention *initiale*) est loin d'avoir disparu. On s'en sert surtout pour les lois modernes (arg. : ces lois sont suffisamment hardies sans qu'on y ajoute des hardiesses d'interprétation ; si elles ont besoin de quelque adaptation, le législateur est encore là, vivant, pour les modifier). Au contraire, devant un texte de 1804, la révérence se perd, et les juges hésiteront moins à le manipuler pour lui faire dire des choses imprévues. V. un bon ex. d'interprétation évolutive dans Civ.¹ 5 avril 1965, J.C.P., 65, 2, 14261, et en faveur de cette méthode les déclarations fracassantes, du

[160]

premier avocat général Jéol, J.C.P., 96, 2, 22565 : la Cour de cassation ne doit pas hésiter devant un besoin social jugé impérieux à appliquer la loi au-delà et même en dehors de ce qu'avait voulu le législateur. Néanmoins, la Cour reviendra à un littéralisme rigoureux, si c'est le moyen de limiter une disposition regardée maintenant comme injuste (ex. Civ. 20 déc. 1961, D. 62, 321 ; cf. t. II, n^o 305). Pour une virgule, v. Civ.² 29 juin 1960, J.C.P., 60, 2, 11797.

La jurisprudence décide de façon constante que les *travaux préparatoires* sont inopérants contre un texte clair, Civ. 22 nov. 1932, D.H. 33, 2 ; Crim. 3 mars 1949, D. 49, 205 ; Paris, 9 janv. 1947, D. 47, 141 ; Civ.³ 11 janv. 1972, D. 72, 271 ; Versailles, 7 mars 1988, D. 88, Somm., 324. Cf. Capitant, D.H., 1935, chr. 77. Le recours au processus d'élaboration de la loi se justifiait par l'espoir d'y découvrir l'*intention du législateur*. Mais cette intention s'exprime mieux dans le vote final qui prononce clôture du texte sur lui-même, que dans les hésitations qui l'ont précédé. Toutefois, le renouveau législatif qui s'était manifesté dans les années 60 avait suscité un regain d'intérêt pour les travaux préparatoires : en ce sens, Couderc, *Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers*, D. 75, chr. 249. Cet intérêt était comparable à celui qui avait suivi le C. Nap. : durerait-il aussi longtemps ? Aurait pu en prendre le relais la percée, en critique littéraire, de la *génétique textuelle*, qui cherche le sens de l'ouvrage à travers ses états successifs, ses brouillons, ses ratures (ex. Contat *et al.* (ex. *Pourquoi et comment Sartre a écrit « Les mots »*, 1996 ; Espagne, *De l'archive au texte, recherches d'histoire génétique*, 1998). Mais la loi a rarement un auteur unique. Joint que, sous la V^e République, la complexité accrue de l'appareil étatique, la personnalisation du pouvoir, l'infiltration des *lobbies*, l'usage intensif du téléphone ont enlevé beaucoup de leur crédit aux sources publiées (cf. Législation revisitée comme un champ de bataille, *Mélanges Deliyannis*, 1991, 227). Le droit communautaire s'est, néanmoins, constitué, au sein de notre droit positif, une *niche* où, sous l'œil de la Cour de justice communautaire de Luxembourg, il impose le recours aux travaux préparatoires : pour interpréter une loi interne qui s'est inspirée d'une directive européenne, les tribunaux français doivent impérativement se référer à celle-ci (ex. Civ.¹ 3 mars 1998, J.C.P., 98, 2, 10049).

Sur le couple classique nature-régime, v. Bergel, *R.T.*, 84, 225 ; et voir le couple en fonctionnement, dans le cas précité de la donation de biens à venir entre époux, à travers deux interprétations opposées : Josserand, D.H., 30, chr., 21 ; Y. Flour et Grimaldi, D. 83, 452. C'est Plotin et sa philosophie qui ont fait entrer dans les préoccupations des juristes byzantins la recherche de la *phusis* des actions et des contrats, et nous y avons pris goût. Cf. sur la théorie de la qualification (des faits aussi bien que des institutions) qui a un champ plus vaste, Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, 1955 ; Cayla *et al.*, *La qualification. Droits*, 1994 (18).

Le principe de l'interprétation stricte des textes exceptionnels est affirmé, à l'occasion, par la Cour de cassation. Ex. Req. 26 juillet 1928, S. 29, 1, 70 (en l'occurrence, pour les *lois spéciales*, par opposition au droit commun ; cf. n^o 107) ; Soc. 4 juin 1959, *R.T.*, 59, 752 ; Civ.¹ 3 janv. 1964, J.C.P., 64, 2, 13492 ; Soc. 21 nov. 1973, D. 74, Somm. 4. Mais ce principe, comme d'autres non moins traditionnels, a pu être contesté (cf. Robine, Th. Bordeaux, 1933, Blagojevic, *Mélanges Maridakis*, 1963) : la loi exceptionnelle, a-t-on dit, est une règle faite pour une série déterminée de cas, et sa portée doit être appréciée en conformité de ce but. A l'inverse, on pourrait soutenir que

toute loi est exceptionnelle, car toute loi, au fond, est un mal (cf. *Essais sur les lois*, 1995, 315).

Ex. d'application, sans la citer, de la maxime *Ubi lex non distinguit*, Civ.³ 22 janv. 1997, *J.C.P.*, 97, 2, 22943, l'a. 1741 ne distingue pas selon que la perte de l'immeuble s'est produite par cas fortuit ou par une faute du preneur.

Des arguments *a contrario* tirés de la l. 3 janv. 1972 sur la filiation (a. 334-9, 322) ont acquis une célébrité précoce. L'a. 334-9 envisage le cas d'un enfant légitime qui a fait l'objet d'une reconnaissance d'enfant naturel de la part d'un tiers (lequel avait sans doute des raisons de se croire l'auteur véritable), et il dispose : Toute reconnaissance est nulle..., quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état. *Quid* quand la filiation n'est pas déjà établie par la possession (mais seulement par l'acte de naissance, a. 319) ? La Cour de cassation (Civ.¹ 9 juin 1976, D. 76, 593, n. P. Raynaud) a répondu : la reconnaissance est valable. C'est raisonner *a contrario*, prendre le texte « à l'envers » (v. t. II ; cf. Vidal, *L'enfant adultérin... a contrario*, *J.C.P.*, 73, 1, 2539) ; Agostini, *L'argument a contrario*, D. 78, chr. 149).

b) *Interprétation des faits*. — La grande majorité des décisions de justice statuent en fait. Les faits, malgré leur matérialité, recèlent un sens. Le dégager est un travail d'interprétation — un travail qui se cache souvent sous les apparences d'une question de preuve. L'a. 1349 — passage d'un fait connu à un fait inconnu — peut fonder une théorie juridique de l'interprétation des faits. V. (analyses pénétrantes) Ivainier, *J.C.P.*, 86, 1, 3235, et *L'interprétation des faits en droit*, 1988 (avec des exemples tirés de la pratique).

TITRE II

[161]

Les droits subjectifs

Le droit objectif reconnaît aux individus des prérogatives, des aires d'action, des sphères d'activité, dont ils vont jouir sous la protection de l'Etat : ce sont les droits individuels, les *droits subjectifs* (les droits de la personne, que l'on appelle justement *sujet* de droit). Il est difficile de faire apparaître l'essence du droit subjectif. Les uns ont dit : c'est un pouvoir de vouloir ; les autres : un intérêt pris en considération par le droit, un intérêt juridiquement protégé. Le vrai est que le droit subjectif est une des notions premières du droit et défie quelque peu l'analyse.

Le droit civil, en particulier, a été et demeure construit sur cette notion. Un grand nombre de théories générales — dont la connaissance préalable (ne fût-ce que par voie axiomatique) commande l'étude de l'ensemble du droit civil — peuvent être rattachées soit à la *création*, soit à la *réalisation* des droits subjectifs.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ghestin-Goubeaux, n^{os} 173 s. ; Jean Dabin, *Le droit subjectif*, 1952 ; Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963 ; tout le volume des *Arch.*, IX, 1964 (*Le droit subjectif en question*) ; Michaelides-Nouaros, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, *R.T.*, 1966, 216 ; O. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., 1978 ; Zenati, *La nature juridique de la propriété*, Th. Lyon, 1981 (la propriété, prototype du droit subjectif) ; Hage-Chahène, *Essai d'une nouvelle classification des droits subjectifs*, *R.T.*, 82, 705 (critère intéressant, tiré non plus de l'objet du droit, mais de sa nature, de sa force de réalisation) ; Ost, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, 1990 (philosophique) ; Cotta, *A la recherche du droit subjectif*, *Arch.*, 90, 81.

[162]

HISTOIRE

Il est possible que le *concept de droit subjectif* n'ait pas eu, en droit romain, l'importance qu'il a prise dans les droits modernes (en ce sens, Michel Villey, *Mélanges de Visser*, II, p. 417 s., et *Leçons d'histoire de la philo. du dr.*, 1962, p. 221 s.) ; v. cep.

Dumézil, A propos du latin *jus*, *Revue de l'histoire des religions*, 1947-1948, t. CXXXIV, p. 94 s. C'est, du moins, une hypothèse répandue que l'action, à Rome, a précédé le droit subjectif, que le droit (réel, personnel) y a pris peu à peu conscience de lui-même à travers le moyen procédural (*actio in rem, in personam*). La (seconde) Ecole du droit naturel (celle des XVII^e-XVIII^e s.) fit aux droits subjectifs une place considérable et leur a peut-être donné une énergie qu'ils n'avaient pas auparavant (v. *supra*, n° 47). Sur sa lancée, ils furent gravés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Dans le C. Nap., la notion de droit subjectif était employée très banalement. La critique vint du dehors, d'Auguste Comte, pour qui, semble-t-il, l'homme n'a d'autre droit que de faire son devoir ; et l'idée s'étant diffusée, la Constitution de novembre 1848 amalgame une déclaration des devoirs à sa déclaration des droits. Au début du XX^e s., Duguit, qui n'était pas insensible à l'influence de Comte, se vanta d'avoir jeté par-dessus bord les droits subjectifs. Il suffit, en effet, de comparer sa définition du droit de propriété à celle de l'a. 544 : « La propriété est, pour tout détenteur d'une richesse, le devoir, l'obligation d'ordre objectif d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et à accroître l'interdépendance sociale » (*Les transformations générales du droit privé depuis le C. Nap.*, 1912, p. 158).

Entre les deux guerres, puis au lendemain de la Libération, des catholiques sociaux, soucieux de ne se couper ni de l'individualisme de 1789 ni de la tradition du bien commun, mirent en avant un concept de droit-fonction : dans tout droit subjectif il y aurait eu une âme de fonction sociale (illustration dans une variante de la théorie de l'abus du droit, cf. *infra*, n° 183). Mais l'idéologie des droits de l'homme, ravivée par le Bicentenaire de la Révolution, allait bientôt retremper le droit subjectif dans un bain de jouvence (sous un double septennat socialiste, paradoxalement).

PSYCHOSOCIOLOGIE

Le droit subjectif est enraciné dans le cœur de l'homme (ou de l'enfant) avec l'amour-propre (au sens de La Rochefoucauld) ; cf. *Flexible droit*, 1998, 179 (théorie sociologique du droit subjectif). Plutôt qu'à nier le droit subjectif, la vraie révolution consisterait, sans doute, à le reconstruire en le fondant sur le *besoin* (cf. la belle thèse d'A. Sayag, *Essai sur le besoin créateur de droit*, Paris, 1969). Et l'on dirait avec Spinoza : tout ce qui existe a le droit de s'étendre et de se manifester jusqu'aux extrêmes limites de sa virtualité ; c'est la puissance de la vie qui fonde les droits de l'être vivant. Ces besoins sublimés en droits pourraient bien, légitimement, être qualifiés de droits naturels, car ils procèdent de la nature, de la physiologie de l'homme. Ce n'est pas à eux, pourtant, que pensait l'Ecole du droit naturel. Notre droit positif connaît, d'ailleurs, bien qu'en petit nombre, des *droits-besoins*, des droits subjectifs dont le contenu élastique se calque sur les besoins de l'ayant droit (ex. a. 208, 630, 633, 642, al. 1, 644 ; cf. *R.T.*, 59, 121).

Le temps s'en mêle parfois. De même que la coutume, phénomène collectif, peut fonder le droit objectif, l'habitude, phénomène individuel, peut fonder les droits subjectifs (cf. Coviaux, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, Th. Paris (ronéo), 1974 ; Pollaud-Dulian, *L'habitude en droit commercial*, *Etudes Sayag*, 1997, 349). A ne pas confondre avec la simple *réitération* (cf. Virassamy, D. 89, chr., 279), ni avec l'*habitus* que dépeint Pierre Bourdieu (*Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986 [64], 40), système de prédispositions à des conduites régulières. L'habitude crée un *besoin* de continuer (de persévérer dans l'être). Besoin psychologique, à la limite peut-être sentimental. Le droit

moderne, à qui il advient d'être également sentimental, a admis ainsi que la familiarité avec un cadre de vie pouvait créer un droit subjectif à s'y maintenir (ex. a. 285-1, 1° ; 867 *in fine*). La vue inassouvie ou la photo créent-elles un droit subjectif ?

Encore y a-t-il, dans ce cas, une épaisseur de temps qui est contrôlable (que la société peut contrôler). Tout différent est le cas du pur désir. Le désir est moins que la volonté, il en est la forme molle, fugitive, il a le vol flottant de la fumée. Pourtant, une philosophie des années 80 a exalté le désir, au point d'en faire sortir un droit subjectif. Du désir d'enfant des couples stériles ou des femmes solitaires, on en est venu à construire un droit à l'enfant, et à imaginer à partir de là une *lex ferenda* des procréations artificielles (pour la critique, v. J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme, de quel droit ?*, 1987 ; P. Raynaud, D. 88, chr. 109), des adoptions à tout cœur.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Depuis les années 80, deux phénomènes ont contribué à pousser les droits subjectifs au premier plan : l'expansion de l'idéologie des droits de l'homme, et au théâtre des sciences humaines, l'engouement pour la psychologie aux dépens de la sociologie. Il s'en est suivi un changement dans la manière de légiférer : le législateur aime partir d'un droit fondamental de l'individu, plutôt que d'une réalité objective parce que collective. Ce sera le droit au logement plutôt que le logement (l. 6 juill. 1989), le droit de chacun à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé (l. 30 déc. 1996) plutôt que cet air que le C.C. déclarait (a. 714) insusceptible de droit. La méthode n'est pas sans connexité avec la constitutionnalisation du droit signalée plus haut (n° 42, 66). Mais c'est la conception même du système juridique qui s'en trouve bouleversée. Le droit objectif est pulvérisé en une multiplicité de droits subjectifs : une institution telle que le mariage, par ex., n'a plus rien d'une totalité organique, c'est un réseau de rapports interindividuels, homme, femme, enfants, en paix ou en conflit. La dimension sociologique, politique de l'institution s'est effacée. On peut craindre que l'inflation du droit n'en soit exacerbée : chaque droit subjectif entre en lice, gonflé de son *ego*, armé de surcroît, sans doute, d'une action en justice.

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Notions voisines*. — Toutes les prérogatives individuelles n'ont pas la consistance technique du droit subjectif. Du droit subjectif au sens strict, il convient de distinguer :

1° La *liberté* (faute d'un objet assez précis, ce n'est qu'une virtualité de droit ; une possibilité de se comporter selon sa propre et autonome volonté, possibilité d'ailleurs garantie par le droit objectif).

2° Le *pouvoir*, dans un sens de droit privé (qui permet à un individu d'agir sur la personne ou le patrimoine d'autrui ; ex. le pouvoir du tuteur, du mandataire).

3° La *faculté* (cf. Lecompte, Th. Paris, 1930) : c'est la possibilité légale de *choisir* entre faire et *ne pas* faire. Ex. Je suis propriétaire d'un terrain sur lequel j'ai le droit de bâtir et je ne bâtis pas pendant trente ans ; je n'ai pas perdu le droit de le faire ; les actes de pure faculté (= facultatifs) ne peuvent fonder une prescription, a. 2232, quoi qu'en grogne un voisin. « La faculté est mieux qu'un droit », disait Royer-Collard. En langage d'aujourd'hui, pourrait-on dire un droit à l'état *virtuel* ?

4° L'*option* (qui est un choix donné généralement par contrat, entre deux objets ou deux modes d'exercice d'un droit, c'est un droit subjectif à deux branches, ex. a. 1189 ; un droit discrétionnaire attaché à la personne, ni prescriptible, ni perpétuel ; cf. Najjar, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Th. Paris, 1967).

5° La doctrine étrangère (germanique, mais latine aussi) utilise couramment, au voisinage de l'*option*, la notion de *droit potestatif* (la Suisse romande parle de droit formateur ; cf. Engel, *Traité des obligations*, Berne, 1997, p. 29 ; Rémy, *R.T.*, 87, 779). C'est le *pouvoir* de créer, modifier ou éteindre une situation juridique par acte unilatéral (ex. conclure le contrat en acceptant l'offre ; accepter le bénéfice d'une stipulation pour autrui ; révoquer le mandat).

La difficulté de l'invention se profile dès que l'on veut, pour justifier le concept, élaborer pour lui un régime original. Avec plus ou moins de conviction et de nuances, on enseigne que les droits potestatifs s'épuisent par leur exercice (ce qui paraît une évidence) ; qu'ils sont imprescriptibles (mais ils ne sont pas non plus perpétuels) ; que, lorsqu'ils ont été exercés, leurs effets ne peuvent plus être rattrapés.

6° La *vacation* : c'est la position de l'héritier ou du légataire tant qu'est vivant le *de cuius* (celui de la succession de qui il s'agit). Il est *appelé* (a. 750, 751) à lui succéder, mais en attendant c'est un droit inerte, dépourvu d'action, et même moins qu'un droit, une simple *expectative*, une espérance, fût-il un héritier réservataire, de ceux qui n'auront pu être privés de leur part d'héritage par les libéralités que le *de cuius* aura pu faire à d'autres.

b) *Le titulaire du droit subjectif*. — De la personne physique ou morale à qui appartient un droit subjectif, on dit qu'elle est un *sujet de droit* (comme on dirait qu'elle est le support, *träger*, de ce droit, v. le volume des *Arch.*, 1988 ; cf. R. Martin, *Personne et sujet de droit*, *R.T.*, 81, 785), mais on dit aussi qu'elle en est *titulaire*. Ce qui nous amène à la notion de *titre* (cf. Larguier, *La notion de titre en droit privé*, 1951). Le mot, il est vrai, recouvre deux sens :

1° Un sens de droit formel : le titre, c'est un écrit faisant preuve, un *instrumentum* (ex. les titres de propriété visés par les a. 842, 1605, 1607).

2° Un sens de droit matériel : la source, la cause du droit subjectif (ex. le titre translatif de propriété visé par les a. 550, 2265), l'acte juridique, *negotium*, qui a fait acquérir au sujet de droit le droit subjectif. Le titulaire d'un droit qui ne l'exerce pas garde tout de même son titre, la souche immatérielle de son droit.

c) *L'ignorant de ses droits*. — En symétrie au principe que nul n'est censé ignorer la loi (*supra*, n° 125), on pourrait, avec plus de vraisemblance, se donner pour maxime que nul n'est censé ignorer ses droits. Le postulat d'un droit libéral n'est-il pas que tout individu capable, maître de ses droits, a le devoir de les connaître ? plus précisément (et là on touche peut-être les limites de la vraisemblance) qu'il doit avoir présent à l'esprit un inventaire constamment actualisé de son patrimoine et même plus largement de tous ses droits subjectifs ? La preuve en est que l'ignorance du droit ne figure point, à l'a. 2257, parmi les causes qui retardent le cours de la prescription extinctive. Ce n'est qu'à titre d'exception que le point de départ de la prescription est quelquefois reporté par la loi au jour de la découverte ou de la manifestation du droit (ex. a. 1304, 2270-1 ; cf. en jurisprudence, l'application de l'adage *Contra non valentem agere...* admise au compte-gouttes lorsque l'ignorance peut être justifiée par une force majeure ; t. IV, n° 361).

Chapitre I

CRÉATION DES DROITS SUBJECTIFS

[163]

Le droit subjectif est un pouvoir, mais un pouvoir garanti par l'Etat, parce qu'il est conforme au droit objectif. Il existe des pouvoirs qui ne sont pas des droits subjectifs, parce qu'ils ne sont pas conformes au droit objectif : des pouvoirs de fait, des maîtrises purement matérielles. Parmi ces pouvoirs de fait, il en est un qui a une exceptionnelle importance : c'est la *possession*.

Dans la langue technique, possession et propriété ne doivent pas être confondues : la propriété est le droit, la possession n'est que le fait. Le voleur qui se sert de l'objet volé en est possesseur, non pas propriétaire ; le paysan qui, déplaçant des bornes, a annexé une bande du champ voisin, n'en est pas propriétaire, mais seulement possesseur. Tous deux sont possesseurs de mauvaise foi, parce qu'ils savent bien n'être pas propriétaires. D'autres possesseurs le sont de bonne foi : si j'achète un immeuble à quelqu'un que j'en crois propriétaire, mais qui ne l'est pas en réalité, je n'en deviens pas moi-même propriétaire ; j'en suis simplement possesseur et, en raison de ma croyance erronée, possesseur de bonne foi. Or, la possession, bien qu'elle ne soit qu'un fait, produit par elle-même des conséquences juridiques. Sans doute, si le propriétaire demande en justice le rétablissement du droit (en réclamant, par une action en revendication, la restitution de son bien), il l'obtiendra. Mais, en attendant, le possesseur jouit, à titre provisoire, d'une certaine protection (protection possessoire, a. 2282) : le possesseur d'immeuble a des actions spéciales (actions possessoires, a. 1264 s., C. Pr. C.) pour se maintenir contre ceux qui le troubleraient dans sa possession, et tout possesseur a le bénéfice d'être défendeur, dans le procès sur la propriété, donc d'être présumé propriétaire jusqu'à preuve

contraire. Bien plus, si la situation de fait se prolonge un certain temps (trente ans, dix ans, selon les cas), elle se consolidera en droit ; la propriété sortira de la possession ; c'est le miracle de la prescription acquisitive ou usucapion (a. 2219 s. ; en 1975, la possession a été ajoutée à la prescription dans la rubrique de ce dernier titre du C.C.). Pourquoi un fait contraire au droit se trouve-t-il ainsi protégé ? C'est la paix publique qui le veut. Les possessions sont des apparences tranquilles, que nul particulier ne doit pouvoir troubler, fût-ce sous prétexte d'un droit, car la justice privée est prohibée. Et quand la durée s'y est ajoutée, il ne faut même plus que la justice publique puisse les remettre en cause (*quieta non move*) : la paix vaut plus que la logique juridique (cf. t. III, n^{os} 122 s.).

La théorie de la possession, construite pour la propriété, a été transposée non seulement à d'autres droits réels (ex. servitude), mais même à des rapports juridiques d'une nature très distincte. Notamment, dans le droit de la famille, on parle de la *possession d'état* : un homme et une femme qui vivent comme s'ils étaient mariés ont la possession d'état d'époux ; un enfant qui a été traité par deux conjoints comme s'il était leur enfant a la possession d'état d'enfant légitime. Or, ces possessions d'état produisent des conséquences juridiques plus ou moins étendues (v. a. 195 s. ; 311-1 s.) : la situation de fait, sous certaines conditions, fait parfois présumer le droit.

De la théorie de la possession, il faut rapprocher celle de l'*apparence*. A la mort d'une personne, son plus proche parent s'est saisi de ses biens ; de fait tout le monde le tenait pour l'héritier véritable. Or, il se trouvait déshérité par un testament qui sera découvert plus tard. Si, dans l'intervalle, il a vendu des immeubles dépendant de la succession à des tiers de bonne foi, ces ventes, bien qu'émanant d'un non-propriétaire, seront valables, et le véritable propriétaire (le légataire désigné par le testament) sera obligé de les respecter. L'erreur collective, l'apparence a créé le droit (*error communis facit jus*).

Dans les deux théories — possession et apparence — un même mécanisme se dessine : une situation qui était niée par le droit va produire des effets de droit. Mais, derrière l'apparence, la situation est tout à fait irréaliste : ce n'est pas elle qui peut créer du droit, c'est la croyance qui est en dehors d'elle. La possession, au contraire, est une réalité intensément vécue : c'est sa matérialité qui fait sa force.

Il y a ainsi, autour du droit, des franges de fait qui peuvent mordre sur les droits subjectifs. Ce sont ceux-ci, néanmoins, qui nous intéressent, dans leurs différentes *espèces* comme dans leurs différentes *sources*.

B.G. — a) Sur la *possession* dans le droit des biens, v. t. III, n^o 117 s., 227 s., et sur la possession d'état, t. II, p. 190. — Comme elle se prête à des descriptions concrètes, la théorie de la possession est une occasion commode de faire apparaître la *distinction du fait et du droit*, aussi bien que d'illustrer (à travers la prescription acquisitive (t. III, n^o 189) la maxime médiévale *ex facto oritur jus* (du fait sort le droit). Mais, la distinction comme la maxime, qui en atteste la perméabilité, ont une portée générale. Cf. Rotondi, *R.T.*, 77, 1 ; Leveneur, *Situation de fait et droit privé*, 1990. — Avec un emploi différent, la distinction du fait et du droit se retrouve à propos du pourvoi en cassation (*supra*, n^o 148).

b) L'*apparence* n'étant pas nommément visée dans le C.C., c'est la jurisprudence qui en a fait une théorie (cf. Ghestin-Goubéaux, n^{os} 770 s. ; J.-P. Arrighi, *Apparence et réalité en droit privé*, Th. Nice, 1974). Elle s'est constituée il y a un siècle, à partir d'une maxime de la tradition savante, *Error communis facit jus*, et à propos d'une hypothèse particulière, celle de l'héritier apparent (peut-être sous l'influence d'un archétype, obscurément ressurgi du droit anglo-normand, où le *heir apparent* était l'héritier présomptif, fort apparent déjà du vivant du propriétaire et pas seulement après sa mort ; cf. t. II, p. 174). La théorie est aujourd'hui très générale. Son fondement a été discuté : sanction d'une faute commise par celui qui a laissé se créer une apparence contraire au droit ? protection due à la bonne foi du tiers qui a été victime d'une erreur invincible (sur la bonne foi, cf. t. III, n^o 120) ? puissance autonome de la croyance (« la croyance crée le droit », avait dit un civiliste-sociologue, Emmanuel Lévy [1871-1943], en un raccourci audacieux) ? On aurait pu expliquer la solution par une gestion d'affaire (a. 1312 s.) : L'héritier apparent a, sans le savoir, agi, autant que pour lui-même, pour le compte de tout ayant droit éventuel, ou du moins pour le compte du patrimoine héréditaire (cf. D. 1948, 262).

1 / Les différentes espèces de droits

La distinction d'où il faut partir est celle du *droit réel* (*jus in re*) et du *droit personnel* selon que la personne a un droit sur une chose ou à l'égard d'une autre personne, selon que, dans le *rapport de droit*, elle se trouve placée en face d'une chose ou d'une autre personne. L'étude successive de ces deux espèces de droit nous conduira à la notion de *patrimoine*.

[164] 1 | LE DROIT RÉEL

C'est le pouvoir juridique exercé directement sur une chose et permettant de retirer tout ou partie de ses utilités économiques. Mais les *choses* sont diverses, et aussi les *droits* que l'on peut avoir sur elles (cf. t. III, n^{os} 45 s., 67 s.).

a) *Les choses dans le droit.* — Les choses vues par le droit prennent le nom de *biens*, en raison des avantages qu'elles procurent à l'homme. Le C.C. s'en occupe pour, immédiatement, les classer (a. 516) en deux grandes catégories : meubles et immeubles. Cette division a été une des pierres angulaires du droit civil. Elle sous-tend encore aujourd'hui une certaine diversité de régime (ex. a. 456-459, 2279). A la base, ne cherchons plus l'explication traditionnelle (qui serait certainement devenue inexacte aujourd'hui, avec le développement de la richesse mobilière : titres de bourse, fonds de commerce, etc.) — savoir, que les immeubles ont incomparablement plus de valeur que les meubles (*res mobilis, res vilis*) — mettons-y plutôt cette idée, qui demeure vraie, que les immeubles ont une signification familiale que n'ont pas les meubles, une vertu d'enracinement de l'être humain, et qu'ils doivent donc, par préférence, être conservés dans les familles.

Sont *immeubles, par leur nature* même, le sol et les bâtiments (a. 518). Il faut y ajouter des objets, physiquement mobiles, mais qui sont affectés à l'exploitation du sol et des bâtiments, de sorte que, dans une vente, une saisie, ou quand il s'agit de déterminer ce qui va entrer dans la communauté entre époux ou rester en dehors, il serait économiquement indésirable de rompre le lien d'*accessoire à principal* qui les unit ; le C.C. en donne des ex., dans un paysage presque exclusivement rural (a. 524) ; ce sont les *immeubles par destination*. Enfin, plus artificiellement, il est des droits qui sont *immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent* (a. 526) : si j'ai le droit de percevoir ma vie durant les revenus d'un bien (droit d'usufruit), ce droit est regardé lui-même comme un bien, et s'il porte sur un immeuble, il est immeuble.

On peut dire que tout ce qui n'est pas immeuble est meuble. De façon plus précise, sont *meubles par leur nature* même, les choses mobiles (a. 528). Et artificiellement, par *détermination de la loi*, sont meubles les droits personnels, les droits de créance, tendant à ce que le débiteur remette des objets mobiliers au créancier. Comme la monnaie fait partie de ces objets mobiliers, toutes les créances de sommes d'argent sont meubles. Par-delà, sont encore des meubles les droits des associés dans une société (a. 529), car ces droits sociaux sont, au fond, des créances contre la personne morale. Ainsi, toutes les valeurs mobilières (rentes sur l'Etat, obligations, actions), tous les titres de bourse, entrent dans la catégorie des meubles.

La notion des meubles par détermination de la loi évoque une autre distinction : celle des biens *corporels* et *incorporels*. A côté des biens corporels, qui tombent sous les sens (immeubles ou meubles selon la réalité physique), on parle de biens incorporels, qui n'ont qu'une existence

abstraite, forgée par le droit, parce qu'ils représentent pour l'homme une valeur économique. Les *droits* (ex. usufruit, créance) dont l'objet immédiat ou médiate est un bien corporel, sont regardés eux-mêmes comme incorporels, parce qu'ils ne s'identifient pas avec leur objet. Mais il y a, en quelque manière, des biens incorporels absolus : des droits qui ne se rattachent à aucun bien corporel. Ex. la clientèle d'un commerçant, source de profits pour lui ; de même, ce que l'on appelle la propriété littéraire et artistique, le droit, pour l'écrivain ou l'artiste, d'exploiter son œuvre et d'en tirer des bénéfices pécuniaires. Ces biens incorporels absolus sont toujours traités comme *meubles*.

b) *Les droits sur les choses.* — Il existe une classification, généralement acceptée, des droits réels.

1° *Droits réels principaux* (du premier degré). — Tous ont une physionomie commune, en ce qu'ils tendent à l'utilisation directe des choses, prises dans leur matérialité, mais ils diffèrent par l'étendue.

— *Droit de propriété* (définition célèbre dans l'a. 544). C'est le droit réel type : il absorbe toutes les utilités de la chose et n'a pour limite que la chose elle-même. On l'analyse en trois attributs : *usus* (droit de se servir soi-même de la chose), *fructus* (droit d'en percevoir les fruits au sens juridique, c'est-à-dire les revenus, non pas seulement des récoltes, mais des loyers, des fermages, des intérêts de créances), *abusus* (droit de *disposer* de la chose en l'aliénant) ;

— *Droits réels démembres de la propriété*. C'est d'abord l'*usufruit* (définition dans l'a. 578 ; mais il y manque un trait essentiel, le caractère viager ; le droit s'éteint à la mort de l'usufruitier, a. 617) : l'usufruit ne comporte que deux des trois attributs de la propriété, l'*usus* et le *fructus*. Ce sont ensuite les *servitudes* (définition dans l'a. 637) : on entend par là le droit pour les propriétaires d'un immeuble de retirer, à perpétuité, certains services d'un immeuble voisin : le droit d'y passer, le droit d'aller y puiser de l'eau, etc.

2° *Droits réels accessoires* (de garantie, du second degré). Ils sont l'accessoire de créances, dont ils garantissent le paiement. Ils portent moins sur la chose elle-même prise dans sa matérialité que sur la valeur pécuniaire qu'elle représente et que l'on dégagera en la vendant. Tel est le cas de l'*hypothèque* (sur les immeubles, a. 2114) et du *gage* (sur les meubles, a. 2071 s.). Le créancier hypothécaire, par ex., à l'échéance, a le droit de faire saisir l'immeuble hypothéqué (même si le débiteur l'a, dans l'intervalle, vendu à un tiers ; c'est le droit de suite) et de se payer sur le prix par préférence aux autres créanciers (c'est le droit de préférence).

[165] 2 | LE DROIT PERSONNEL

Le droit personnel, ou *droit de créance*, est le droit qu'a une personne (le créancier) d'exiger d'une autre personne (le débiteur) une prestation, un service consistant à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose (cf. t. III, n° 39). Ainsi, tandis que le droit réel est un rapport de droit entre la personne et la chose, le droit de créance apparaît comme un rapport de droit entre deux personnes. La réciprocité est l'*obligation* (ou dette), qui peut se définir comme un lien de droit (*vinculum juris*), en vertu duquel le débiteur se trouve assujéti envers le créancier, sous la contrainte étatique, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (cf. t. IV, n° 10).

Pas plus que la règle de droit ne se confond avec la règle morale, l'obligation juridique ne s'identifie avec le devoir moral. A celui-ci manque la contrainte étatique. Il existe, toutefois, comme une catégorie intermédiaire entre les deux : c'est l'*obligation naturelle* (obligation selon le droit naturel, pourrait-on dire), par opposition à l'*obligation civile* (obligation selon le droit civil, au sens de : positif). L'exécution d'une obligation naturelle ne peut être exigée par une action en justice ; mais, si le débiteur l'acquiesce volontairement, il ne peut revenir sur le paiement qu'il a fait, agir en restitution (*répétition*, au sens latin), en prétendant qu'il a payé ce qu'il ne devait pas (a. 1235, al. 2), car ce qu'il a payé était bien dû, encore que la dette ne fût point exigible. Il ne peut prétendre davantage que ce qu'il a ainsi remis représente un don gratuit, une libéralité : la libéralité suppose la spontanéité, l'absence d'obligation préexistante ; or, ici, il y avait bien une obligation, même sans exigibilité ; celui qui a payé se sentait, en conscience, tenu. Si le débiteur de l'obligation naturelle, sans l'acquiescer immédiatement, a promis de l'acquiescer, il faut considérer qu'il a transformé, nové (a. 1271 s.) L'obligation naturelle en obligation civile, et à partir de là, le créancier pourra en exiger le paiement en justice.

Le Code n'a pas dressé une liste des obligations naturelles. Les tribunaux en ont reconnu l'existence dans deux séries de cas :

- devoirs de conscience à l'état pur (ainsi, pour des devoirs de famille qui n'ont pas reçu la sanction de la loi, telle l'obligation alimentaire entre frères) ;
- obligations civiles dégénérées (ou, si l'on préfère, remords laissés par une loi trop favorable ; ex. j'étais débiteur, mais j'ai été libéré par la prescription extinctive ; cf. a. 2220).

[166] 3 | LE PATRIMOINE

Le mot, qui n'est pas sans une couleur familiale, désigne l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme formant une *universalité* de droit, c'est-à-dire un tout, une unité juridique.

Le patrimoine est d'abord un *actif*, la réunion des biens ayant un même propriétaire, des droits ayant un même titulaire. On n'y fait pas, cependant, entrer tous les droits. Qui dit *patrimonial*, dit *pécuniaire*. Aussi ne convient-il de comprendre parmi les droits patrimoniaux que les droits susceptibles d'une évaluation en argent. Ceux qui y répugnent resteront par leur nature en dehors. Ce sont les *droits extra-patrimoniaux* : non seulement les droits publics, politiques de l'individu, mais aussi certains droits privés (ex. les droits constituant l'autorité parentale, les actions qui protègent l'état des personnes, le droit à l'honneur, les droits que l'on appelle droits de la personnalité).

Le patrimoine est, d'ailleurs, distinct des biens qui le composent à un moment donné de sa durée. Par-delà les biens présents, il s'étend, en effet, aux biens à venir, à ceux que l'individu acquerra par la suite (cf. a. 2092). Il apparaît ainsi comme une virtualité, un potentiel, plutôt que comme une masse figée. Outre qu'il demeure le même, malgré les fluctuations de ses éléments concrets : certains biens peuvent être aliénés, d'autres acquis, le patrimoine demeure. C'est un contenant, a-t-on dit, un portefeuille qui peut être vide, ou même avoir un contenu négatif (des factures à payer).

Car le patrimoine comporte aussi le *passif*, les dettes de la personne. Les a. 2092-2093 expriment cette corrélation essentielle de l'actif et du passif : ce qui fait le patrimoine, c'est que les biens, les droits y sont soudés par la nécessité d'y répondre des dettes.

La théorie classique voit dans le patrimoine une *émanation de la personnalité*. C'est ce qui explique, selon elle, que toute personne, physique ou morale, ait un patrimoine ; que le patrimoine ne soit pas aliénable (sauf, par succession, à la mort de son titulaire) ; que seules les personnes puissent avoir un patrimoine ; enfin, qu'une même personne ne puisse jamais avoir qu'un patrimoine (principe de l'unité du patrimoine) ; toutefois, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ouvre la possibilité d'avoir, à côté du patrimoine général, un patrimoine autonome spécialisé (a. 1832, al. 2, l. 11 juill. 1985).

2 / Les différentes sources de droits

[167] 1 | CLASSIFICATION DES SOURCES

a) Il est *classique* de prendre la question par son envers et de traiter des sources *des obligations*. Une *classification traditionnelle* — qu'il faut connaître, car le C.C. s'en est inspiré — distingue cinq sources d'obligations.

1° *Le contrat*. — C'est un accord de volontés destiné à *créer* des obligations. Il résulte de l'a. 1101 que la *convention* est une notion plus large : c'est un accord de volontés destiné à produire un effet de droit quelconque (ex. la remise de dette, qui tend à *éteindre* une obligation préexistante, a. 1282 s., est une convention, non un contrat).

2° *Le quasi-contrat*. — C'est un fait volontaire licite, qui oblige son auteur envers les tiers, parfois les tiers envers lui (a. 1371). Ex. si une personne s'occupe de faire entretenir l'immeuble qu'un voisin absent a laissé à l'abandon, elle ne peut être considérée comme son mandataire, faute d'un accord de volontés, d'un contrat de mandat ; mais il y a quasi-contrat (quasi-mandat) de gestion d'affaires (a. 1372 s.).

3° *Le délit* (civil). — C'est un fait illicite volontaire et même intentionnel, le fait de causer un dommage à autrui avec l'intention de le causer. De cette faute intentionnelle va découler une obligation de réparer le dommage (a. 1382), une responsabilité.

4° *Le quasi-délit*. — C'est un fait illicite volontaire (en ce sens qu'il ne peut y avoir de responsabilité là où il n'y a pas de volonté consciente), mais non intentionnel (car la volonté du responsable n'a pas été tendue vers le résultat dommageable). C'est la faute de négligence ou d'imprudence (a. 1383), celle de l'automobiliste qui, en roulant trop vite, tue un piéton : il a voulu rouler trop vite, mais il n'a pas voulu tuer le piéton.

5° *La loi*. — Elle fait naître parfois des obligations directement, en dehors de toute volonté privée : ainsi, les obligations des tuteurs qui ne peuvent refuser leurs fonctions (a. 1370, al. 3 ; a. 427 s.).

b) A cette classification, la doctrine moderne en préfère généralement une autre, articulée sur deux notions plus larges : celles de l'*acte juridique* et du *fait juridique*.

On définit l'*acte juridique* toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, à apporter quelque modification dans l'ordonnement juridique. Ce peut être soit la manifestation d'une seule volonté (acte juridique unilatéral, dont le type est le testament), soit l'accord de deux ou plusieurs volontés dirigées vers le même but (acte juridique bilatéral, plurilatéral, dont le contrat et la convention sont les aspects les plus courants). On remarquera que, dans l'expression « acte juridique », acte n'a pas le sens matériel, qu'il prend quelquefois, d'acte écrit, de titre (ex. a. 1317, 1322). On précise parfois les deux sens du mot, en opposant à l'acte *instrumentum*, qui est le titre écrit, l'acte *negotium*, qui est l'opération juridique.

On entend par *fait juridique* soit un événement purement matériel, vide de tout contenu volontaire, soit un agissement animé d'une certaine volonté, d'où découlent des effets de droit, des modifications dans l'ordonnement juridique, mais sans que ces effets, ces modifications aient été directement recherchés (ce qui fait la différence avec l'acte juridique). Ex. de fait juridique de la première espèce : le décès, qui ouvre la succession (a. 718) ; de la seconde espèce : le changement de domicile (a. 103), qui va substituer un tribunal à un autre comme territorialement compétent. Les divers cas de responsabilité relèvent également de cette seconde définition.

Nous ne pousserons l'analyse plus avant qu'en ce qui concerne l'*acte juridique* et la *responsabilité*.

[168] 2 | L'ACTE JURIDIQUE

Des textes du C.C. (a. 1101 s.) relatifs aux contrats, on a tiré une théorie générale de l'acte juridique.

a) *Conditions requises pour la validité des actes juridiques* (a. 1108 s.)

1° *La volonté* (ou, plus spécialement dans les contrats, le *consentement*). — Cette condition se dédouble : il faut non seulement que la volonté existe, mais qu'elle soit exempte de vices. La volonté ne peut exister dans un être totalement dépourvu de raison : un fou, un enfant en bas âge. Tout en existant, elle peut être affectée par certains vices : l'erreur (du moins l'erreur portant sur quelque chose d'essentiel), le dol (qui consiste en une tromperie, des manœuvres, des mensonges destinés à provoquer l'erreur), la violence (qui est la pesée exercée sur la volonté par la crainte).

2° *La capacité.*

3° *L'objet.* — C'est ce sur quoi s'est portée la volonté. Beaucoup de contrats, faisant naître des obligations à la charge des deux contractants (*contrats synallagmatiques*, a. 1102), ont un objet double : ainsi, dans la vente, l'objet est d'un côté la chose vendue, de l'autre le prix. Faut-il une équivalence entre les deux objets ? C'est le problème de la *lésion* (préjudice pécuniaire résultant d'un acte juridique ; ex. l'acheteur a acheté trop cher, le vendeur a vendu à vil prix). La lésion, en principe (a. 1118), est sans influence (libéralisme économique) ; elle n'est une cause de rescision (nullité) que dans certains contrats (ex. vente d'immeuble si le vendeur est lésé de plus des 7/12) ou à l'égard de certaines personnes (mineurs, majeurs sous sauvegarde de justice, a. 491).

4° *La cause.* — Cet élément est difficile à définir ; on peut entendre provisoirement par là le mobile, le motif, qui a déterminé à faire un acte juridique. Il y a des actes juridiques que les tribunaux annulent pour cause illicite ou immorale (a. 1133 ; ex. assurance sur la vie en faveur d'une maîtresse au détriment de la famille légitime).

5° A cette liste de conditions positives, il convient d'ajouter une condition négative : il ne faut pas que l'acte juridique soit contraire à l'ordre public. L'a. 6 le dit expressément et l'a. 1134 le rappelle (les conventions *légalement* formées...). Le principe est la liberté (liberté contractuelle, *autonomie de la volonté*) ; l'ordre public est une exception, mais son importance s'est accrue considérablement avec la socialisation du droit civil.

6° Les conditions précédentes ne concernent que le contenu, le *fond* de l'acte juridique, conçu comme manifestation de volonté, par opposition à son enveloppe, à son revêtement, à sa *forme*. Dans notre droit, le principe est que les actes juridiques ne sont soumis à aucune exigence de forme ; le seul consentement fait leur essence, indépendamment de la forme qui les revêt (principe du *consensualisme* juridique). Par exception, il est des actes formalistes, des *actes solennels*, qui n'existent qu'à la condition d'être coulés dans une forme préconstituée (généralement, un écrit dressé par un officier public, notaire, maire, dont l'intervention confère à l'acte le caractère d'acte authentique, a. 1317). On en trouve dans le droit du patrimoine (ex. hypothèque, donation, contrat de mariage), et aussi dans le droit des personnes (mariage, reconnaissance d'enfant naturel).

Si un acte juridique a été fait sans les conditions requises, cette violation du droit entraîne sur lui des *sanctions* (expression technique pour désigner ici une certaine privation d'efficacité). Il y a une gamme classique de sanctions : inexistence, nullité absolue, nullité relative.

Lorsque l'acte manque de l'un des éléments essentiels (volonté, objet, et, dans les actes solennels, forme) hors desquels son existence est en quelque sorte inconcevable, il faudrait rationnellement le tenir pour *inexistant* (ex. contrat passé par un dément) ; mariage contracté entre deux personnes du même sexe ; contrat de mariage par acte sous seing privé). Tout le monde peut se prévaloir de l'inexistence de l'acte, ou, plutôt, il n'y a qu'une tentative d'acte, qui n'est opposable à personne (sans qu'il soit besoin d'intenter une action en justice pour faire prononcer son inefficacité). Rien ne pourra consolider après coup l'opération : ni la confirmation des intéressés, ni l'écoulement d'un délai. Toutefois, cette notion de l'inexistence n'est pas unanimement acceptée : beaucoup d'auteurs ramènent à la nullité absolue ce qui vient d'être appelé inexistence, et l'a. 489 ne frappe même que de nullité relative le contrat passé par un dément.

La *nullité absolue* (ou nullité d'ordre public) est la sanction qui frappe spécifiquement les actes juridiques faits en violation de l'ordre public, et aussi, pour ceux qui n'admettent pas la notion d'inexistence, les actes manquant d'un de leurs éléments constitutifs essentiels. La nullité absolue doit être prononcée par un jugement (jusque-là, confiance doit être provisoirement accordée à l'acte). Tout intéressé peut, d'ailleurs, demander l'annulation, et l'acte ne pourra être consolidé ni par la volonté des parties, à laquelle l'ordre public reste supérieur, ni par une autre prescription que la prescription trentenaire (prescription de droit commun, qui éteint toutes les actions en justice, a. 2262).

La *nullité relative* (on dit parfois : annulabilité) est la sanction spécifique des vices du consentement, des incapacités, de la lésion (pour la lésion, on dit spécialement *rescision*). C'est une *nullité de protection* : elle est conçue dans l'intérêt exclusif de la partie incapable ou victime de l'erreur, du dol, de la violence, de la lésion, afin de lui permettre de sortir d'une opération juridique où, par hypothèse, elle subit un tort. Aussi cette partie seule a-t-elle le droit d'exercer l'action en nullité (a. 1125), et rien ne l'empêche, une fois disparue l'incapacité, ou dissipé le vice du consentement, de consolider l'acte annulable (a. 1115), soit par une confirmation expresse (a. 1311, 1338), soit par une confirmation tacite, en laissant passer, sans agir, le délai d'une prescription spéciale (cinq ans, a. 1304), car l'annulabilité n'étant établie que pour un intérêt individuel, il doit être loisible aux individus d'y renoncer.

Que la nullité soit absolue ou relative, une fois prononcée par le juge, elle *retroagit* : non seulement l'acte annulé ne pourra plus produire d'effet, mais les effets qu'il avait eus dans le passé sont anéantis.

[169] b) *Effets des actes juridiques*

L'a. 1134, citadelle de l'autonomie de la volonté, compare, de façon expressive, le contrat à la loi. Le contrat (plus généralement l'acte juridique) a le même effet que la loi : il crée des droits et des obligations. Seulement, il ne produit cet effet que dans un cercle limité, tandis que la loi s'adresse à tous les citoyens. C'est le principe de l'*effet relatif* des conventions (a. 1165) : les conventions n'ont d'effet qu'entre ceux qui s'y sont volontairement soumis, c'est-à-dire les parties contractantes, non point à l'égard des *tiers*, étrangers à l'opération, elles sont *inopposables* aux tiers.

Il faut, néanmoins, réserver les conséquences d'une institution importante, la *représentation*, grâce à laquelle les incapables ou les non-présents peuvent faire des actes juridiques par l'intermédiaire d'autrui. En pareil cas, l'acte juridique crée des droits et des obligations en faveur ou à l'encontre non pas de ceux qui le font, qui y figurent, qui le signent, mais bien de ceux pour le compte de qui il a été fait : ils ont été représentés à l'acte. Car tel est le mécanisme élémentaire de la représentation : les effets de l'acte juridique se produisent en la personne du *représenté* et non pas du *représentant* : ex. en la personne du mandant et non pas du mandataire (représentation conventionnelle, dont le contrat de mandat est l'instrument, a. 1998), en la personne du mineur en tutelle et non pas du tuteur (hypothèse de représentation légale, a. 450, al. 1).

Les effets des actes juridiques peuvent être immédiats, ou différés dans le temps au moyen de *modalités* que les parties y insèrent, *terme* ou *condition* (1168 s.). Ces modalités affectent les droits (et les obligations) qui naissent de l'acte juridique. Il existe ainsi, à côté des droits purs et simples (qui peuvent s'exercer immédiatement), des droits à terme ou sous condition. Le terme est un événement futur et d'accomplissement *certain* (une date à venir ; la mort d'une personne vivante), qui suspend soit l'exigibilité (vous me paierez au 1^{er} avril prochain), soit l'extinction d'un droit (vous me paierez une rente viagère jusqu'à ma mort). La condition est un événement futur et d'accomplissement *incertain* (si j'entreprends tel voyage, s'il ne pleut pas samedi), qui suspend soit la naissance (je vous prendrai en location une voiture s'il ne pleut pas samedi), soit la résolution d'un droit (la location de ma maison sera résolue si j'entreprends tel voyage). Les deux modalités ont un caractère commun : l'événement envisagé se situe toujours dans l'avenir ; mais, tandis que la venue

(l'échéance) du terme est inévitable, il y a, dans la condition, une période où, la condition étant pendante, le droit qui en est affecté est incertain.

[170] 3 | LA RESPONSABILITÉ

Ne faire de tort à personne (*neminem laedere*), c'est depuis l'Antiquité comme un axiome du droit. Le dommage (ou préjudice) causé à autrui sous certaines conditions oblige celui qui l'a causé à le réparer. Réparer, c'est rendre la victime indemne, la remettre dans le même état que si le dommage ne s'était pas produit. La réparation a lieu normalement par équivalent sous la forme de dommages-intérêts (a. 1149), d'une indemnité pécuniaire allouée à la victime, en vertu du principe que l'argent paie tout (a. 1142). La réparation, parfois, peut aussi avoir lieu en nature, par ex. si des travaux ont été faits sans droit par un locataire, il pourra être condamné à les démolir (a. 1143). Les dommages-intérêts peuvent servir à réparer, non seulement un préjudice pécuniaire, mais un préjudice moral (atteinte à la réputation ; souffrance causée par la mort d'un être cher [c'est le *pretium doloris*]).

a) *Responsabilité du fait personnel*. — Cette responsabilité suppose qu'une faute a été commise par l'auteur du dommage ; c'est une responsabilité pour faute prouvée. L'a. 1382 est une formule tout à fait générale de notre droit. La *faute* n'a pas été définie par la loi, on peut entendre par là : le manquement à une obligation préexistante, ou encore le fait de ne pas se conduire comme se conduit l'homme diligent et soigneux, le bon père de famille, ce type abstrait que le droit prend souvent en considération (ex. a. 450). La faute peut être soit intentionnelle (délit civil), soit de négligence ou d'imprudence (quasi-délit).

Il faut opposer à la faute la *force majeure* et le *cas fortuit* (les deux expressions sont à peu près synonymes, ex. a. 1148). Ils font disparaître la faute et exonèrent de sa responsabilité l'auteur du dommage. Il n'a pu éviter le dommage, il a été contraint par une force à laquelle il ne pouvait résister ; à l'impossible nul n'est tenu (ex. si l'immeuble loué est incendié par la foudre, cette force majeure exclut la faute du locataire ; cf. a. 1733).

b) *Responsabilité du fait d'autrui*. — Il est des personnes qui sont rendues responsables du dommage causé par la faute d'autres personnes sur lesquelles elles exercent une certaine autorité. Ainsi, en vertu

de l'a. 1384, les père et mère sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs, les maîtres et commettants (pratiquement, les patrons) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Pourquoi cette responsabilité du fait d'autrui qui, philosophiquement, a quelque chose de contestable, car chacun ne devrait être responsable que de ses fautes personnelles ? Dans certains cas, on peut présumer la faute de celui qui est ainsi rendu responsable pour autrui, on peut penser que les père et mère, si l'enfant a causé un dommage, sont en faute de ne pas l'avoir bien surveillé, ou de ne pas lui avoir donné une bonne éducation. Pour les patrons, l'explication est un peu différente, c'est que, puisqu'ils ont le profit de l'activité de leurs salariés, par une juste réciprocité ils doivent en avoir les charges (c'est, par quelques côtés, une responsabilité fondée sur le risque).

c) *Responsabilité du fait des choses*. — La loi a prévu plusieurs cas où le propriétaire, ou bien le gardien d'une chose, est de plein droit responsable du dommage matériellement causé par cette chose. Ex. a. 1385, 1386, 1386-1. De l'al. 1^{er} de l'a. 1384, la jurisprudence, la plus importante des jurisprudences modernes, a tiré un principe de responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde. Telle est la solution du célèbre arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930, l'arrêt *Jand'heur* (D. 1930, 1, 55), consacrant, a-t-on dit, une responsabilité objective, fondée sur le *risque*. Cette solution avait été conçue, à l'origine, pour les accidents causés par les automobiles, où il est souvent très difficile de décider si le conducteur a commis une faute. Mais elle s'est étendue, par la suite, à bien d'autres sortes de dommages. Et finalement son domaine originaire lui a été retiré par une loi du 5 juillet 1985 (non incorporée au C.C.), la loi *Badinter*, dérivée ou dérive du projet *Tunc*, qui a institué un régime autonome de réparation en faveur des victimes d'accidents de la circulation.

B.G. — Pour l'approfondissement de ces matières, voir les tomes II, III et IV.

Chapitre II

RÉALISATION DES DROITS SUBJECTIFS

[171]

Le titulaire d'un droit peut l'exercer, mais il n'y est pas obligé. Le titre se conservera bien que le droit ne soit pas exercé. L'inaction, toutefois, n'est pas sans péril à la longue : les droits réels (mais non la propriété, selon la jurisprudence, cf. t. III, n° 77) se perdent par un non-usage prolongé pendant trente ans (a. 617, 706) ; si le créancier reste assez longtemps (trente ans au plus) sans réclamer son dû, son droit de créance est éteint, le débiteur est libéré (a. 2262). Tel est l'effet de la prescription extinctive.

Mais ne parlons pas de mort : les droits subjectifs, avant tout, sont faits pour vivre, pour être réalisés : ce n'est qu'ainsi qu'ils procureront à leur titulaire les jouissances qu'ils lui promettaient et qu'ils contenaient potentiellement. Leur réalisation, néanmoins, va présenter un aspect tout différent suivant qu'elle se heurte ou non à une contestation d'autrui.

En l'absence de contestation, le droit pourra se réaliser sans l'intervention d'un tribunal : c'est une *réalisation extrajudiciaire*, pacifique somme toute. Si le droit est contesté, un litige se noue, il va falloir une sorte de combat pour réaliser le droit : c'est la *réalisation judiciaire*. Cependant, extrajudiciaire ou judiciaire, la réalisation d'un droit suppose que la preuve en ait été produite et qu'aient été observés les délais qui étaient requis pour le faire valoir. Il y a là des *préalables* à toute réalisation. S'ils font défaut, le droit a beau exister, il est paralysé.

1 / Les préalables à toute réalisation des droits

S'il suffisait d'avoir un droit pour en jouir ! Le titulaire d'un droit qui veut le faire valoir doit commencer par vaincre certaines résistances, certains frottements que lui oppose la machinerie juridique elle-même. Car, par une préoccupation d'ordre, le droit objectif, au lieu de laisser les droits subjectifs s'affirmer n'importe quand et n'importe comment, en soumet la réalisation à des règles de *délai* et de *preuve*, quelquefois de *publicité*.

ÉTAT DES QUESTIONS

a) Entre le droit subjectif théoriquement reconnu et sa réalisation (judiciaire ou même quelquefois extrajudiciaire), les délais et les preuves forment comme deux écrans pratiques, à lever successivement. Les deux séries de règles offrent ce trait commun d'appartenir à la procédure civile autant qu'au droit civil. Toutes deux, pourrait-on encore remarquer, traînent semblablement derrière elles, pour le cas où elles n'auraient pas été respectées, une sorte de recours. Quelque chose de ce qui n'a pu se réaliser comme un effet de droit pourra se réaliser comme un effet de morale, que le droit prendra en compte. Ainsi, le débiteur que le créancier ne saurait poursuivre parce que le délai de la prescription est expiré, peut néanmoins s'estimer tenu d'une obligation naturelle, et s'il s'acquitte spontanément, son paiement aura une cause valable (ex. Com. 21 févr. 1949, D. 49, 208). Un peu différemment, si le créancier échoue à contraindre l'autre à s'exécuter faute de disposer de la preuve écrite qui est imposée par la loi, il peut encore espérer obtenir satisfaction au moyen de l'aveu ou du serment (a. 1350, 4°), pourvu que le débiteur s'y prête : ces preuves qui ont un ressort moral se substituent à la preuve de pure technique. Dans une philosophie de droit naturel, on expliquera que nos règles artificielles de délais et de preuves peuvent bien servir à refouler des droits qui n'ont été conférés à l'individu que par le droit positif ; mais qu'elles sont impuissantes à anéantir des droits subjectifs qui ont le caractère de droits naturels.

b) *Obligation d'informer et publicité*. — Si le principe est que nul n'est tenu de faire connaître à autrui les faits et les actes qui le concernent, il n'en existe pas moins des obligations légales d'informer. Telle l'obligation de renseignements que le droit de la consommation notamment fait peser sur le commerçant à l'égard de ses clients. Telle l'obligation de communication réciproque dont sont tenues les parties au procès (a. 15 C. Pr. C.), comme leurs avocats, et qui se traduit par des notifications (a. 651) ou des « actes de Palais » (a. 671). De ces types d'information à personne dénommée,

la publicité se distingue en ce qu'elle est une information *personis incertis*, lancée dans le public. On rencontre des cas de publicité obligatoire aussi bien dans le droit des personnes et de la famille (ex. les registres d'état civil, les publications de mariage) que dans le droit patrimonial (les sociétés civiles doivent être immatriculées, les ventes sur saisie font l'objet d'annonces). Par analogie avec les termes usités dans la théorie du paiement (cf. t. IV, n° 328), les spécialistes distinguent deux catégories selon que la publicité est quérable ou portable (cf. Sayag *et al.*, *Publicité légale et information dans les affaires*, 1992). La publicité est quérable quand il faut aller chercher l'information à la source (ex. pour l'hypothèque, à la conservation des hypothèques, a. 2196) ; elle est portable quand elle va au-devant des curieux (ex. l'affichage de la prochaine vente de l'immeuble saisi, a. 699, 700 s. C. Pr. C. ancien). Chaque catégorie de publicité a son type approprié de « support », les registres attendent d'être consultés ; les affiches vont sur la voie publique. L'insertion dans la presse est un autre type de publicité portable, mais pas dans n'importe quel journal ; les *journaux d'annonces judiciaires et légales* ont un monopole (l. 4 janv. 1955). La publicité apparaît comme un prolongement de la procédure, et elle n'est pas sans rapport avec les délais (le temps influe sur l'effet psychologique de l'information ; ex. a. 64, 65, pour les publications de mariage).

[172] 1 | LES DÉLAIS

Le délai est l'espace de *temps* qui est accordé par la loi pour l'exercice d'un droit. Il est usuel de raisonner ainsi sur les délais légaux. Il est des délais d'autres sortes, cependant, ceux qui peuvent être accordés par des contrats (ex. le temps convenu pour la délivrance de la chose vendue, a. 1610) ou par des jugements (ex. le temps prévu pour l'exercice du droit de visite après divorce). Dans tous les cas, l'effet est le même : le droit hors délai ne se réalise pas ; le titulaire du droit est *forclos*, et c'est comme s'il n'avait pas de droit.

Le but des délais est de presser les intéressés à agir, et d'imprimer ainsi à la vie juridique un rythme tant soit peu rapide. Mais la loi escompte aussi que, bien souvent, les titulaires des droits laisseront le temps s'échapper sans agir, elle a l'arrière-pensée qu'il pacifie toutes choses.

a) *Différentes sortes de délais*. — Dans une acception large, tout laps de temps auquel s'attachent des conséquences juridiques peut être regardé comme un délai. Ce qui autorise à faire entrer dans la catégorie les *prescriptions*, du moins les prescriptions extinctives, aussi bien que les *délais préfix* et les *délais de procédure*.

L'institution de la *prescription extinctive* est réglementée dans le dernier titre du C.C. (art. 2219 s. ; place logique pour ce qui est, en somme, la mort naturelle des droits subjectifs). Du long repos que les intéressés ont donné à leurs droits, la loi tire les conséquences, et de ce

qui n'était qu'un fait (le non-exercice des droits), elle fait sortir un état de droit qui le consolide.

C'est un principe de notre droit que les droits subjectifs (notamment les droits de créance) se perdent par leur non-exercice prolongé, *se prescrivunt*, s'éteignent au bout d'un certain temps. A tout le moins, selon l'analyse que semble adopter l'a. 2262, c'est l'action en justice qui est éteinte, par laquelle pouvait être mis en œuvre le droit subjectif. La prescription extinctive de droit commun, applicable à tous les droits, dès lors que la loi n'a pas établi de délai plus bref, est la prescription trentenaire (a. 2262). Mais au-dessous de la prescription trentenaire, il y a de nombreuses prescriptions exceptionnelles, qui sont applicables en vertu de textes particuliers, pour des hypothèses légalement définies. On en trouve de toutes tailles. Ex. prescription extinctive de cinq ans (a. 1304) concernant l'action en nullité des conventions pour incapacité ou vice du consentement.

De la prescription extinctive, les *délais préfix* et les *délais de procédure* se différencient à première vue par ce caractère qu'ils ont en commun d'être très brefs. Mais entre eux, il n'est pas toujours facile de faire une distinction. Le délai préfix semble toucher davantage au fond du droit (ex. a. 316), tandis que le délai de procédure s'insère dans la marche d'un procès pour y jouer le rôle d'accélérateur (ex. délai d'appel, a. 538 C. Pr. C.), ce qui n'empêche pas, du reste, les lenteurs de la justice d'être un éternel sujet de plainte chez les justiciables.

b) *Computation des délais*. — La computation des délais peut être forfaitaire ou utile. Le délai utile est un délai dans lequel on ne retient que les moments où le titulaire du droit a pu agir effectivement, on serre la réalité du plus près. Au contraire, dans le système du délai forfaitaire, on retient tous les moments du délai, on les considère tous comme égaux : le temps est homogène, et le droit doit se contenter d'approximations.

Par certains côtés, la computation des délais est, dans notre droit, *forfaitaire* : 1° Les délais se comptent par jour et non par heures (a. 2260), bien que, dans une journée de vingt-quatre heures, toutes les heures n'aient pas pour agir juridiquement la même valeur ; 2° De quantième à quantième, et non par révolution de trente jours, bien que tous les mois n'aient pas la même longueur ; 3° Par années, sans tenir compte des bissextiles ; 4° Ils ne comportent pas, en général, d'extension à raison des jours fériés qui s'y rencontrent, ni même des jours fériés sur lesquels ils expirent ; 5° Ils courent contre toutes personnes, en principe, quelle que soit leur situation personnelle (a. 2251), bien que cette situation soit parfois un handicap pour l'action.

La computation des délais, à d'autres égards, est dite *utile*. 1° Dans les délais, on ne compte pas le terme de départ, le *dies a quo*, le jour de l'acte, de l'événement, de la décision, de la notification qui les fait courir (a. 641 C. Pr. C.) ; 2° Certains délais sont prolongés lorsque le dernier jour se trouve être un jour férié, ou même un samedi (a. 642 C. Pr. C.) ; 3° Les prescriptions extinctives sont suspendues au profit des incapables, mineurs et majeurs en tutelle (a. 2252 ; toutefois, cette suspension ne joue pas pour les délais de procédure, ni pour les délais préfix) ; 4° Lorsqu'une partie a été empêchée d'agir par un obstacle imprévisible et insurmontable, constitutif de force majeure, il peut y avoir relèvement de la forclusion encourue. Ce relèvement est la conséquence d'une maxime, *contra non valentem agere non currit praescriptio*, que la jurisprudence applique à la prescription extinctive et même parfois aux délais préfix. Cependant, il s'agit là d'une jurisprudence d'équité qui n'est pas absolue : c'est compte tenu de toutes les circonstances que le tribunal accordera ou non le relèvement de la forclusion, lèvera l'obstacle formaliste résultant de l'expiration d'un délai (cf. t. IV, n° 361).

[173] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — A. Outin-Adam, *Essai d'une théorie générale des délais*, Th. Paris II (ronéo), 1986.

Dans cette institution, la philosophie du *temps* peut s'engouffrer (ex. Hébraud, pour le droit civil, *Mélanges Kayser*, 1979, II, 1 ; Guinchard, pour la procédure, *Ann. Fac. dr. Clermont*, 1983, 21). Au temps abstraitement mesuré, Bergson opposait la durée concrètement vécue. Le droit s'efforce parfois de mettre dans la computation des délais de la durée en place de temps (ex. la notion de délai utile, la suspension de la prescription, l'application de la règle *Contra non valentem...* à l'ignorance) : à ceux pour qui le temps passe trop vite il accorde un allongement. Mais il arrive aussi que l'allongement soit accordé par faveur pour une catégorie sociale : les salariés sont montés à cinq ans en 1971 (a. 2277), comme les médecins à deux ans en 1892 (a. 2272). Événement plus exceptionnel, l'administration fiscale, qui s'était fait de ennemis, a été réduite à trois ans par la loi du 11 juillet 1986, a. 18. Au demeurant, il est difficile de proposer au législateur une orientation générale : nos délais, dans l'ensemble, sont-ils trop brefs ? trop longs ? Entrechoc d'arguments (cf. R.T., 52, 172) ; les communications s'accroissent, mais la France est plus paresseuse (*week-ends*, vacances, etc.) ; les écrits qui gardent mémoire sont usuels, mais il n'est pas moins usuel de les perdre. Et puis, oublier n'est-il pas un droit ? Dans le détail, l'état du droit positif laisse beaucoup à désirer : non seulement la distinction entre délai de procédure, délai préfix et prescription est obscure (cf. t. IV, n° 360, et la l. 5 juill. 1985, sur les accidents de la circulation y a ajouté une notion indéfinie des « délais pour agir », a. 2244), mais encore la variété des coupes, surtout en droit civil, est excessive.

Le délai, tant qu'il est le préalable à la réalisation d'un droit, n'est qu'avertissement, menace peut-être, conseil adressé au titulaire du droit (créancier, propriétaire dépossédé, plaideur). Ce premier temps est vide de droit, bien qu'en attente de droit. Attente évoque veille et, partant, vigilance. *Vigilantibus jura prosunt*, déclare un adage (le droit profite aux vigilants). Le paradoxe du délai, c'est qu'il est donné au titulaire du droit comme une liberté dont il n'a pas à rendre compte, et que, rétrospectivement, un blâme pourra être porté sur l'usage qu'il a fait de cette liberté. C'est par leur inobservation que les délais entrent dans le droit. Etant mis à l'écart le cas tout différent de la prescription acquisitive, le délai terminé sans que le droit ait été exercé a pour conséquence la perte du droit. C'est la *sanction* des délais, notion générique pouvant en recouvrir de spécifiques : *extinction* pour les prescriptions, *déchéance* ou *forclusion* pour les délais préfix et les délais de procédure. Le temps, comme l'âge, est un critère d'une sécheresse qui évite les discussions : le principe est qu'un délai ne peut être allongé, prorogé par le juge pour des motifs d'équité. C'est ainsi que l'inobservation d'un délai de procédure par une partie doit être obligatoirement sanctionnée lors même qu'elle n'aurait causé aucun préjudice à l'adversaire (le manquement est plus grave qu'une nullité de forme au sens de l'a. 114, al. 2, C. Pr. C. (Civ.² 28 nov. 1979, *J.C.P.*, 80, 2, 19471 ; Civ.² 25 nov. 1981, *R.T.*, 82, 476, n. Perrot)). Le principe, néanmoins, ne va pas sans tempéraments : la maxime *Contra non valentum...* est parfois maniée par les tribunaux comme un relèvement équitable de déchéance ; la loi elle-même peut prévoir que, le délai expiré, un autre puisse être demandé au juge (ex. a. 798, 800) ; il est des délais qui ne sont sanctionnés d'aucune forclusion, l'acte peut encore être accompli, le retardataire encourant seulement une responsabilité civile si son retard a préjudicié à autrui (ex. a. 451, al. 2, 452, al. 1). Les délais mal sanctionnés, voire non sanctionnés, ne sont pas, pour autant, dépourvus d'effet : ils agissent comme stimulants psychologiques.

L'urgence est un délai qui n'est écrit nulle part. Elle est le ressort des ordonnances de référé (a. 808 s. C. Pr. C.), et peut même y servir de prétexte à bousculer certaines garanties de la défense. Comme la nécessité (cf. t. III, n° 129), elle peut conférer le pouvoir d'agir en dehors des règles ordinaires (ex. a. 1724). Cf. Vasseur, *R.J.*, 54, 405 ; Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du dr. civ.*, 1968. La célérité (ex. a. 485, al. 2) est une urgence... accélérée (cf. C. Silvestre, Le principe de la célérité en procédure, *Dr. pros.*, 96, 145) : il y a ainsi des référés d'heure à heure. Comme la lenteur de la justice est une des doléances les plus fréquentes chez les justiciables, lorsque, par exception, elle est rapide, on doit se réjouir. Toutefois, il arrive aussi que les procédures d'urgence, avec leur effet de surprise, soient employées comme des ruses de guerre permises.

[174] 2 | LES PREUVES

Bien souvent, les droits sont comme s'ils n'existaient pas, parce qu'ils ne peuvent être prouvés. Un adage ancien l'exprime : c'est la même chose que de ne pas être ou de ne pas être prouvé (*idem est non esse aut non probari*). Sage recommandation qu'un avocat ne doit pas

manquer de rappeler à ceux qui le consultent. Prouver un droit, c'est le faire apparaître sinon comme vrai (car, dans l'univers juridique, on ne prétend pas atteindre à la vérité), du moins comme probable.

La matière est dispersée dans le C.C. et le C. Pr. C. Le C.C. a consacré un chapitre entier (a. 1315-1369) à la preuve des obligations et du paiement, dont beaucoup de dispositions sont suffisamment générales (ex. a. 1315) pour être regardées comme constituant le droit commun de la preuve. Mais il a aussi, ça et là, adossé à certaines institutions un régime spécial de preuve (ex. pour le divorce, a. 259 s. ; pour la filiation, a. 311 s.). Le C. Pr. C. traite de la preuve en deux endroits : aux a. 9-11 il a posé des principes généraux ; au titre VII du livre I^{er} il organise en détail l'administration judiciaire de la preuve (a. 132/322).

Traditionnellement, du reste, l'attention se concentre sur la *preuve judiciaire*, la preuve produite ou appelée à être produite en justice. Il arrive, pourtant, couramment que l'on ait à prouver son droit en dehors de tout procès. De cette *preuve extrajudiciaire*, le régime est fragmenté et souvent mal élucidé. Il n'en sera donné qu'un aperçu.

► La preuve extrajudiciaire

Les hypothèses sont nombreuses et très pratiques : un acheteur, avant de contracter, réclame au vendeur la preuve de sa propriété ; un commerçant à un client la preuve de sa capacité ; un notaire à un soi-disant héritier la preuve de sa qualité ; une administration à un candidat la preuve de sa nationalité (donc de sa filiation) ; un policier à un passant la preuve de son identité (l'identité est, au fond, une notion de droit civil). Quelques situations ont été réglées directement par des textes (ex. pour la preuve de l'identité, de l'état et du domicile des parties à un acte notarié, le d. 26 nov. 1971, a. 5, qui laisse d'ailleurs au notaire une marge d'appréciation ; pour la preuve de l'identité au regard des autorités de police, laquelle peut se faire *par tout moyen*, malgré le privilège de fait accordé à la carte nationale, 10 août 1993). En l'absence de texte, là où la preuve est réclamée par un contractant qui serait libre de ne pas contracter, on admettra qu'il lui appartient de fixer plus ou moins haut la barre de son exigence (c'est comme si, avant le contrat principal, il devait y avoir une convention tacite sur la preuve). On l'admettra plus difficilement d'un notaire qui peut être tenu de prêter son ministère à qui le requiert (l. 25 ventôse an XI sur le notariat, a. 3). Dans tous les cas, une limita-

tion serait concevable : il pourrait y avoir, semble-t-il, abus du droit à réclamer une preuve, sinon impossible (ex. que le défunt n'a pas laissé de testament), du moins disproportionnée à l'intérêt en jeu. Et, à l'inverse, on ne saurait imputer une faute d'imprudence à celui qui, pour une opération usuelle, s'est contenté de l'apparence du droit, sans imposer le degré de preuve qui eût été exigible en justice (ex. l'extérieur physique ou mental, comme preuve de *prima facie* de l'âge de la majorité, au lieu de la production d'un acte de naissance). La loi est justement intervenue en ce sens (a. 221-222, l. 13 juill. 1965) : afin de dispenser les gens mariés, surtout les femmes, dans leurs relations avec les banques et le notariat, d'avoir à rapporter une preuve trop parfaite de leurs droits, elle a créé des présomptions qui exonèrent de toute responsabilité les tiers de bonne foi.

[175] ► La preuve judiciaire

A s'en tenir désormais à la *preuve judiciaire*, il est classique d'y distinguer deux temps : la *charge* de la preuve et les *moyens* de preuve. *Qui doit prouver et comment ?*

a) *La charge de la preuve*. Il convient d'en préciser les effets. — C'est d'abord un effort, un travail qui est imposé à une partie (le synonyme usuel, *fardeau* de la preuve, *onus probandi*, est plus expressif encore) : il lui faut se procurer (d'avance ou après coup) la preuve telle que requise par la loi quant aux moyens, la produire dans l'instance, convaincre le juge.

— Mais, derrière ce premier effet, un second se cache : si celui à qui la charge incombe ne parvient pas à prouver, sa prétention sera rejetée ; il perdra son procès, il perdra même son droit (du moins dans les limites de l'autorité relative de la chose jugée) ; où l'on voit que n'être pas prouvé et n'être pas, pour le droit subjectif, c'est même chose. La charge de la preuve désigne ainsi le perdant éventuel pour le cas de doute sur le fond du droit : c'est ce que l'on appelle parfois *l'imputation du risque de la preuve*.

Le juge étant neutre, c'est à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention (a. 9 C. Pr. C.). Rationnellement, la charge de la preuve incombe en premier lieu au demandeur (*actori incumbit probatio* : a. 1315, al. 1), puisque c'est lui qui prend l'initiative de rompre le *statu quo*. Mais si, le demandeur ayant démontré son droit, le défendeur invoque contre lui des moyens de défense (a. 71 s. C. Pr. C.), le second devient pour ainsi dire demandeur à l'intérieur de ses

moyens de défense, et c'est dès lors à lui de les prouver (a. 1315, al. 2 : *reus in excipiendo fit actor* = le défendeur devient demandeur dans l'*exception* qu'il invoque [l'*exception*, c'était autrefois tout moyen de défense ; aujourd'hui, le mot tend à se restreindre aux seuls moyens de procédure, cf. a. 73 C. Pr. C.]).

Il est des cas où, par dérogation au principe, le demandeur se trouve dispensé de faire la preuve du droit qu'il allègue. C'est le résultat des *présomptions légales*. Ex. l'enfant conçu pendant le mariage est dispensé de prouver qu'il a été engendré par le mari de la mère ; c'est la célèbre présomption de paternité de l'a. 312. L'a. 1349 définit les présomptions légales des conséquences que la loi tire d'un fait connu (ou qui peut l'être ; ex. la conception pendant le mariage) à un fait inconnu (ex. la paternité). Leur fondement est dans la probabilité, le *plerumque fit* : dans la plupart des cas, l'enfant issu d'une femme mariée a pour père le mari ; la loi est partie du normal pour formuler la règle, qui se traduit par une *dispense de preuve* pour tous les intéressés. Plus exactement, à la charge d'une preuve difficile (le phénomène biologique) est substituée la charge d'une preuve facile (la production de l'acte de mariage). Plutôt que dispense de preuve, il y a *déplacement de l'objet* de la preuve.

Les présomptions légales n'ont pas toujours même force : la dispense de preuve peut être provisoire ou définitive. Il est des présomptions qui laissent place à la preuve contraire (*présomptions simples*). Ex. le mari de la mère (a. 312, al. 2) a le droit de faire tomber la présomption de paternité en démontrant qu'il ne peut pas être le père de l'enfant. La présomption aboutit ici à un simple *renversement du fardeau de la preuve*. Dans d'autres cas, elle est *irréfragable* : non seulement il y a dispense de preuve, mais la preuve contraire est interdite. Tel est le sens de l'*autorité de la chose jugée*. Le C.C. (a. 1350-1351) la présente comme une présomption légale : c'est une présomption légale et irréfragable de vérité s'attachant sous certaines conditions à ce qui a déjà été jugé. En aucun cas, on ne pourra remettre en question la chose jugée en offrant de prouver son inexactitude, car ce serait recommencer le procès.

Les présomptions légales, fussent-elles simples, ont une extrême utilité pour la partie au profit de qui elles sont instituées. Non seulement parce qu'elles la dispensent de faire une démonstration qui pourrait lui être difficile, mais parce qu'elles ont pour résultat de laisser à la charge de son adversaire tous les cas douteux, pour lesquels la preuve ne peut être rapportée dans un sens ni dans l'autre (imputabilité du risque de la preuve).

Les présomptions simples sont couramment appelées présomptions *juris tantum* (du droit seulement), et les présomptions irréfragables présomptions *juris et de jure* (du droit et concernant le droit). On peut essayer d'éclairer ces expressions énigmatiques, héritées des glossateurs du Moyen Âge, en remarquant que, si toutes les présomptions légales viennent du droit positif, ont été créées par lui, les présomptions irréfragables ont en outre pour caractère propre de porter sur lui, d'en modifier l'ordonnement.

Les présomptions légales ne sont parfois qu'implicites dans la loi, doivent s'induire de la preuve qu'elle met à la charge d'un demandeur. Ainsi, dans l'a. 489, puisque ceux qui agissent en nullité d'un acte pour trouble mental doivent prouver l'existence de ce trouble au moment de l'acte, il faut lire la présomption (raisonnable et même salubre) que tout être humain est continuellement sain d'esprit.

[176] b) *Les moyens de preuve.* — La Cour de cassation rappelle comme un principe qu'on ne peut se constituer de preuve à soi-même. Elle rattache ce principe à l'a. 1315 ; elle aurait pu, plus exactement, l'induire *a contrario* des a. 1329-1332, ainsi que de l'a. 1347, al. 2 (... émané de celui...). Le rejet des preuves autoconstituées n'est pas, d'ailleurs, absolu : là où les présomptions sont admissibles, une preuve unilatérale pourra être retenue, et pesée, en tant que présomption.

Distinction plus importante : celle des *preuves préconstituées*, ou *a priori*, et des *preuves a posteriori*.

1° *Preuves préconstituées.* — Ce sont des preuves écrites, des écrits destinés à faire preuve (*actes*, au sens d'actes instrumentaires, par opposition à l'acte *negotium*, visé dans l'expression « acte juridique »). Elles sont établies d'avance, au moment où les parties créent le droit, pour le cas où un litige surviendrait ensuite (et dans la pensée que, précisément, leur existence dissuadera d'un procès). Leur domaine propre est donc le contrat (cf. t. IV, n°s 94 s.). On en rencontre parfois l'équivalent, cependant, pour des faits juridiques (ex. preuves des naissances et décès par les actes de l'état civil).

Il existe deux grandes catégories d'écrits destinés à faire preuve : *actes sous seing privé* et *actes authentiques*. L'acte sous seing privé (a. 1322 s.) est celui qui est rédigé librement par les particuliers, sans l'intervention d'un officier public. Il doit être revêtu du seing, c'est-à-dire de la *signature* des parties. La signature est à la fois un procédé d'identification et le signe qu'une *volonté* proprement juridique s'est manifestée. Le passage du simple projet à l'acte se marque par l'apposition de la signature.

L'acte sous seing privé a une moindre force probante que l'acte authentique, qui est l'acte reçu par un officier public compétent, dans les formes légalement requises (a. 1317 s.). Sont officiers publics compétents et donnent le caractère authentique aux actes rédigés par eux les maires en tant qu'officiers de l'état civil, les greffiers, les huissiers, et surtout les notaires, dont c'est la profession que de faire des actes authentiques à la demande des particuliers. L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux. L'inscription de faux est une procédure spéciale (a. 303 s., C. Pr. C.) qui sert à constater l'existence d'un faux en écritures. Comme elle est compliquée, et périlleuse pour celui qui l'intenterait sans réussir à démontrer le faux allégué, elle n'est pas volontiers utilisée. C'est dire qu'à l'acte authentique s'attache une force probante qui n'est pas ébranlée facilement. Toutefois, il faut préciser qu'elle ne s'attache pas indistinctement à l'acte tout entier, mais seulement aux mentions que l'officier public a pu vérifier par lui-même, *proprieis sensibus* (ex. le notaire a entendu les parties déclarer qu'elles voulaient vendre et acheter : l'énonciation qu'il en fait vaudra jusqu'à inscription de faux ; mais si l'acheteur, un homme marié, déclare que l'argent avec lequel il va payer lui est personnel et ne vient pas de la communauté, le notaire n'ayant aucun moyen de vérifier cette déclaration, la mention n'en fera foi que jusqu'à preuve contraire).

De surcroît, l'acte notarié est assorti de la formule exécutoire (cf. *infra*, n° 190). Ce qui permettra au créancier, si sa créance est certaine et liquide (a. 551 C. Pr. C. ancien), de passer d'emblée à la saisie des biens du débiteur défaillant, alors que, muni d'un simple titre sous seing privé, il devrait d'abord agir en justice pour obtenir la formule exécutoire d'un jugement.

[177] 2° *Preuves constituées après coup.* — Si le demandeur ne s'est pas réservé — ou n'a pu se réserver — à l'avance une preuve écrite de son droit, il lui faut en fournir d'autres au juge lorsque le procès est introduit. Pour être ainsi porté en justice, chaque moyen de preuve doit, selon sa nature, se couler dans une procédure particulière, destinée notamment à faire respecter le principe du contradictoire (c'est la procédure de l'*administration de la preuve* (a. 132 s. C. Pr. C.)). Des divers moyens de preuve que connaît notre droit, il en est qui peuvent être dits *objectifs*, d'autres *subjectifs*.

Moyens objectifs. — Le plus immédiat est la *constatation directe des faits par le juge* (à ne pas confondre avec la connaissance personnelle qu'il aurait pu en avoir en dehors du procès, connaissance per-

sonnelle qu'il a le devoir de refouler de son esprit, car elle violerait le principe du contradictoire). La constatation directe des faits est, au demeurant, rarement praticable (ce sera par ex. la visite des lieux, dans une affaire mettant en cause un immeuble, a. 179 s.).

Le plus souvent, le juge ne constate pas les faits par lui-même, mais délègue un technicien, un homme de l'art (ex. médecin, comptable) pour les constater (a. 232 s.). L'*expertise* (a. 263) est la variété la plus importante de ces *mesures d'instruction* exécutée par des *techniciens*. Il est essentiel d'affirmer qu'en droit le juge n'est jamais lié par les avis d'un technicien (a. 246).

Le *témoignage* est aussi un moyen objectif de preuve, parce qu'il émane d'un *tiers*, non-partie au procès, donc supposé impartial (rubrique précédant l'a. 199). Si le contraire apparaissait, le témoignage n'en serait pas moins recueilli, mais il pourrait s'en trouver affaibli (cf. a. 210, 220, al. 1). Les témoins déposent oralement sur des faits dont ils ont eu personnellement connaissance. Leur devoir est de dire la vérité, s'il se peut la vérité objective. Ce qui ajoute à leur crédibilité, c'est le serment qu'ils prêtent (a. 211), et les peines qui planent sur le faux témoin, même en matière civile (a. 434-14 N.C.P.). La preuve testimoniale est administrée par une procédure particulière, l'*enquête* (a. 204), dont un diminutif est l'*attestation* (écrite) (a. 200). C'est le tribunal qui, en ordonnant l'enquête, décide si elle aura lieu en audience publique, en chambre du conseil ou devant un juge.

Aux témoignages sont assimilées les *présomptions*, non plus présomptions de la loi, mais présomptions de l'*homme* (l'homme étant ici le magistrat). Ce sont tous indices, tous éléments de conviction appréciés par la réflexion du juge (a. 1353 ; ex. dans un procès de filiation, la ressemblance entre l'enfant et le parent supposé ; la marque des langes de l'enfant trouvé). La loi semble exiger un faisceau de présomptions concordantes ; mais les tribunaux se contentent parfois d'une présomption unique, si elle est grave et précise.

Moyens subjectifs. — Ils sont *subjectifs* parce qu'ils consistent dans des déclarations émanant non d'un tiers, mais de l'un des sujets du procès. On pourrait également les qualifier de moyens *moraux*, car les déclarations dont il s'agit ont pour ressort un certain sentiment moral chez le déclarant.

L'*aveu* est la déclaration par laquelle l'une des parties, en présence du juge, reconnaît l'exactitude d'un fait qui lui est défavorable, allégué par son adversaire. L'a. 1353-4° présente l'aveu comme une présomption légale : il est rationnel de présumer, en effet, que l'intérêt étant un puissant motif pour mentir, celui qui parle contre son intérêt est sin-

cère. Mais avouera-t-il ? L'aveu, a-t-on dit, est la tentation des coupables : c'est surtout le devoir des honnêtes gens. L'aveu, pour être probant, doit être spontané. Le juge peut, toutefois, le provoquer par ses interrogations, en ordonnant la *comparution personnelle* des parties ou de l'une d'elles (a. 184 s.). Si la partie se dérobe à la comparution ou élude les questions qui lui sont posées, elle crée contre elle un élément de conviction (a. 198), à apprécier parmi d'autres. Mais si elle avoue en présence du juge, son aveu fait pleine foi contre elle (la reine des preuves, dit-on parfois). Au-dessous de cet aveu judiciaire, la loi fait une place à l'*aveu extrajudiciaire* (a. 1355), en lui accordant une moindre force probante (c'est ainsi qu'une lettre missive sera parfois, suivant son contenu, retenue comme aveu extrajudiciaire).

Le *serment* est l'affirmation solennelle, par une partie, d'un fait qui lui est *favorable* (a. 1357). Que cette affirmation fasse preuve a quelque chose de paradoxal, et dans une société de cyniques on s'étonne que le moyen ait encore quelque utilité. Le postulat est que, par crainte religieuse (originellement, qui prête serment prend la divinité à témoin et s'offre à être châtié un jour par elle s'il avait menti), les hommes hésiteront à se parjurer ; ou, plus laïquement, que par sentiment d'honneur, peur de perdre la face (le serment est prêté, a. 317, devant les magistrats, représentants de la société), outre la menace des peines du faux serment (a. 434-13 N.C.P.), il hésitera à mentir. Ce peut être, en tout cas, l'ultime recours : un créancier qui n'a pas d'autre moyen de preuve *déférera le serment* à son débiteur prétendu : c'est-à-dire lui demandera de jurer que la dette alléguée n'existe pas. Si celui à qui le serment est déféré le prête, la preuve est faite en sa faveur : il est irréfragablement présumé ne rien devoir (il y a là encore une présomption, a. 1353-4°). S'il refuse de le prêter, la preuve est faite contre lui que la dette existe. C'est le serment *décisoire* (a. 1358).

[178] 3° *Admissibilité et valeur respective des différents moyens de preuve.* — On peut concevoir deux systèmes opposés : le système des preuves légales, où tout est déterminé par la loi d'une manière limitative et contraignante pour le juge (notre Ancien Droit avait pratiqué le système) ; à l'inverse, un système d'entière liberté d'appréciation, où le juge accorde aux moyens de preuve qui lui sont proposés le crédit qu'il estime bon. Le C.C. suit entre les deux méthodes une voie moyenne.

L'admissibilité des moyens de preuve est limitée très étroitement dans le droit de la famille ; le C.C. y détermine avec rigueur les moyens de preuve utilisables : non seulement pour établir l'existence

du mariage, qui est un acte juridique, mais même pour établir la naissance, la filiation, etc., qui sont des faits (cf. t. II).

Concernant le droit patrimonial, l'idée inspiratrice est que, lorsqu'il s'agit d'un contrat, les parties ont dû prévoir qu'elles auraient à faire la preuve de leurs droits : en conséquence, elles sont en faute si elles ne se sont pas ménagé une preuve préconstituée. D'où le principe que la preuve des *actes juridiques*, et spécialement des contrats, ne peut être faite qu'à l'aide d'un écrit, la forme de cet écrit étant d'ailleurs libre en général (cf. t. IV, n° 95). L'exigence est posée par l'a. 1341 pour tous les contrats dans lesquels l'intérêt en jeu dépasse une certaine somme, appelée à être périodiquement réévaluée par décret (actuellement 5 000 F, d. 15 juill. 1980). Toutefois, le principe comporte des tempéraments. Si les parties, sans avoir une preuve écrite préconstituée, peuvent produire un commencement de preuve par écrit défini par l'a. 1347 (une *lettre missive* peut répondre à cette définition), ce commencement de preuve autorisera le recours à des témoignages et présomptions pour faire une preuve complète. De même, comme à l'impossible nul n'est tenu, si les parties ont été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se réserver une preuve écrite, ou si l'écrit, ayant d'abord été dressé régulièrement, s'est trouvé ensuite perdu ou détruit par un cas de force majeure, la preuve testimoniale sera recevable (a. 1348, al. 1). Une autre exception, de faveur, a été introduite dans l'a. 1348, al. 2 : les banques, les grandes entreprises éprouveraient beaucoup de difficultés à conserver, pendant plusieurs années, les millions d'écrits constatant la masse des contrats qu'elles ont passés ; elles pourront les remplacer par des microfilms qui auront la même force probante que les originaux.

Retour à la nature des choses avec la preuve des *faits juridiques* : elle peut se faire par témoignages ou présomptions (de l'homme), sans être soumise à l'exigence de l'écrit préconstitué (ex. faits générateurs de la responsabilité, a. 1348, al. 1) : il serait bien impossible de se ménager d'avance une preuve écrite de ces faits.

Il peut parfois s'élever un conflit entre deux moyens de preuves en contradiction. Le C.C. (a. 1341) a prévu un de ces conflits possibles : entre la preuve écrite et la preuve testimoniale, et tranché en faveur de la première, lorsqu'il déclare qu'il ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu des actes (la preuve testimoniale ne peut intervenir ni pour contredire une preuve écrite, ni pour y ajouter). Dans d'autres conflits, le juge appréciera librement la valeur qu'il convient d'attacher à chacun des moyens de preuve contradictoires.

On relèvera, cependant, que l'aveu judiciaire et le serment décisoire sont, en quelque manière, hors hiérarchie : l'aveu bouscule les autres moyens de preuve ; le serment décide du procès en l'absence d'autre moyen de preuve.

[179] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol et Ripert, t. VII, *Obligations*, n°s 1406 s. par A. Gabolde ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, par R. Perrot, n°s 1137 s. ; Aubry-Rau, t. XII, 7^e éd. par P. Esmein, § 749 s. (les notes de Bartin sur la 5^e édition ont été admirées à juste titre pour leur force pénétrante ; malencontreusement, P. Esmein les a souvent gommées). Peut-être aurait-on profité à revenir quelquefois à Bonnier, longtemps classique, *Traité théor. et prat. des preuves*, 2 vol. 1873. — Synthèses modernes : Ghestin-Goubaux, n°s 627-734 ; Mazeaud-Chabas, n°s 370-437. Cf. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations*, Th. Poitiers, 1945 ; J.-B. Denis, Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil, *R.T.*, 77, 671 (la preuve morale et la morale de la preuve) ; Pérelman, *Foriers et al., La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, spéc. p. 7, 315, 357 ; X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, 1994 ; le numéro spécial de *Droits*, 96 (23), *La preuve*.

HISTOIRE

V. La preuve, *Rec. de la Société Jean-Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 4 vol., Bruxelles, 1963-1965, J.-Ph. Lévy, ensemble d'études, in *Diachroniques*, Paris, 1995.

SOCIOLOGIE

Henri Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, 1964 (l'hypothèse capitale est que, par-delà la conviction du juge, c'est l'adhésion de la collectivité que la preuve a pour but d'obtenir). H. Lévy-Bruhl tirait beaucoup de ses exemples de Rome et du Moyen Age. Pour une approche plus ethnologique, v. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man*, 1974, en se reportant à son index, V° *Evidence*. Spécialement sur le serment (parole-action, parole-sanction), R. Verdier et al., *Le serment*, 2 vol., 1991.

La *mémoire* est un rouage essentiel de maint mécanisme juridique : le témoignage, la coutume, le précédent judiciaire. Dans la culture orale de la tribu analphabète, le juge était un personnage choisi pour l'infailibilité de sa mémoire. Aujourd'hui, les écritures du greffe y suppléent (encore que les souvenirs vivants d'un commis greffier puissent encore être précieux à un juge par leur disponibilité instantanée), en attendant que

se soient constituées les « archives audio-visuelles de la justice » (ébauche dans la l. 11 juill. 1985). Les preuves qui ont un support matériel, spécialement les preuves écrites, les titres (*instrumenta*) sont moins périssables que la mémoire. En vieillissant, elles tendent à devenir archives, et la conservation des archives à l'infini est le souhait conjoint des bureaucrates, par inertie, et des historiens, par esprit scientifique. Une loi du 3 janvier 1979 régit non seulement les archives publiques, mais aussi les archives privées. Celles-ci, quand elles présentent un intérêt historique, peuvent faire l'objet, même d'office, d'un classement qui grève les propriétaires d'une obligation de conservation et de communication (v. Ourliac, *Mélanges Raynaud*, 1985, p. 587 ; cf. Barbieri, *J.C.P.*, 84, 1, 3156 et 88, 2, 21148). Cependant, si la conservation devait être intégrale, la société (malgré le répit que peuvent lui procurer les microfilms ; cf. t. IV, n° 96) ne tarderait pas à être noyée sous un océan documentaire. Il faut éliminer (cf. loi de 1979, a. 4). L'oubli, autant que la mémoire, est nécessaire au droit (cf. l'amnistie — amnésie en droit pénal ; l'institution de la prescription extinctive en droit civil). Pour abolir le régime féodal jusqu'à la racine, la Révolution avait organisé le « brûlement » des titres (d. 17 juin 1793, a. 6). En août 1989, le gouvernement grec fit détruire 17 millions de dossiers de police (les cris des historiens en firent épargner 2 000).

PSYCHOLOGIE

Classique est la série d'ouvrages d'un magistrat, F. Gorphe (qui avait été influencé par les travaux de l'Autrichien Gross) : *La critique du témoignage*, 1927 ; *L'appréciation des preuves en justice*, 1947 ; *La décision de justice*, 1952. — Les psychologues, quand ils mettent en relief, sinon les maladies de la mémoire, qui sont exceptionnelles, du moins ses incertitudes, qui sont banales, apportent un appui à notre droit positif qui a fait descendre le témoignage au-dessous de l'écrit dans la hiérarchie des preuves. Plus que jamais à notre époque, où les affaires civiles sont souvent complexes et chiffrées, on peut craindre, en effet, la fragilité psychologique du témoignage — aggravée d'ailleurs par l'obligation (peut-être excessive) de l'oralité (a. 212 C. Pr. C.). En comparaison de ce risque-là, qui est très général, le risque du faux témoignage paraît mineur, parce que clairsemé, encore qu'il soit mal neutralisé par la menace d'une répression pénale (a. 434-13 N.C.P.), elle-même d'application incertaine. Joint que la source la plus courante du faux témoignage n'est pas la corruption (a. 434-14-1° N.C.P.), mais la complaisance, par amitié, charité, qui se pardonne aisément. — Pour la pratique, v. un essai de psychologie appliquée dans l'a. 220, al. 3, C. Pr. C. : le juge peut consigner dans son procès-verbal ses constatations relatives au comportement du témoin. Cf. M. Le Roy, *Le contrôle de l'aptitude au témoignage*, D. 69, chr. 175. — Sur le mensonge (des plaideurs ou même des juges) dans le procès civil, Godé, *Etudes A. Weill*, 1983, 259, et, par antithèse, sur la loyauté procédurale (cf. *infra*, n° 188), A. Leborgne, *R.T.*, 96, 535, qui montre finement que le principe, conçu pour faire jaillir la vérité, peut se retourner contre elle, en empêchant le recours à certaines preuves.

PHILOSOPHIE

a) *La preuve devant le juge et devant l'histoire*. — Aubry et Rau, XII, § 749, pirandelliens avant Pirandello (*Chacun sa vérité*, 1917), avaient rapproché la preuve judiciaire de la preuve historique, en relevant qu'elle ne pouvait pas plus que celle-ci, conduire à une certitude absolue. Dans une de ses notes les plus célèbres (2 bis), Martin, critiquant Aubry et Rau, avait montré au contraire tout ce qui séparait les deux sortes de preuve. Il est regrettable que P. Esmein, pour défendre Aubry et Rau, ait cru devoir couper ce passage qui était un bel exemple de dialectique. Outre que Martin avait raison, notamment en ceci : tandis que le débat de l'histoire demeure scientifiquement ouvert (jusqu'à épuisement des historiens), le débat de la justice est clos empiriquement par l'autorité de la chose jugée.

b) *L'adage* « Idem est non esse aut non probari ». — Quelques questions : 1° Un droit peut-il jamais demeurer sans preuve (tout autre chose est la preuve techniquement impossible, *infra*, n° 181 b) ? L'aveu et le serment sont toujours là en puissance. Mais ils puisent leur force, s'ils en ont une, hors du droit : dans l'horreur morale du mensonge, dans la crainte religieuse de la divinité, présente ou refoulée. Le non-droit a pénétré dans le droit pour lui venir en aide. 2° Le *non esse* est-il le néant absolu, ou seulement le néant de droit, donc la chute dans le non-droit, où il retrouvera la vertu d'explication que l'on attribue à celui-ci (cf. *supra*, n° 59) ? S'il ne peut être prouvé qu'il y a eu un contrat de travail, il n'en reste pas moins qu'il y a eu, dépouillée de droit, une relation de travail, à laquelle le non-droit, irrésistiblement, construira un *modus vivendi*, une façon d'exister. 3° Le *non probari* ne peut-il pas présider à un *esse* très intense ? L'hésitation des juristes vient de ce qu'ils se croient obligés à prouver ou, du moins, à invoquer une dispense de preuve, une présomption qui est aussi une preuve. Mais ils devraient se placer en deçà. Celui qui se retranche dans sa possession (voire dans sa possession d'état, malgré la rubrique surplombant l'a. 311 C.C.) a en son pouvoir mieux qu'une dispense de preuve : *parte in qua*, sur le point que l'on agite au bas de ses murailles, il a, comme le soulignait Demolombe, le non-droit fondamental à n'avoir rien à prouver. *Let me alone* (« fichez-moi la paix ») : le droit, là où je suis, n'a pas encore été inventé. — Mais la philosophie a ses excès, et de métier l'avocat sait bien qu'il vaut mieux prendre les devants et accumuler les preuves.

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Charge de la preuve*. — Thévenet, *Essai d'une théorie*, Th. Lyon, 1921, et Devezze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Th. Toulouse, 1980. L'ouvrage de Léo Rosenberg, *Die Beweislast*, 3^e éd., Munich, 1953, est fertile en vues théoriques. En France, v. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Th. Lyon, 1947 (le rôle joué par l'auteur dans l'élaboration des « principes directeurs » dans le C. Pr. C. confère à l'ouvrage une importance particulière) ; Jean Chevallier, *Cours sur la charge de la preuve* (ronéo, 1958-1959) ; J. Normand, *Le juge et le litige*, 1965 ; Fr. Boulanger, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, *R.T.*, 1966, 736 ; H. Muir

Watt, D. 86, 207 ; sur la charge de la preuve dans la responsabilité médicale (jurisprudence délicate), Marie Lamarche, *Dr. pros.*, 98 (4), 1227 s. — L'évolution de notre procédure civile vers le type inquisitoire tend, d'ailleurs, à estomper l'importance de l'*onus probandi*, aussi bien que du système des preuves légales : l'essentiel est d'arriver à la vérité. Plusieurs dispositions des années 70 sont symptomatiques du mouvement : a. 10 C.C., 11, 27 C. Pr. C., L. 122-14-3, C. Trav. (imposant à l'employeur de faire connaître les causes réelles et sérieuses du licenciement du salarié ; cf. Pautrat, D. 94, chr. 337). Du côté de la théorie, pour combattre le principe libéral qui autorise le défendeur à rester sur la défensive, il a parfois été suggéré de reconnaître l'existence d'un droit subjectif à la preuve (cf. R. Vienne, *J.C.P.*, 49, 1, 758 ; C. Marraud, *J.C.P.*, 73, 1, 2572), dont le demandeur pourrait se prévaloir par provision, quand il prétend avoir, quant au fond, un droit menacé de dépérissement faute de preuve. Ce qui n'est pas sans faire songer à un cercle vicieux (cf. D. 50, 587, col. 1). Si l'on tient à reviser l'a. 1315, mieux vaudrait chercher à mettre le fardeau de la preuve en corrélation avec le rapport des forces entre les parties, en une formule telle que celle-ci : que la preuve incombe à chacun des plaideurs dans la mesure où il a accès aux informations qui sont nécessaires au débat.

b) *Du principe que l'on ne peut se constituer une preuve à soi-même.* — Il paraît de bon sens et de justice. On pourrait croire, pourtant, que la Cour de cassation ne l'a découvert que récemment : Com. 9 novembre 1993 et 6 décembre 1994, *R.T.*, 97, 136, n. J. Mestre ; Civ.¹ 2 avril 1996, D. 96, Somm. 329, n. Delebecque ; Soc. 11 mai 1999, D. 99, I.R. 152. Cette jurisprudence est, d'ailleurs, critiquable en deux points : 1° Le rattachement à la charge de la preuve, alors que c'est l'administration de la preuve qui est en cause ; 2° L'énoncé trop rigide du principe, alors qu'il comporte des tempéraments peu contestables. Ce qui est strictement interdit, c'est de se constituer un moyen de preuve pour les besoins du procès. Mais un écrit ancien peut dissiper les soupçons ; de même, un écrit dressé par application de règles vérifiables (ex. les règlements internes de la S.N.C.F.). L'idéal, c'est l'impartialité congénitale du moyen de preuve ; l'a. 210 C. Pr. C. montre, néanmoins, que la partialité possible des témoignages n'exclut pas qu'ils soient entendus pour être pesés.

c) *La preuve impossible.* — Il se peut que l'impossibilité porte seulement sur un moyen de preuve, celui que la loi réclamait en principe. Auquel cas on pourra se rabattre sur un autre moyen, c'est une application de la théorie de la force majeure. La loi elle-même a organisé cette subsidiarité d'un moyen à un autre (des témoignages et présomptions aux registres ou aux écrits ; cf. a. 46, 1348). Il existe une subsidiarité générale de l'aveu et du serment, quand tous les autres moyens de preuve sont impossibles.

Cependant, par *preuve impossible* on entend surtout une impossibilité tenant à l'objet, lequel ne pourrait, en théorie, être prouvé. Une première application en serait la *preuve d'un fait négatif* (cf. Larguier, *R.T.*, 53, 1). Il est certain qu'une proposition négative indéfinie n'est pas susceptible de démonstration : comment établir que je n'ai jamais contracté avec X ? Mais il arrive que le fait négatif puisse être prouvé par son contraire, qui est positif : je puis prouver que je ne suis pas débiteur de X en rapportant une quittance signée de lui pour solde de tous comptes. Une seconde application est représentée par la preuve qui impliquerait une remontée à l'infini dans le temps, *regressus ad infinitum*. En vertu de la règle que nul ne peut transférer à autrui plus de

droits qu'il n'en a lui-même, un soi-disant propriétaire ne prouve sa propriété qu'en prouvant celle de son auteur, puis de l'auteur de son auteur, etc., en remontant jusqu'à Adam et Eve, qui tenaient de Dieu leur titre (*probatio diabolica*, disaient les glossateurs). Il en sortira en se contentant de prouver qu'il possède le bien depuis plus de trente ans (prescription acquisitive).

d) *La preuve inutile.* — Certains points, dans le procès, peuvent ainsi se passer de preuve : 1° Le droit (le juge est censé le connaître, a. 9, 12 C. Pr. C. ; *Jura novit curia*, avec des exceptions, toutefois, pour le droit étranger et pour les usages locaux ou conventionnels, mais non pas pour l'ensemble du droit coutumier, au sens étendu qui a été donné à la notion) ; 2° Les faits qui ne sont pas contestés par l'adversaire, faits constants (ex. Soc. 16 nov. 1972, *Bull.*, n° 626). Mais des arrêts plus récents (ex. Civ.² 10 mai 1991, *Bull.*, n° 142, *J.C.P.*, 91, 4, 258) semblent s'écarter de cette solution et reconnaître au juge le pouvoir de mettre en doute ce qui, entre les parties, n'a pas donné lieu à différend (v. l'importante analyse de J. Normand, *R.T.*, 92, 447). Ces arrêts s'expliqueraient par l'esprit nouveau soufflant du C. Pr. C. de 1975 : un certain abandon du « principe dispositif » (cf. *infra*, n° 189), une initiative plus grande donnée au juge. On ne s'arrête pas à la formule de l'a. 7, excluant « les faits qui ne sont pas dans le débat », ce qui pourrait être entendu comme excluant les faits non débattus, c'est-à-dire non contestés, et on la neutralise, en tout cas, par d'autres textes (a. 10 et 11, al. 1). Il est permis, toutefois, de se demander si l'exclusion classique de la preuve inutile reposait bien sur l'idée que les parties disposent contractuellement, donc souverainement, de l'objet du litige : peut-être faut-il voir plutôt dans cette exclusion un principe d'économie du contentieux, une haine des *taedia litis* qui transcende la distinction des deux types de procès ; 3° Les faits qui ne sont pas « dans le débat » (a. 7), comprenons par là : les faits « qui ne sont pas utiles au débat » (autre sens de cette notion incertaine ; cf. Normand, *R.T.*, 82, 461), qui ne peuvent avoir de conséquence sur sa solution, bref, qui sont dépourvus de *pertinence* (ex. Civ.² 18 janv. 1984, *Bull.*, n° 8 ; v. Jean Chevallier, D. 56, chr. 37 ; cf. sur les implications de la notion en logique, cf. F. Armengaud, *Arch.*, 84, 155). Tout se tient à l'infini, et la justice serait sans fin si elle devait tout connaître. Il faut découper dans le réel : tel est le sens de la pertinence. Se limiter est de l'essence du droit.

e) *La preuve spontanée.* — Il faut entendre par là une preuve qui agirait automatiquement, pénétrerait d'elle-même dans la conviction du juge, sans avoir besoin de passer par cette phase intermédiaire de l'administration judiciaire de la preuve (a. 132 s. C. Pr. C.), où, de fait, beaucoup de preuves se perdent. A quelles preuves peut-on songer ?

1° *La connaissance personnelle du juge ?* — On doit l'écarter d'emblée, car elle est frappée d'interdit (cf. les remarques très fines de Jean Chevallier, Sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles, *R.T.*, 62, 5). L'interdiction a une portée double sur un double fondement. Le principe du contradictoire (a. 7, 16) impose au juge de ne pas motiver sa décision sur des données qui n'auraient pas été versées au débat (ex. Soc. 9 mai 1952, D. 53, 73 ; Civ.³ 10 juill. 1968, *J.C.P.*, 68, 4, 156) ; son devoir moral de neutralité lui impose même d'oublier ce qu'il a pu apprendre de l'affaire en dehors du procès (s'il n'y parvient pas, il n'a qu'à s'abstenir, a. 339 C. Pr. C.).

2° *La notoriété.* — Ce n'est plus la connaissance personnelle, c'est une connaissance collective : dans un milieu plus ou moins large où se situe l'affaire, on sait telle chose, qu'un homme et une femme vivent en concubinage (a. 283, al. 2 ; 1.

23 déc. 1986, bail d'habitation, a. 13). Cf. Dupichot, La notoriété, cette inconnue, *Ann. Fac. dr. Clermont*, 71, 7 ; Chauvel, *Mélanges D. Holleaux*, 1990, 37 ; L.-C. Henry, Le régime de l'acte de notoriété selon la jurisprudence récente, *R.T.*, 94, 11. C'est une preuve qui n'est admissible que par la permission de la loi. Si, dans cette limite, les magistrats participent eux-mêmes à la notoriété, en sachant ce que tout le monde sait et que tout le monde le sait, c'est une preuve objective. Si, toutefois, l'étendue ou la force du bruit était contestée, la notoriété perdrait son « immédiateté », et il faudrait entendre des témoins (ce qui était de règle dans la *preuve par commune renommée*, qui ne subsiste plus que dans l'a. 451 ; cf. M. Picard, *Th. Paris*, 1911).

3° *L'évidence*. — Le mot est rare dans les textes (v. a. 228, al. 3). Ce qui s'y rencontre davantage, c'est *manifeste*, *manifestement* (ex. a. 280-1, 1152, al. 2, 1579 ; cf. B. Petit, *L'évidence*, *R.T.*, 86, 485). Le législateur, qui était prêt à conférer aux magistrats un nouveau pouvoir, prend soudain peur qu'ils n'en usent trop et va donc essayer de leur en retirer une part, en exigeant que la condition d'application en soit manifeste. Qu'est-ce à dire ? Mieux prouvée que d'habitude, plus qu'à demi prouvée. Curieusement, des degrés sont introduits dans la force de conviction des preuves. La véritable évidence signifierait autre chose : une illumination qui saisit le juge directement, une preuve qui n'a pas besoin d'être judiciairement administrée. La chose parle d'elle-même, *Res ipsa loquitur*, dit une maxime de la *Common Law*, en matière de responsabilité : il y a preuve à première vue, *prima facie evidence*, les faits font présumer la faute. La notion de preuve évidente a encore un point d'émergence à l'a. 808 C. Pr. C. : l'évidence est un critère possible de cette absence de contestation sérieuse qui est une des conditions de la compétence du président statuant en référé (cf. Normand, *R.T.*, 80, 398 et 88, 167).

4° *L'absurdité*. — C'est l'inverse de l'évidence. Le principe du contradictoire ne demande pas qu'un fait absurde soit débattu et reconnu : il est d'avance constant que ce fait ne peut pas être (ex. qu'un enfant de six mois ait pu marcher tout seul pour traverser une chaussée). Cf. *infra*, n° 182, l'in vraisemblance.

[181]

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Place du droit de la preuve dans les Codes*. — Comme tous les droits formels, de simple mise en œuvre des droits matériels (droits au second degré, pourrait-on dire ; ex. droit des conflits de lois, droit de l'enregistrement, plus généralement droit procédural), le droit des preuves est susceptible de deux traitements : le législateur peut soit doubler chaque institution du droit matériel d'un régime particulier de preuve, soit faire de la preuve une institution autonome, qui aura à s'irradier dans les autres institutions. Notre droit privé a emprunté à l'une et à l'autre méthodes. D'un côté, le C.C. accompagné de règles spécifiques de preuve certaines de ses institutions : ex. mariage, divorce, filiation, bail. Et aussi les contrats et obligations en général (a. 1315-1369) ; mais là, c'est plus qu'un régime d'accompagnement, les règles ont visiblement reçu vocation à déborder de leur domaine d'origine et à devenir droit commun. D'un autre côté, le C. Pr. C. s'est attaché à saisir la preuve indépendamment de son objet, d'abord sous l'aspect des principes (a. 9-11), parmi les principes directeurs du procès, ensuite sous

l'aspect de l'application, au titre de l'administration judiciaire de la preuve (a. 132-322). Un regroupement serait sans doute plus satisfaisant pour l'esprit, mais pas forcément pour la pratique. En tout cas, depuis 1958, la Constitution trace dans le droit de la preuve une ligne séparative. On admet que l'a. 34, par prétérition, a confié en principe la preuve, comme la procédure, à la compétence du règlement. Le principe comporte, néanmoins, des exceptions : 1° Il semble que les preuves spécifiques, particulières à des institutions du droit civil, fassent corps avec elles et soient entraînées par elles dans la compétence de la loi ; 2° Même parmi les règles génériques de preuve, il en est qui doivent être réservées à la loi, parce qu'elles touchent aux libertés publiques ou aux droits de la défense (cf. pour la charge de la preuve, Cons. const. 2 déc. 1980, *Rec.*, 1980, 74, à propos d'une procédure fiscale, il est vrai).

b) Le vieillissement de nos *techniques de preuve* avait souvent été dénoncé ; la l. 12 juill. 1980, modifiant plusieurs textes du C.C., au chapitre de la preuve, a opéré un rajeunissement (cf. t. IV, n° 94). Il a été jugé trop timide (cf. F. Chamoux, *La preuve dans les affaires, de l'écrit au microfilm*, 1980). On ne saurait contester que le développement des microfilms et photocopies, de l'informatique et de la télématique, pose au droit de la preuve des questions inédites. Toutefois, ces nouveaux procédés ont encore leurs fragilités et leurs failles, ce qui explique qu'en droit civil, où les ratés d'un cas particulier ne peuvent être noyés dans un flot d'affaires, la prééminence de l'écrit se soit globalement maintenue. V. Croze, *Informatique, preuve et sécurité*, D. 87, chr. 165 ; *Travaux de l'Assoc. H. Capitant* (XXXVII), 1986 ; les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve, spéc. pour le droit français, P. Leclercq, p. 181 s., rapport approfondi et nuancé (cf. du même, in *Rapport de la Cour de cassation*, 1991, 133). Là dessus, un arrêt, mais de la Chambre commerciale (2 déc. 1997, D. 98, 192 et 1999, *Actualités*, p. 905, *J.C.P.*, 99, 2), a été salué pour son audace, non pas seulement en ce qu'il a placé la télécopie au rang des autres supports de l'écrit, mais en ce qu'il y a ajouté cette assertion que, même si elle n'était pas représentée, il suffisait, pour faire preuve, que son contenu ne fût pas contesté ni son auteur dénié. Peut-être était-ce simplement reconnaître, à l'allemande, la force du témoignage et de l'aveu.

c) *Inégalité dans le jeu des preuves*. — 1° L'incidence de la preuve sur le fond du droit est trop importante pour que puisse être abandonnée à la logique pure la détermination de l'*onus probandi*. Des considérations extrinsèques peuvent conduire à inverser la charge afin que soit rééquilibré le rapport des forces préexistant. Mais la justice peut changer de sens : en 1804, le maître était cru sur son affirmation pour la quotité des gages, etc., parce que l'ancien a. 1781 ne voulait pas laisser le patron honnête à la merci d'un domestique sans racines ni moralité ; aujourd'hui, l'a. 122-14-3 C. Tr. (cf. Soc., 15 juin 1993, *Bull.*, n° 169) dispose que le doute profite au salarié. Si, vers 1930, la jurisprudence a fait sortir de l'a. 1384, al. 1, une responsabilité sans faute prouvée (cf. t. IV, n° 252), c'est qu'il était urgent de relever le piéton écrasé à la hauteur de l'écraseur (ou de la compagnie d'assurances). Une inégalité entre les parties dans l'administration de la preuve peut rendre le procès inéquitable au sens de l'a. 6, 1 de la Convention européenne (ex. C.E.D.H., 23 oct. 1996, *Rec.*, 96-V, vol. 19, 1553).

2° Une inégalité à laquelle on pense moins tient à la *conservation des preuves*. Par le calendrier du facteur est popularisé un tableau des temps pendant lesquels « vous devez conserver vos papiers ». Il en est que vous devez conserver toute votre vie (et même après, car il est des dettes qui se transmettent aux héritiers). Les gens de peu,

comme les a appelés un sociologue, manquent d'espace pour archiver et de documentalistes pour classer ; ils déménagent, ont des enfants, et sont facilement brouillons et oublieux. En face, les administrations et les grandes entreprises sont puissamment organisées, informatisées pour conserver leurs titres. Elles les feront surgir le moment venu, joignant à la force du droit un effet de surprise. Comment rétablir l'équilibre ? Il serait baroque d'imaginer, en avant-coureur de l'extinction du droit par prescription, une sorte de dépérissement graduel de l'écrit faisant preuve. Mais on concevrait que le détenteur d'une preuve trop ancienne fût obligé de la rafraîchir périodiquement en la signifiant à l'autre partie. Il y a une amorce de l'idée, en faveur des héritiers, dans l'a. 877, mais le délai est trop bref pour que soit neutralisé l'effet de surprise. Dans l'a. 2263, celui dont le titre est près de périr a le droit d'exiger de son vis-à-vis un *titre nouvel*. Ici, à rebours, un titre nouvel serait dû lorsque le titre originaire risque de durer longtemps.

[182]

PRATIQUE

a) *Conventions sur la preuve*. — Les règles légales de preuve sont regardées comme étant d'intérêt privé (Req. 6 janv. 1936, *D.H.* 36, 115 ; Civ. 5 nov. 1952, 24 juin 1960, *Bull.*, n°s 286, 355 ; Civ.¹ 8 nov. 1989, D. 90, 369, n. Gavalda), à moins qu'elles ne concernent des matières qui soient elles-mêmes d'ordre public (ex. filiation) ou que leur violation ne remette en cause les droits fondamentaux de la défense (ex. l'exigence du contradictoire). Partant de là, la jurisprudence admet la validité des conventions faites d'avance sur la preuve (cf. A. Gabolde, *op. cit.*, n° 1428 ; Le Balle, *Des conventions sur les procédés de preuve en droit civil*, Th. Paris, 1928). Il peut s'agir de conventions sur les modes de preuve soit pour les rendre plus stricts (ex. en imposant dans tous les cas un écrit, Civ. 30 juill. 1884, S. 85, 1, 375), soit pour les élargir (ex. Req. 17 juill. 1866, S. 66, 1, 401), jusqu'à cet élargissement suprême, une convention autorisant le juge à statuer selon son intime conviction (Civ. 13 déc. 1911, D. 12, 1, 188 ; aujourd'hui on pourrait valider autrement la clause, en l'analysant comme un renvoi au juge en tant qu'amiable compositeur, a. 12, al. 3, C. Pr. C. ; cf. Hébraud, *Réflexions sur l'arbitrage judiciaire*, *Mélanges Marty*, 78, 635). Les conventions inversant la charge légale de la preuve ont donné lieu à plus de doutes : souvent insérées par des entreprises puissantes (assurances, transports) dans des contrats d'adhésion, elles pouvaient contraindre l'usager, s'il voulait réaliser son droit, à une preuve quasi impossible. Si l'a. 1134 conduisait à les valider en principe (ex. Req. 17 mai 1909, S. 10, 1, 185), une appréciation raisonnable de l'impossibilité que vise l'a. 1172 aurait pu justifier des tempéraments (cf. Paris, 19 juill. 1943, *J.C.P.*, 44, 2, 2543). On a interprété comme une convention sur l'*onus probandi* la clause très pratique *Solve et repete* : la facture doit être payée sur simple présentation, nonobstant toute réclamation à laquelle il sera fait droit par la suite si elle est prouvée (sur une action en répétition de l'indu). Quand la clause figure pour la première fois sur la facture exhibée, l'usager peut contester qu'il l'ait acceptée réellement. Mais, même si son acceptation résultait d'une convention antérieure, ne pourrait-il plaider que c'est dénaturer un contrat que d'y intégrer en appendice un quasi-contrat ? Sur un terrain un peu différent, cf. les démêlés des usagers avec l'administration du téléphone, Cons. Etat, 26 sept. 1986, 2

arrêts, D. 88, 8, n. Clergerie (le premier arrêt donne raison à l'abonné contre le compteur, le second donne raison au compteur). Plus généralement quel crédit accorder à la preuve technologique, par appareils, compteurs ? V. étude très complète, Ammar, *R.T.*, 93, 499. La machine ne ment pas comme les humains, mais il lui arrive de se dérégler. Elle peut alors se trahir par l'in vraisemblance. La preuve de l'in vraisemblance relèvera d'une appréciation raisonnable du juge (a. 1353), assez analogue à celle de l'excessif et du dérisoire dans l'a. 1152. Mais, une fois l'in vraisemblance constatée, le retour au vraisemblable ne devrait pas se mesurer d'égale manière selon qu'il serait appelé à jouer en faveur de l'usager ou de l'entrepreneur. L'appareil devrait être au risque de celui qui l'a imposé : il assume une responsabilité contractuelle du fait de la chose (ou du fait d'autrui, si l'on regarde l'automate comme une personne, le comptable devenu fou). V. cep. Civ.¹ 4 juin 1991, D. 91, *I.R.*, 177, qui, bien que l'espèce soit embrouillée, semble repousser cet argument.

b) *Preuve extrajudiciaire*. — La fascination du judiciaire n'a pas permis aux auteurs de lui consacrer l'attention qu'elle mériterait. Il s'agit, très pratiquement, des preuves qui sont exigées par les notaires, les banques, les administrations : preuve de la qualité de propriétaire, de créancier, d'héritier, etc. Un effort raisonnable devrait être tenté pour cantonner les exigences bureaucratiques. Par quels moyens techniques ? L'abus du droit (abus du droit d'exiger des justifications ; cf. Amiens, 27 avril 1934, *D.H.*, 1934, 388) ; la foi due aux apparences, au *plerumque fit* (ex. Colmar, 28 févr. 1815, S. chron. : un héritier n'a pas à prouver que le défunt n'avait pas d'enfants naturels ; c'est du reste un fait négatif), la notion de capacité putative (ex. Req. 4 août 1824, 18 janv. 1830, S. chron.). On remarquera l'ancienneté des arrêts cités. La jurisprudence moderne favorise beaucoup plus l'esprit formaliste (ex. Civ.¹ 11 oct. 1966, D. 67, 209) — vérification de la loi de Max Weber, selon laquelle le droit des sociétés capitalistes, devenant de plus en plus rationnel, devient de plus en plus bureaucratique. Et l'esprit bureaucratique est méfiant. Pourtant, Dugald Stewart (1753-1828 ; le *leader* de l'école écossaise en psychologie) n'était pas tout à fait un naïf, qui pensait qu'une présomption de crédibilité, corollaire de notre instinct de véracité, s'attache à tout homme.

[183] 2 / La réalisation extrajudiciaire des droits

Cette réalisation peut être directe ou indirecte : le titulaire d'un droit le réalise en l'*exerçant* conformément à sa définition ; mais c'est encore, pour lui, une manière de le réaliser que d'en disposer en le *transmettant* à autrui ou même, paradoxalement, en l'*abandonnant*, en y *renonçant*.

1 | L'EXERCICE DES DROITS

Le droit subjectif apparaissant comme une certaine aire d'action circonscrite par le droit objectif, il semble qu'aucune objection ne puisse surgir tant que le titulaire demeure à l'intérieur de cette aire d'action, lors même que de son activité résulterait quelque dommage pour les tiers ; ex. si un propriétaire d'immeuble élève des constructions sur son terrain ; si l'époux, dont l'accord est requis pour fixer la résidence de la famille (a. 215, al. 2), déclare ne pas vouloir de telle ou telle résidence, personne (ni le voisin, ni le conjoint) ne saurait se plaindre. C'est la conception libérale et individualiste : l'exercice d'un droit ne comporte d'autre limitation que celle qui résulte de sa définition matérielle ; ou, en se plaçant dans le plan de l'a. 1382, il n'y a jamais de faute à user de son droit (*neminem laedit, qui suo jure utitur*) ; le droit confère l'irresponsabilité.

C'est contre quoi se dresse la théorie de l'*abus des droits* (cf. t. IV, n^{os} 230 s.). Si, sans en dépasser les limites matérielles, un individu se sert de son droit pour nuire à autrui ; si, tout en respectant la lettre, il en viole l'esprit, on dira qu'il abuse, non plus qu'il use, de son droit, et cet abus ne peut être juridiquement protégé. Ex. un propriétaire d'immeuble fait édifier une fausse cheminée sans utilité pour lui, uniquement à dessein de boucher le jour du voisin ; le tribunal saisi pourra ordonner la destruction de la fausse cheminée, avec des dommages-intérêts à la charge du propriétaire abusif (c'est le célèbre arrêt *Doerr*, rendu par la cour de Colmar en 1855, D. 55, 2, 9 ; cf. t. III, n^{os} 167 s.). Un époux, par hostilité à son conjoint, refuse, comme il en a apparemment le droit selon l'a. 215, al. 2, de donner son accord à un changement de résidence, devenu pourtant manifestement nécessaire dans l'intérêt de la famille : il engage sa responsabilité sur le terrain de la cause de divorce, et il ne peut plus prétendre garder près de lui les enfants mineurs ; son droit n'est plus juridiquement protégé.

La théorie de l'abus des droits revient à dire que l'exercice d'un droit cesse d'être légitime et constitue une faute, quand il ne peut avoir d'autre but que de causer à autrui un dommage. On a parfois proposé d'aller plus loin, et de considérer comme abusif, donc illicite, même en l'absence d'intention de nuire, d'intention malicieuse, tout exercice d'un droit à des fins autres que celles en vue desquelles ce droit a été reconnu à l'individu ; le seul fait de détourner le droit de sa fonction sociale serait un abus. Ce serait une autre conception du droit subjectif

: le droit fonction sociale, conféré à l'individu non pas dans son intérêt égoïste, mais pour lui donner les moyens de rendre service à la collectivité. Il est des droits qui se laissent facilement construire sur ce modèle : ainsi, l'autorité parentale qui est aujourd'hui conçue pour les besoins de l'enfant et de son éducation, plutôt que dans l'intérêt des père et mère (a. 371-2). D'autres s'y prêtent moins, ainsi le droit de propriété, quoique l'on ait souvent parlé, dans la doctrine moderne, de la propriété fonction sociale.

On se demande si la théorie de l'abus des droits a un domaine général. Il semble que certains droits soient discrétionnaires, que leur exercice ne puisse jamais être critiqué sous prétexte d'abus (ex. le droit des père et mère de consentir ou non au mariage de leur fille mineure).

B.G. — Sur la théorie de l'*abus des droits*, v. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 ; Ripert (en riposte à Josserand), *R. critique*, 1929, 335 ; Pirovano, *La fonction sociale des droits*, D. 72, chr. 67 ; Mario Rotondi, *R.T.*, 80, 66 ; Ghestin-Goubeaux, 1994, n^{os} 761-808. Cette théorie est montée à l'horizon des juristes français vers le début de ce siècle, grâce surtout à quelques cas d'abus du droit de propriété. Elle garde en ce domaine une importance qui s'est prolongée à travers le contentieux des inconvénients anormaux de voisinage, thème différent au fond, mais plus populaire (v. t. III, n^{os} 167, 168). Assez vite, on est sorti du droit des biens, et la théorie s'est généralisée en s'insérant dans le droit de la *responsabilité civile* (v. t. IV, n^{os} 225, 230). L'abus du droit d'agir en justice est un phénomène aussi vieux que la justice (*calumnia, chicane*), et les mesures préventives ou sanctionnatrices que le droit procédural y oppose relèvent d'un esprit et d'une construction autonomes (v. Vincent-Guinchard, *Proc. civ.*, 1994, n^o 71 ; Cornu-Foyer, *Proc. civ.*, n^o 74).

[184] 2 | LES TRANSMISSIONS

C'est un principe essentiel du droit individualiste et libéral que les droits peuvent être librement transmis, aliénés, cédés. Par exception, il est des droits incessibles (ex. droit au nom, droits de famille), mais le principe est la libre cessibilité. Quand le droit transmis est le droit de propriété sur une chose, il semble que ce soit la chose elle-même qui fasse l'objet de la transmission, et dans plusieurs textes (a. 537, 1128, 1598) est inscrit le principe de la libre circulation des biens, corollaire du libéralisme économique.

Les individus qui prennent part à la transmission d'un droit occupent une situation juridique bien définie l'un par rapport à l'autre : celui qui transmet son droit est l'*auteur* de celui à qui il le transmet, et celui qui acquiert le droit est l'*ayant cause* de celui de qui il tient le

droit. On distingue deux catégories d'ayants cause, selon que la transmission porte sur une universalité (un patrimoine, ou une fraction de patrimoine), ou, au contraire, sur un ou plusieurs biens considérés à titre particulier, comme biens individualisés. L'héritier est un ayant cause à titre universel, il succède aux dettes comme à l'actif. L'acheteur est un ayant cause à titre particulier : il ne succède qu'à un bien.

La transmission des droits est dominée par le grand *principe de conservation dans les transmissions de droits*, qui a quelque chose d'analogue au principe de la conservation de la matière en physique. Ce principe (cf. a. 954, 2125, al. 1, et surtout 2182, al. 2) s'exprime en plusieurs formules : « nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même » (*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*) ; « nul ne donne ce qu'il n'a pas » (*Nemo dat quod non habet* ; donner, comme *dare* en droit romain, ayant ici le sens particulier de « transmettre la propriété »). L'ayant cause aura les droits de son auteur, mais n'aura que les droits de son auteur. Si, en la personne de l'auteur, il y avait absence de droit, l'absence de droit se retrouvera en la personne de l'ayant cause. Quand un non-propriétaire vend une chose, l'acheteur sera non propriétaire, et les ayants cause de son acheteur seront non propriétaires à leur tour. Du moins est-ce le principe : le défaut de droit se retrouve à perpétuité dans la chaîne des aliénations, à moins que n'intervienne la *prescription*.

Significative, à cet égard, est la prescription que décrit l'a. 2265 : le possesseur de l'immeuble avait traité avec un non-propriétaire par un contrat, ainsi une vente, qui aurait pu être théoriquement translatif de propriété (*juste titre*), et il a traité de *bonne foi*, c'est-à-dire en ignorant le défaut de droit de son cocontractant ; il n'est pas devenu immédiatement propriétaire, mais il le deviendra au bout de dix ou vingt ans. La propriété qui n'existait pas en la personne de l'aliénateur n'a pu être transmise par lui ; mais le temps écoulé et la bonne foi consacrent une propriété nouvelle dans le juste titre de l'acquéreur.

ÉTAT DES QUESTIONS

Le principe de conservation dans les transmissions de droits. — Sur la portée de ce principe, et l'utilité qu'il y aurait à lui imposer des limites, V. Rouiller, *La maxime Nemo plus juris*, etc., Th. Rennes, 1964. La maxime nous vient du Digeste (50,17,54), mais, quoiqu'elle y soit logée sous la rubrique *De diversis regulis juris antiqui*, il se peut que ce ne soit pas une règle de droit primitif. L'idée ancienne serait plutôt que le droit

de propriété est recréé en la personne de chaque nouveau titulaire. Quelque chose s'en retrouve, en droit moderne, dans les cas exceptionnels où l'acquéreur *a non domino* (celui qui a acquis d'un non-propriétaire) n'en devient pas moins propriétaire par l'effet de la prescription (a. 2265) ou même de la simple possession de bonne foi (a. 2279). Mais c'est alors la bonne foi, soutient-on — la croyance erronée, mais légitime — qui explique que, par exception, l'ayant cause ait plus de droit que son auteur. Résultat qu'Emmanuel Lévy a généralisé dans une vision philosophique, avec des formules à l'emporte-pièce, telles que « La croyance crée le droit », « Le propriétaire tient son droit de lui-même ». V. Emm. Lévy, *Sur l'idée de transmission de droit*, 1896 ; *Les fondements du droit*, 1933, spéc. p. 45 ; cf. pour la critique, Ripert, *Le socialisme juridique* d'Emm. Lévy, *Revue critique de légis. et de jurispr.*, 1928, p. 21 s.

[185] 3 | LES RENONCIATIONS

Le C.C. n'en présente pas une vue d'ensemble, mais seulement des applications particulières, à partir desquelles la doctrine a bâti une théorie. L'image générale est celle d'un individu qui, de sa seule volonté, se dépouille de l'un de ses droits sans le transmettre à autrui. Ce qui fait définir la renonciation comme un acte juridique à la fois unilatéral et abdicatif. Tel est du moins le prototype, mais les applications s'en écartent à l'occasion, laissant apparaître des renonciations qui surprennent parce qu'elles sont apparemment conventionnelles (ainsi, la remise de dette) ou translatives (ainsi, la renonciation à succession (qui profite aux autres héritiers).

a) *Objet des renonciations.* — On en distingue trois catégories d'amplitude très variable.

1° *Des droits subjectifs.* C'est l'objet le plus usuel, parce que le plus couramment présent. Renoncer à ce qui est pour soi pur avantage, déjà acquis, ne paraît relever que de la liberté individuelle. Toutefois, la liberté rencontre des obstacles, et d'abord dans la nature des choses.

Il est précisément dans la nature des choses qu'elles ne puissent être appréhendées par le droit objectif sans qu'un droit subjectif s'exerce sur elles. Il est possible de renoncer à un droit réel démembré de la propriété (cf. *supra*, n° 164), parce que le démembrement fera retour à la souche (ex. l'usufruitier renonçant à l'usufruit, a. 622, la pleine propriété se recompose sur la tête du nu-propriétaire). Au contraire, la renonciation au droit de propriété, si elle devait demeurer strictement abdicative, semblerait buter sur une impossibilité conceptuelle. La possibilité en a été admise, en raison de l'insignifiance sup-

posée de l'objet, pour les meubles corporels : ces choses abandonnées (*res derelictae* ; à la poubelle ?) resteront sans maître, à l'état d'épaves, jusqu'à ce qu'un tiers en devienne propriétaire par l'occupation (cf. t. III, n° 243). Dès lors, c'est seulement aux immeubles et aux successions sans héritiers acceptants (*en déshérence, vacantes*) que l'on applique le principe inscrit aux a. 539, 713, 768, que les biens vacants et sans maître appartiennent à l'Etat. La renonciation ne peut être ici que translatrice, même si des formalités administratives sont requises pour organiser le transfert.

Les droits réels ayant été mis à part, c'est sur les droits personnels, au sens très large du terme, que peut se concentrer la théorie de la renonciation. Mais la liberté des actes juridiques n'y règne pas sans partage avec l'ordre public. Certaines sortes de droits subjectifs sont ainsi insusceptibles de renonciation :

- le droit à l'intégrité physique (il colle à la peau ; a. 16-1, 16-9) ; le droit à son état, à sa filiation, a. 311-9 ; plus généralement, les droits de la personnalité ;
- les droits qui ont le caractère d'une fonction que le titulaire remplit dans un autre intérêt que le sien propre : ex. l'autorité parentale, a. 376 ; à rapporter à l'a. 371-2 (cf. a. 2003, al. 3, pour le mandat) ;
- les droits futurs, non encore acquis. Sur la base de l'a. 2220, l'interdiction est généralisée. Deux arguments s'y conjuguent. Le renonçant doit être protégé contre lui-même : à l'avance, il ne pouvait mesurer, éprouver l'étendue de ce qu'il abandonne (ex. a. 1674). A quoi s'ajoute une raison politique, venue de la Révolution : sous l'Ancien Régime, les renonciations à successions futures avaient servi à rompre l'égalité entre héritiers (notamment, en dotant la fille dans son contrat de mariage, fût-ce d'une dot symbolique, les parents la faisaient renoncer à leur héritage à venir). De là l'accent impératif (des a. 791, 1130, al. 2).

2° *Des bénéfices légaux*, des faveurs offertes par la loi en corrélation avec le contrat de cautionnement : les cautions peuvent renoncer au bénéfice de discussion ainsi qu'au bénéfice de division (a. 2021, 2026). Cet emploi de la renonciation est évidemment spécial, et d'ailleurs encore le suivant.

3° *Un pan entier du système juridique*. — Un homme ne saurait renoncer globalement au droit, se mettre de lui-même hors la loi, au ban de la société. Cela ne se fait plus ; mais, si nous supposons le système juridique divisé en sous-ensembles, il n'est pas inconcevable qu'un individu renonce à la protection de l'un d'eux pour se placer

sous l'égide d'un autre. L'individu qui signe une lettre de change fait un acte de commerce (a. 632 *in fine* C. Com.) : de ce fait, il renonce fragmentairement au droit civil pour entrer dans un module de droit commercial. Plus radicale est la clause d'amiable compositeur dans la convention d'arbitrage (a. 1474 C. Pr. C.) : les parties en litige renoncent à être jugées *selon les règles de droit*, elles abandonnent le système juridique pour un autre système de pacification, qui est l'équité.

b) *Capacité et pouvoir*. — La renonciation est toujours regardée comme un acte grave (a. 389-5, al. 3 ; a. 2222). C'est une aliénation à titre gratuit (sauf l'hypothèse anormale où elle aurait été consentie moyennant un prix, a. 780-2°), un acte d'appauvrissement que les créanciers du renonçant peuvent faire annuler à leur profit (a. 788 ; cf. a. 1167).

c) *Forme et preuve*. — Conformément au droit commun de l'acte juridique, la renonciation peut émaner d'une volonté tacite aussi bien qu'expresse. Elle peut s'induire des circonstances. Néanmoins, la seule inaction du titulaire du droit n'est pas en soi significative, car l'intention en est équivoque tant que la prescription extinctive n'est pas accomplie. Il faut, en outre, tenir compte de deux contraintes de forme :

— L'a. 784 dispose que la renonciation à une succession (ici, une succession ouverte) ne se présume pas : l'héritier renonçant doit faire une déclaration sur un registre tenu au greffe du tribunal. C'est un cas particulier, et la jurisprudence l'interprète restrictivement. La solennité se justifie par la nécessité de rendre la renonciation opposable aux créanciers du défunt, car, en renonçant, l'héritier s'affranchit du passif successoral.

— La renonciation d'un créancier à sa créance ne peut se faire par acte unilatéral : elle doit emprunter la forme d'une remise de dette (cf. t. IV, n° 352), qui est structurellement une convention (a. 1285, 1287).

d) *Effets*. — 1° Quoique la renonciation ait été qualifiée à l'entrée d'acte abdicatif — rejet pur et simple du droit subjectif sans penser à la suite — on constate qu'en définitive ce n'est pas souvent qu'elle opère ainsi. Tout au plus pourrait-on citer comme ayant cet effet l'abandon des *res derelictae*.

2° Réciproquement, est non moins rare l'effet translatif, s'il doit être pur et simple. Il n'est franchement reconnaissable que là où le renonçant déclare renoncer en faveur d'une ou de plusieurs personnes qu'il désigne. C'est la renonciation *in favorem*, que décrit l'a. 780-1°. Mais ce n'est pas le cas ordinaire.

3° Le cas ordinaire combine le caractère abdicatif et le caractère translatif. Le titulaire du droit abdique de son propre mouvement ; mais si un autre en profite, c'est par un effet de loi, sans que le renonçant en ait la volonté, peut-être même sans qu'il en ait conscience (ex. a. 786).

[186] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — P. Raynaud, *R.T.*, 36, 763 ; Seillan, *R.T.*, 66, 686 ; G. Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, Th. Paris, 1971 ; F. Dreyfuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Th. Strasbourg, 1985 ; A. Lapoyade-Deschamps, *Les renonciations en droit de la famille*, D. 93, chr. 259.

HISTOIRE

Le C. Just. 1, 3, 50, en 531, présente comme une règle de droit ancien que chacun a la liberté (*licentiam*) de renoncer à ce qui a été établi dans son intérêt (il vise une prérogative cléricale). Au Moyen Age, on voit apparaître des pratiques de renonciation non pas à tout le droit romain, mais à des *benefices* institués par ce droit. Le sénatus-consulte velléen (consacré par C. Just. 4, 29) avait interdit à la femme de s'engager pour autrui et surtout pour son mari, ce qui était à la fois la protéger contre ses entraînements et la rendre incapable. La renonciation au Velléen se développa comme une pratique dont on ne retenait plus que l'aspect favorable : une capacité retrouvée aux côtés de l'époux. Plus tard, dans la littérature pieuse, la renonciation profitera de la faveur qui enveloppe le *renoncement*. Pour être doux aux autres, écrivait le doux Fénelon, il faut renoncer à soi-même. Ce que La Rochefoucauld corrigeait d'un soupçon pessimiste : la renonciation pourrait bien être inspirée par la crainte de paraître riche et d'exciter l'envie.

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Le concept abstrait de renonciation.* — Il se trouve dans l'a. 385-5 : c'est la renonciation sans détermination d'objet. Grâce à lui, on peut déceler les renonciations larvées qui sont incluses dans d'autres institutions : soit civiles (ex. les concessions qui forment le contrat de transaction, cf. a. 2048), soit procédurales, le désistement, l'acquiescement (a. 394, 400, 408 s. C. Pr. C.).

b) *Le caractère unilatéral de la renonciation.* — Le caractère unilatéral de la renonciation a été défendu avec une vigueur remarquable par G. Grammatikas (*Théorie générale de la renonciation en droit civil*, Th. Paris, 1971, spéc. n° 72 s.), en toute position et même, à l'encontre de l'opinion dominante, en ce qui concerne la remise de

dette. Sans doute, on comprend que la pratique exige une certaine extériorisation pour transformer le renoncement intérieur en une renonciation juridique. Mais on va beaucoup plus loin quand on subordonne la validité du dépouillement, considéré en lui-même et pour lui-même, à la réception de l'information par le bénéficiaire, voire au consentement de celui-ci. Que reste-t-il de la vérité de la renonciation ? : l'acte cesse alors d'être abdicatif pour devenir translatif. Et philosophiquement, pourquoi tant d'embarras devant un acte aussi simple ? C'est le *vouloir-avoir-droit* qui devrait nécessiter du droit, non pas le *vouloir-n'avoir-droit*. A ce propos, l'étrangeté se détache du mot *répudiation* dont nos textes, çà et là (rubrique du chapitre V du titre des successions, a. 718, 782, 789, 1043), continuent de faire un synonyme de *renonciation* — comme si l'homme était marié à ses droits subjectifs et ne pouvait les renvoyer à leur mère, la société, qu'au prix d'un rite.

c) *La distinction de deux types de renonciation selon l'objet.* — L'Association Henri-Capitant, dans ses *Travaux* de 1963, avait essayé de mettre en relief la présence, en droit positif, d'une renonciation à des bénéfices légaux ou même globalement à des sous-ensembles du système juridique. Aux exemples qui avaient été alors cités (venus de la loi, 632 C. com., 1474 C. Pr. C.), on pourrait aujourd'hui joindre des solutions jurisprudentielles. Ex. : Soc. 11 avr. 1985 et 17 déc. 1986, *Bull.*, n° 233, 611 : par accord collectif avec des compagnies pétrolières, des pompistes purent rejeter les conséquences du salariat, renonçant ainsi à un statut et à un texte (l'a. L. 781-1 C. Tr.) qui est d'ordre public. Autres exemples : en soumettant volontairement au droit de la consommation une opération qui n'y entraînait pas selon les a. L. 311-2, 311-3 C. Consom., les parties renoncent implicitement au droit commun, civil ou commercial, Civ.¹ 6 juillet 1983, *J.C.P.* 89, 2, 21194, Civ.¹ 30 mars 1994, D. 94, *I.R.* 129. Le trop de droit rend une spécialisation inévitable, et celle-ci pousse le droit aux scissions.

[187] 3 / La réalisation judiciaire des droits

Bien que, dans un sens étendu, on parle de contentieux toutes les fois que se manifeste un recours à la justice — dans un sens plus précis, le mot suppose un litige, un conflit de prétentions, et l'on oppose, à l'intérieur du droit judiciaire, la *matière contentieuse* (a. 53 s. C. Pr. C.) à la *matière gracieuse* (a. 251 s., 60 s.), où le juge est appelé à intervenir, sans qu'il y ait (du moins actuellement) litige, pour exercer un contrôle sur la requête d'un intéressé (ex. a. 1153, 1167). C'est la juridiction contentieuse qui, étant la plus significative, concentrera l'attention.

Nul ne peut se faire justice à soi-même (hormis quelques cas ; ex. a. 673, al. 2, C.C. ; ou encore le droit de rétention, t. IV, n° 194). Si le

droit est contesté, il faut en faire déclarer l'existence par le juge, ce qui suppose une *action en justice* et un *procès*, dont les formes sont trop minutieuses pour être présentées ici autrement que par aperçu. Plus qu'aux formes qui sont la trame du procès, nous devons nous intéresser aux *principes directeurs* qui en sont l'esprit, ainsi qu'aux *effets des jugements* qui en sont le terme, car c'est à travers ces effets que l'action en justice fait sa rentrée dans le droit civil.

1 | L'ACTION EN JUSTICE ET LE PROCÈS

L'action est la voie juridique par laquelle une personne s'adresse au juge pour obtenir la reconnaissance et la protection de son droit. Selon des formules classiques, suggestives quoique controversées (opp. la définition de l'a. 30 C. Pr. C.), c'est le droit déduit en justice, passant de la puissance à l'acte, le droit en mouvement, à l'état dynamique, sur pied de guerre. Celui qui agit (*actor*, demandeur) crie justice, se plaint que son droit ait été méconnu, lésé par celui (*reus*, défendeur) qu'il traîne devant le juge ; et il demande que tout soit remis dans l'ordre. L'action revêt la forme technique de la *demande en justice*, qui ouvre le procès (l'instance).

Si le procès peut être évité par une *transaction* ou *conciliation* des parties, rien de mieux. « Un mauvais arrangement est préférable à un bon procès », dit un proverbe ancestral, que le droit a pris à son compte (même si c'est avec quelque scepticisme). Très ostensiblement, le C. Pr. C. (a. 21, 127 s. ; et davantage encore, a. 382, 1441-4, depuis le d. 28 déc. 1998) favorise la conciliation (cf. *supra*, n° 88).

Liquidé ce préalable, nous suivrons le *déroulement du procès civil* en prenant pour type le procès de droit commun, devant un tribunal de grande instance (a. 750 s. C. Pr. C.). L'instance est introduite par une assignation, qui est un acte d'huissier, signifiée au défendeur à la requête du demandeur ; celui-ci y fait connaître son avocat, ainsi que l'objet et les moyens, voire les arguments de la demande. En réponse à l'assignation, le défendeur doit constituer avocat dans les quinze jours.

L'affaire est obligatoirement appelée devant le président qui, d'après les explications des avocats et au vu des *conclusions* échangées et des pièces communiquées, peut décider de renvoyer l'affaire directement à l'audience, si elle lui paraît prête à être jugée sur le fond. Sinon, il décide qu'elle sera mise en état, c'est-à-dire instruite sous le

contrôle d'un juge (dit *juge de la mise en état*) appartenant à la formation du tribunal qui aura à rendre le jugement.

Ce juge a des pouvoirs étendus (a. 763 s. C. Pr. C.). Il a mission de contrôler le déroulement loyal de la procédure, éventuellement (s'il l'estime à propos) de tenter une conciliation, d'ordonner des mesures d'instruction, telles qu'enquête, expertise, comparution personnelle, communication de pièces. Il peut prendre des mesures provisoires (notamment au cours d'un procès en divorce), statuer sur l'ensemble des exceptions de procédure. Dès que l'état de l'instruction le permet, il renvoie l'affaire à l'audience pour être jugée ; le président peut lui demander d'y joindre un rapport écrit.

A l'audience (a. 430 s. C. Pr. C.), le président dirige les débats. Les avocats sont entendus dans leurs plaidoiries (celui du demandeur avant celui du défendeur, le postulat étant que le dernier qui parle a plus de chances d'être suivi). Exceptionnellement, le représentant du Ministère public prend la parole (le dernier) pour présenter un avis (cf. *supra*, n° 96). Le tribunal, qui est ici collégial, doit ensuite délibérer et voter, s'il y a partage d'opinion, afin d'arrêter son jugement. Il délibère soit sur le siège, soit en chambre du conseil. Il peut aussi renvoyer le jugement, pour plus ample délibéré (et rédaction), à une date ultérieure.

Que ce soit exprimé ou non dans le jugement, la demande a dû être examinée à deux stades : est-elle *recevable* ? et si oui, est-elle *fondée* ? Le juge n'est tenu d'entrer dans le fond de la question que si certaines conditions préalables sont remplies : ex. que le demandeur ait qualité pour agir, qu'il soit dans les délais pour le faire ; que le tribunal lui-même ait compétence, etc. Ce sont des conditions de *recevabilité* (a. 31, 32, 122). Une demande doit être rejetée si elle est irrecevable, quand bien même on la devinerait fondée. Mais elle doit l'être également si elle n'est pas fondée, quoiqu'elle soit recevable. Il faut au demandeur, pour gagner, que sa demande soit déclarée tout à la fois *recevable* et *bien fondée*.

2 | LES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCÈS CIVIL

Sur cette rubrique s'ouvre le C. Pr. C. de 1975. Mais le chapitre qu'elle surplombe n'est pas exhaustif, et il appelle une distinction entre deux types de principes, qui sont différents par l'esprit dont ils procèdent.

[188] ► *Les principes d'équité dans le procès*

La notion du procès équitable est passée du vocabulaire anglo-américain dans les textes internationaux, Déclaration universelle des droits de l'homme (a. 6), *Convention européenne* de sauvegarde des droits de l'homme (a. 6, § 1). Mais, sans user de l'expression, le *droit français* appliquait déjà les principes qu'elle résume et qui forment un peu le droit naturel de la procédure.

a) *Droit interne*. — Les principes sont incontestés, même si leur application comportent parfois des accommodements, plus ou moins bien justifiés par la nécessité pratique d'assurer le cours de la justice, l'évacuation des procès. De là des conflits avec la Cour de Strasbourg, plus rigoureuse, parce que plus éloignée de la pratique. Quels sont ces principes ?

1° Le principe de la *contradiction* (a. 14, 16) ou, comme on dit couramment, du *contradictoire*. Le juge doit entendre les deux parties, et puisqu'il entend forcément le demandeur qui se plaint, il doit aussi entendre le défendeur. A quoi dérogent, à l'évidence, les ordonnances sur requête en matière contentieuse qui ne sont justifiées que parce qu'il faut prendre de vitesse un adversaire présumé prompt à l'esquive (cf. a. 17). A quoi déroge, plus généralement, la procédure du défaut : le droit ne peut laisser le demandeur à la merci d'un défendeur qui cherche, en se dérobant, à entraver le cours de la justice, apparemment parce qu'il a tout à en redouter. Aussi le procès peut-il se poursuivre par défaut (a. 472). Ce qui sauve le principe du contradictoire, c'est que le jugement ainsi rendu par défaut sera sujet à une voie de recours particulière, l'*opposition* (a. 476).

2° Proche, mais distinct, le principe de la *protection de la défense* ou, en termes de procédure civile, des privilèges du défendeur (à l'instar de la faveur accordée à l'accusé dans le procès pénal) : la compétence reconnue, en thèse générale, au tribunal du défendeur (*forum rei*, a. 42) ; la charge de la preuve imposée au demandeur (cf. a. 1315 C.C.) ; la règle qui veut que la défense ait le dernier mot dans les débats (a. 440, al. 2). Ici encore, cependant, des exceptions se sont fait jour : ex. là où le demandeur semble plus digne d'intérêt (client d'une entreprise, créancier d'une pension alimentaire, a. 46), la règle de compétence territoriale est inversée.

3° Le *principe de la loyauté procédurale* est latent sous des textes fragmentaires (a. 11, 15, 31-1 ; et dans le procès en divorce, a. 259-1 à 259-3 C.C.). Il condamne la fraude (*fraus omnia corrumpit*), et contre

les jugements obtenus par des moyens frauduleux, organise un *recours en révision* (a. 595 s.), porté devant le même juge. Mais si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas : il y a dans le procès un combat, à tout le moins un *match*. Si chacun des deux plaideurs devait concourir à la manifestation de la vérité (une seule vérité), comme le lui enjoint, à dessein de moraliser le procès, l'a. 10 C.C., on se demande bien comment l'instance pourrait se nouer. Faut-il donc croire qu'il ne pourra y avoir de gagnant que parce que l'un des deux aura été moins loyal que l'autre ? En pratique, un minimum de loyauté est assuré par la déontologie qui gouverne les rapports entre avocats, ainsi que par le contrôle du juge (a. 3). A condition de respecter ce minimum, chaque partie peut se sentir invitée par l'a. 9 à travailler pour le succès de sa prétention, à laisser un instant la vérité unique pour sa propre vérité.

Une des ruses de guerre les plus banales — plus ou moins mythiquement incitée des grands généraux de l'histoire — consiste à graduer l'argumentation, en réservant aux plaidoiries le coup décisif. Sans condamner le procédé, le d. 30 déc. 1998 s'efforce de l'enrayer. L'assignation, déjà, doit contenir, à peine de nullité, un exposé des moyens de fait et de droit du demandeur et s'accompagner d'un *borderau* énumérant les pièces justificatives (a. 753). Il y aura lieu, par la suite, de part et d'autre, à des conclusions récapitulatives, sous la sanction assez grave que les prétentions et moyens non repris seront réputés abandonnés.

4° Les textes internationaux ont mis en relief le *principe de publicité*, en songeant sans doute davantage aux juridictions pénales. Même au civil, pourtant, c'est un principe de conséquence (a. 22), puisqu'en ouvrant l'instance à un contrôle du dehors, il est une garantie de tous les autres principes. Il s'impose aux deux stades de la procédure, *débats et jugement*, mais avec une force inégale.

Si la règle est que les débats doivent avoir lieu en public, elle comporte une exception, les débats en chambre du conseil, sans public (à *huis clos*, disait-on autrefois). Cette exclusion de la publicité est tantôt obligatoire (a. 433 ; soit en matière gracieuse, systématiquement, a. 434, soit même en matière contentieuse, pour des affaires relevant surtout du droit de la famille, car il y a un secret des familles, ex. a. 248 C.C.), tantôt facultative pour le juge (en référence à l'un des motifs prévus à l'a. 435).

Au contraire, dans tous les cas le jugement (au moins son dispositif) doit être prononcé en public (a. 451 ; la loi n'interdit pas de le bredouiller).

Toutefois, à notre époque, la publicité des procès résulte moins de la présence d'un public limité dans une salle d'audience trop étroite que de la diffusion de l'information dans le grand public par le truchement des médias. La crainte des médias et de leur liberté de principe agit déjà, en somme, comme une publicité virtuelle. Cependant, en parallèle au huis clos physique, il a fallu établir des restrictions à la liberté de la presse : c'est un régime autonome (loi du 29 juill. 1881, a. 38 *ter* à 39 *quater*), et le parallélisme n'est pas parfait.

b) *Convention européenne*. — Elle a donné un vaste essor à l'équité procédurale, non seulement en la livrant à l'interprétation d'une juridiction qui n'a pas de responsabilité dans le fonctionnement de la justice française, mais aussi en lui ouvrant une action immédiate — à tout le moins dilatoire — devant le juge national. La Convention peut, en effet, être invoquée directement devant ce juge (cf. *supra*, n^{os} 43, 140). Ce qui peut conduire à une dérive du fond à la forme : le plaideur sent naturellement comme un procès inéquitable le procès qui tend à lui appliquer une loi qu'il estime inique. Si son moyen est rejeté, ce qui est fréquent, il peut s'obstiner et recourir à la Cour européenne. Et il arrive que celle-ci soit, à son tour, entraînée à sortir du contrôle des formes procédurales, mission originelle de l'a. 10, pour procéder à une appréciation d'ensemble, fond et forme mêlés, de la justice qui a été rendue.

[189] ► *Les principes de technique dans le procès*

Visant à l'efficacité, non plus à l'équité, ce sont des principes contingents. Ils varient d'un pays à l'autre et ont pu varier au cours de l'histoire. Aussi notre droit procédural, à l'heure actuelle, ne les accueille-t-il qu'en leur incorporant une bonne dose de leurs contraires.

1^o Le procès civil est de type *accusatoire* ou *dispositif* (les parties ont le droit d'en disposer), par opposition au type inquisitoire (où le juge peut exercer un *pouvoir d'office* pour le diriger). En principe, le procès civil est la chose des plaideurs, et le juge n'y exerce qu'une fonction passive d'arbitre du jeu. Il doit juger selon ce qui a été allégué et prouvé dans le débat, sans pouvoir y substituer ce qu'il peut savoir par connaissance personnelle, ni même ce qu'il voudrait savoir (il n'est pas juge d'instruction) : la matière à juger a été modelée par les conclusions et les plaidoiries. C'est une conception libérale et individualiste, où le C. Pr. C. de 1806 se retrouvait à l'unisson du C.C. de 1804. Mais aujourd'hui, bien que la neutralité du juge fasse toujours figure

de principe — sans l'énoncer expressément, le C. Pr. C. de 1975 l'évoque sous différentes facettes, a. 1, 2, 4, 5, 7 (al. 1) et 9 —, de nombreux correctifs y sont apportés dans le sens d'un vaste pouvoir d'office, a. 3, 10, 11, 12 (al. 1, 2), 263, 264 et 763 à 770.

2^o Le procès civil est formaliste : les actes instrumentaires dont il est constitué ne sont valables que s'ils contiennent les mentions, souvent minutieuses, prescrites par la loi (ex. a. 56). Le C. Pr. C. de 1975 avait atténué ces exigences (cf. a. 112 s.) ; mais le d. 30 déc. 1998 en a créé de nouvelles.

3^o Le procès civil est une combinaison d'*oralité* et d'*écriture*. Longtemps l'oralité a prédominé ; les plaidoiries des avocats étaient le moment essentiel. Aujourd'hui le rôle de l'écrit s'est accru (ex. a. 785). Devant la Cour de cassation, la procédure a toujours été écrite (par échange de *mémoires*).

4^o Le procès civil n'impose *pas un contact immédiat* du juge avec les parties. A la différence de ce qui se passe dans le procès pénal, devant les juridictions civiles de droit commun le ministère obligatoire des avocats fait écran entre le magistrat et les plaideurs. Néanmoins, en toute matière, le juge peut faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'elles (a. 184 s.).

[190] 3 | LES EFFETS DES JUGEMENTS

a) *Distinction des jugements selon leurs effets*. — En principe, les jugements sont *déclaratifs* : le juge se borne à constater et à dire le droit préexistant (*juris dictio*). D'où cette conséquence qu'ils rétroagissent au jour où le droit est né. L'explication théorique se complète d'un argument pratique : il ne faut pas que la partie dont le droit est reconnu ait à subir un préjudice pour avoir emprunté la voie judiciaire, qui est lente.

Par exception, toutefois, il est des jugements *constitutifs*, créateurs d'un droit nouveau (ex. le jugement d'ouverture de la tutelle, il crée une incapacité, a. 502). Ces jugements ne produisent effet que pour l'avenir ; plus exactement leur effet a pour point de départ le jour où ils acquièrent force de chose jugée (a. 500 C. Pr. C.).

L'opposition des deux catégories ne doit pas être exagérément durcie. Même simplement déclaratif, tout jugement apporte un *plus* à la partie qui l'obtient : le droit qu'elle a fait reconnaître va être armé d'une triple *force* qu'il n'avait pas auparavant : force probante de

l'acte authentique (a. 457 C. Pr. C.), force de chose jugée (a. 500) et force exécutoire inhérente au commandement de l'Etat (a. 502 s.). Sans préjudice d'avantages supplémentaires, lorsque le jugement comporte condamnation du perdant à payer une somme d'argent : garantie d'une hypothèque (*hypothèque judiciaire*, a. 2123 C.C.), intérêts dus de plein droit à un taux renforcé, en cas de résistance à l'exécution (l. 11 juill. 1975, a. 3 ; cf. t. IV, n° 169).

b) *Autorité de la chose jugée*. — Ce qui donne au jugement sa pleine valeur, sa supériorité sur l'accommodement que pourrait tenter entre deux querelleurs un passant de bonne volonté, ce n'est pas d'être conforme à la vérité absolue (où est la vérité ?) — c'est d'être revêtu par l'Etat d'une force particulière qui interdit de le remettre en question, parce qu'il faut une fin aux litiges (*autorité de la chose jugée*, a. 1350-3°). Le litige (dès lors que les voies de recours sont épuisées) est vidé, tranché une fois pour toutes, ce qui garantit stabilité, sécurité et paix entre les hommes (a. 480 C. Pr. C.). Le jugement, en un sens, crée toujours un droit nouveau, même quand il semble se contenter de déclarer un droit préexistant.

L'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à ce qui est tranché pratiquement, *décidé*, c'est-à-dire au seul *dispositif* du jugement. Les motifs n'ont pas autorité de chose jugée, à moins qu'ils ne soient intellectuellement inséparables du dispositif (qu'ils en soient, dit la jurisprudence, le soutien nécessaire).

La partie gagnante, si son adversaire essayait de recommencer le procès, pourrait l'arrêter net, sans avoir besoin de prouver le fond de son droit, en se bornant à faire constater qu'il y a eu déjà un jugement rendu sur le même point (c'est ce moyen procédural que l'on nomme l'*exception de chose jugée*). Toutefois, l'autorité de la chose jugée est purement *relative* (a. 1351) : elle ne peut être invoquée qu'autant que le procès est rouvert entre les mêmes parties, pour le même objet et sur la même cause (ex. l'a. 1382 et l'a. 1384, al. 1, sont deux causes différentes). Par dérogation à l'a. 1351, les jugements rendus en matière d'état des personnes, sont en principe opposables aux tiers (arg. a. 311-10 ; cf. t. II).

c) *Force exécutoire*. — Les jugements se terminent par une formule, dite *formule exécutoire*, dont la teneur est fixée par un décret du 12 juin 1947. C'est l'ordre donné aux huissiers de justice de mettre le jugement à exécution (à l'initiative de la partie gagnante), aux procureurs d'y « tenir la main », et, ultime recours, aux officiers de la force publique (police, gendarmerie) de prêter main-forte s'ils en sont requis. L'exécution est donc une exécution *forcée* ; elle exerce une contrainte

sur la partie condamnée : en principe sur ses biens par voie de saisie. Dans le schéma classique de la saisie, la condamnation étant supposée pécuniaire (ce qui est le cas le plus courant), l'huissier frappe d'indisponibilité certains biens (meubles corporels) du débiteur : ils seront ensuite vendus aux enchères, et le créancier sera payé sur le prix. Mais il existe d'autres types de saisie, notamment (peut-être la plus fréquente aujourd'hui) la saisie des rémunérations du travail. L'ensemble des procédures civiles d'exécution, à l'exception de la saisie immobilière, qui est restée dans le C. Pr. C. (a. 673 s. anciens), fait l'objet de la loi du 9 juillet 1991, complétée par un décret du 31 juillet 1992 (très descriptif).

[191] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — L'approfondissement des matières qui ont été résumées ci-dessus relève d'une discipline autonome (cf. Baranès *et al.*, D. 93, chr. 9), pourtant très proche du droit civil : la *procédure civile* (d'autres disent : *droit processuel* ; d'autres encore : *droit judiciaire*). V. Ghestin-Goubaux, n°s 582-626 ; Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, 3 vol., 1961-1991 ; Vincent et Guinchard, *Procédure civile*, 1996 ; Héron, *Dr. judiciaire privé*, 1991 ; Couchez, *Procédure civile*, 1998 ; L. Cadiet, *Dr. judiciaire privé*, 1998 ; Cornu et Foyer, *Procédure civile*, 1996 ; Guinchard, *C. Pr. C. commenté*, Mégacode Dalloz, 1999, et D. 99, chr. 65. — Cf. Woog, *Pratique professionnelle de l'avocat*, 1993, p. 531 s. (conduite du procès) ; outre la série des chroniques de jurisprudence de la R.T., et le combiné de deux revues spécialisées, *Justices, revue générale de droit processuel* (plus orientée vers la théorie), et la *Revue des procédures* (tournée vers la pratique), ainsi que l'ensemble du volume des *Arch.*, 94 (« Le procès »). — Sur l'état de la procédure civile à la veille du C. Pr. C. (l'« ancien C. Pr. C. ») de 1806, v. *La Révolution et l'ordre juridique privé*, 1988, 5^e partie, notamment N. Castan, « Le contentieux privé à la fin du XVIII^e s. et son mode de règlement », et C. Bloch-J. Hilaire, « Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire, la procédure civile ».

Dans les premières années de ce siècle-ci, les *procéduriers* français travaillaient encore principalement par exégèse du C. Pr. C. (à l'exemple de ce qu'avaient fait les civilistes), cependant qu'en Allemagne et en Italie (les Italiens traduisant les Allemands, mais y mettant un supplément de subtilité), les *processualistes* se livraient à d'importantes recherches théoriques, marquées souvent par l'influence du droit public (la justice n'est-elle pas un service public ?). Ces courants étrangers ne furent pas sans écho en France : Morel, *Traité élém. proc. civ.*, 2^e éd., 1949, et surtout Vizioz, *Etudes de proc.*, 1956. Mais, dès 1958, une première vague de réformes, la création de l'Ecole nationale de la Magistrature, la mise en chantier d'un *Nouveau Code de procédure civile* (cf. de l'un de ses auteurs, Cornu, *La codification de la procédure civile en France, R. juridique et politique*, 1986, 689) et finalement l'entrée en vigueur de ce Code allaient entraîner — dans une direction indépendante de la théorie étrangère — un

renouvellement profond des idées, comme des pratiques. V. « Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? », l'ensemble des *Mélanges Roger Perrot*, 1995 ; mais peut-être se prépare-t-il de nouvelles nouveautés (cf. Garapon, D. 97, chr. 69 ; R. Martin, J.C.P., 97, Actualités, n° 8). L'exégèse peut s'appliquer maintenant à des dispositions de caractère théorique, les premiers titres du Code et en particulier le chapitre « Les principes directeurs du procès ». On a intérêt, pour les éclairer, à se reporter à l'ouvrage (posthume) de l'auteur qui avait inspiré beaucoup de ces dispositions : Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, 1973.

Pour l'enseignement comme pour l'édition, les voies d'exécution s'étaient détachées de la procédure civile, malgré leur inclusion dans le même code. La l. 9 juill. 1991 réformant l'ensemble des procédures civiles d'exécution a renforcé cette autonomie et déterminé un renouvellement doctrinal (cf. Vincent et Prévault, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 1993 ; Donier, même titre, 1993 ; Croze, J.C.P., 92, 1, 3585 ; Desdevises, *Mélanges Perrot*, 1995, 99). Comme le nouveau C. Pr. C., la loi nouvelle contient, du reste, des dispositions générales qui sont importantes pour une philosophie de l'exécution (cf. Théry, L'après-jugement, *Arch.*, 94, 259).

I. — DE LA JUSTICE AU JUGEMENT

a) Sur le principe que *Nul ne peut se faire justice à soi-même* (= « se faire raison »), v. J. Brisset (histoire) *Arch.*, 1976, 205 ; *Travaux Assoc. Capitant* (XVIII), 1966, spéc. rapport Béguin, p. 41 s.

b) Sur la nature de l'action en justice, v. Desdevises, *Le contrôle de l'intérêt légitime, essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, Th. Nantes, 1973 ; L. Boy, R.T., 1979, 497 ; Monique Bandrac, L'action en justice, droit fondamental, *Mélanges Perrot*, 1995, 1. — D'une vision axée sur le procès civil s'inspire la doctrine classique, lorsqu'elle présente l'action en justice comme la projection d'un droit subjectif. Elle peut se prévaloir du langage du C.C., où les actions sont souvent qualifiées d'après le résultat attendu par le demandeur (ex. action en partage, a. 817 ; en nullité, a. 1304 ; mais opp. dans la l. 3 janv. 1972, a. 311-4 s., actions relatives à la filiation), et elle garde le mérite de formules suggestives. Elle ne prétend pas, d'ailleurs, que le droit subjectif ne puisse exister sans l'action en justice, car le droit positif en connaît des exemples (a. 1965, dette de jeu, et plus généralement a. 1235, al. 2, obligations naturelles, où le droit, dénué d'action, ne peut espérer sa réalisation que d'une exécution volontaire du débiteur). Mais, à l'inverse, elle ne conçoit point qu'il puisse y avoir d'action en justice sans un droit sous-jacent. C'est justement sur ce terrain qu'elle va être mise à quia : lorsque le demandeur est débouté, il est avéré qu'il n'avait pas de droit ; cependant il a pu exercer une action, puisqu'il a obligé le juge à statuer. Ce qui a conduit aux analyses modernes, imprégnées d'idées publicistes : l'action est un droit public, distinct du droit privé que peut avoir hypothétiquement le demandeur ; un droit (un pouvoir, une liberté) qui appartient à toute personne contre l'Etat aux fins de mettre en mouvement le service public de justice, ou même un droit contre le juge (le droit de le déranger, de lui casser la tête, Luc, 2 : 5). Quelque chose de ces analyses se reflète dans l'a. 30. — Droit public ou droit privé, le droit d'ester en justice (en tant que demandeur ou défendeur) est susceptible d'abus (et la défense dilatoire, de retarde-

ment, est une variété de l'action abusive). C'est historiquement (la « chicane ») une des plus anciennes apparitions de la théorie de l'abus des droits (cf. t. IV, n° 230). Cet abus du droit peut être sanctionné par une amende civile aussi bien que par des dommages-intérêts envers l'autre partie, ce qui atteste une double nature, publique et privée, de l'action en justice (a. 32-1, 559, 628 C. Pr. C.). Mais les tribunaux ne manient la sanction qu'avec prudence (ex. Civ.¹ 30 janv. 1980 et Com. 18 mars 1980, D. 80, I.R., 461 ; Civ.³ 22 mai 1986, G.P. 87, 1, Somm. 41) : un abus de la théorie de l'abus pourrait conduire à fermer la justice aux plus timides.

c) Sur la nature du *procès*. — Longtemps, et au début de ce siècle encore, la doctrine l'analysait volontiers comme un contrat, qu'elle qualifiait de *contrat judiciaire*. Cf. Y. Muller, *Le contrat judiciaire en droit privé*, Th. Paris I, 1994, Cadiet, Les jeux du contrat et du procès, *Mélanges Farjat*, 1999, p. 23, spéc. 32. L'idée venait du droit romain où, dans la procédure formulaire, l'instance était bloquée par le défaut du défendeur et ne pouvait s'organiser par défaut : il fallait coûte que coûte un accord de volonté des deux plaideurs (peut-être était-ce la survivance d'une époque primitive où le juge avait été un arbitre librement choisi par les parties). Il était cependant peu réaliste de voir un contrat dans ce qui est, sous bien des aspects, un combat, et même la forme la plus voyante de ce combat pour le droit que Rudolf von Jhering a célébré comme un des devoirs du citoyen. Il est vrai que le jeu, qui lui aussi fait un gagnant et un perdant, se définit sans ambages comme un contrat (a. 1964). Seulement, le procès n'est pas un jeu. Il l'est probablement pour les avocats, et c'est ce qui rend leur interposition socialement si thérapeutique. Mais le ministère de l'avocat n'est pas obligatoire devant toutes les juridictions (ex. tribunaux d'instance), et il n'empêche pas toujours les plaideurs de se haïr, ce qui va tout à l'opposé de ce consentement, de ce duo de sentiments que suppose le contrat. En tout cas, l'idée contractualiste ne pouvait résister à la poussée de droit public qui a envahi la procédure civile : le procès est aujourd'hui conçu comme un ensemble complexe d'actes unilatéraux et d'obligations légales, mais un ensemble en mouvement, qui, une fois que la demande en justice l'a lancé, va se dérouler par un dynamisme propre (c'est ce dynamisme de monstre dévorant que dépeignent Dickens dans *Bleak House*, Kafka dans *Le Procès*).

Il convient, toutefois, d'atténuer ces réflexions par deux remarques :

1° Si tout procès n'est pas un contrat, il est cependant des types de procès qui ont pour ressort un accord entre les parties, les instances où la demande est formée par requête conjointe, notamment en matière de divorce (a. 57, 1088 s.).

2° Même dans les procès de type ordinaire, l'absence de contrat n'empêche pas que ne s'établissent entre les parties des rapports réciproques, elles sont liées par la manière même dont elles se sont engagées dans le procès (l'art. 12, al. 4, fait allusion à ce *lien juridique d'instance* ; cf. Normand, *Le juge et le litige*, 1965 ; Jugault, *De la liaison du contentieux*, Th. Rennes, 1969). Ce lien crée entre elles des devoirs (a. 15 C. Pr. C., mais aussi a. 10 C.C.), et elles ne peuvent plus s'en dégager unilatéralement (le désistement du demandeur doit être accepté en principe par le défendeur, a. 395).

d) Sur quelques traits du *procès équitable*. — Les plaideurs n'hésitent plus à invoquer la Convention européenne des droits de l'homme, a. 6, al. 1, afin d'essayer de paralyser une loi qui les gêne. Peut-il y avoir une procédure équitable sur une loi qui ne l'est pas ? Cf., sur la transformation de la notion du procès équitable, Guinchard, Garantie formelle ou droit substantiel ?, *Mélanges Farjat*, 1999, 139. Un arrêt, Civ.¹

28 avr. 1998, *J.C.P.*, 99, 2, 10102, 2^e esp., est remarquable en ce qu'il refuse de couvrir plus longtemps l'argument (chauvin ?) des juges du fond : qu'il est inutile d'invoquer la Convention dès lors que les règles du C. Pr. C. ont été respectées, car elles font présumer le procès équitable (en l'espèce un juge impartial). Le procès équitable est le faisceau de plusieurs principes. Il arrive que tel d'entre eux soit rejeté, auquel on pouvait penser (ex. le double degré de juridiction, pour lequel la France avait réservé la singularité de sa procédure d'assises, qui se contente d'un contrôle de légalité par la Ch. criminelle, *Crim.* 23 juin 1999, *D.* 99, *I.R.*, 209). Sur l'ensemble de cette jurisprudence, cf. M. Fabre, *J.C.P.*, 98, 1, 157, et Sudre, *J.C.P.*, 99, 1, 105, n^{os} 19 s. Quels principes, en définitive ? 1^o La *publicité* (des débats, du jugement, de l'instruction) : ex. : *Civ.*¹ 25 avr. 1989, *D.* 89, *I.R.*, 153 ; *Ass. plén.*, 8 févr. 1993, *sol. impl.*, *D.* 93, *Somm.* 190. 2^o La *neutralité* du juge : ex. *Civ.*¹ 18 mai 1989 (il ne faut pas qu'il ait déjà jugé, préjugé), *D.* 90, 113 ; *Civ.*² 5 mai 1993, *J.C.P.*, 94, 2, 22227 ; v. cep. *Crim.* 29 avr. 1996, *J.C.P.*, 96, 2, 22700 ; cf. A.-M. Frison-Roche, L'impartialité du juge, *D.* 99, chr. 53 ; 3^o La *liberté d'appréciation* du juge : v. Normand, *R.T.*, 88, 563. 4^o Le *contradictoire* : *C.* Etat, 12 oct. 1979, *D.* 79, 606, *J.C.P.*, 80, 2, 19288 ; *Civ.*¹ 3 mars 1993, *sol. impl.*, *Bull.*, n^o 94 ; cf. Wiederkehr, *D.* 74, chr. 95 ; P. Raynaud, *Mélanges Hébraud*, 1981, 715 ; M.-A. Frison-Roche, *Th.* Paris II, 1988. Ce dernier principe (« écoute aussi l'autre partie ») mérite, pour son importance philosophique, qu'on s'y arrête davantage. Il paraît de bon sens (« qui n'entend qu'une cloche n'entend qu'un son »). On en attribue parfois l'invention à Salomon (*Prov.*, 18 : 17), modèle de toute justice, et Nicodème, qui devait être juriste, tenta de sauver le Christ par ce moyen de procédure (*Jean*, 7 : 51). En même temps qu'une garantie des droits de la défense, c'est une technique d'approche de la vérité. De toute antiquité, pourtant, a couru un sophisme contestataire : ou bien le demandeur a par lui-même prouvé son droit, et il faut lui faire droit, ou bien il n'a pas réussi à le prouver, et il faut rejeter la demande ; dans les deux hypothèses, nul besoin d'entendre l'autre partie. — Non loin de là, quoique plutôt à propos des privilèges de la *défense*, le sophisme de Jérémie Bentham (1748-1832) : l'expérience montre que la plupart des demandes sont accueillies (assertion inexacte, d'ailleurs, quant à notre Cour de cassation, la majorité des pourvois sont rejetés) ; donc, c'est la faveur du demandeur, non du défendeur, qu'il conviendrait d'ériger en principe. Oui, mais si on le faisait, les demandes injustes, qui aujourd'hui sont repoussées, pourraient bien être accueillies, et injustement.

e) Sur la distinction des *jugements déclaratifs et constitutifs*, L. Mazeaud, *R.T.*, 1929, 17 s. ; R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, *Th.* Toulouse, 1948, p. 48 s. (où est proposée une classification nouvelle en jugements *indicateurs* et *impératifs*). La distinction des deux types de jugements est souvent mise en correspondance avec une division dans les fonctions du juge : la *jurisdictio* et l'*imperium* (cf. Jarrosson, *Mélanges Bellet*, 1991, 245), ou en termes plus marqués de droit public, l'*acte juridictionnel* et l'*acte administratif judiciaire*.

II. — LES EFFETS DU JUGEMENT

[192] a) *Autorité de la chose jugée*. — V. Esmein sur Aubry-Rau, *XII*, § 769 ; Motulsky, *D.* 68, chr. 1, Tomasini, *Th.* Toulouse, 1975 ; Poncela, *Regards sur la vérité judiciaire*, *Arch.*, 84 ; *La vérité et le droit*, *Trav. Assoc. H. Capitant (XXXVII)*, 1986,

spéc. sur la vérité dans le procès, Ponsard, p. 673 ; S. Cotta, La question de la vérité du jugement, *Mélanges Terré*, 1999. L'*autorité* de la chose jugée (a. 480 C. Pr. C.) recouvre l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle, notamment la présomption de vérité. L'expression *force* de chose jugée (a. 500 C. Pr. C.) revêt un sens plus étroit : c'est l'efficacité particulière que possède ou acquiert une décision lorsque, n'étant pas, ou n'étant plus, susceptible d'une voie de recours suspensive, elle est ou devient exécutoire. Le droit pénal évite d'employer cette seconde expression (a. 6 C. Pr. P.). — La maxime *Res judicata pro veritate accipitur* est rangée au Digeste (50, 17, 207) parmi les *diversae regulae juris antiqui*. Le droit y fait l'aveu hautain de l'irréalité de son univers : la chose jugée n'est pas la vraie vérité ; elle est reçue (*accipitur*) par le bon peuple pour tenir lieu de vérité (*pro veritate*). Il le faut bien. Pilate devait se rappeler cette formule de métier quand il a répondu à Jésus *Quid est veritas ?* (*Jean*, 18 : 38) : si je te condamne, même à tort, ta condamnation fera la vérité. Car c'est la sentence injuste, pas l'autre, qui a besoin de l'appui de la maxime.

Se gardant d'évoquer la vérité, le C.C. pouvait se dispenser d'avouer l'autorité de la chose jugée comme une fiction. Il la présente, plus sobrement, comme une présomption légale (a. 1350-3^o) ; mais celle-ci, étant irréfutable (elle dénie l'action en justice, a. 1352), ressemble fort à une fiction.

On discute du *fondement* de la règle. Le fondement pratique est très simple : mettre fin au litige pour protéger les plaideurs — et en premier le gagnant — dans leurs rapports réciproques ; ce qui explique le caractère de relativité affirmé par l'a. 1351, aussi bien que la solution jurisprudentielle selon laquelle l'exception de chose jugée, n'étant pas d'ordre public, est susceptible de renonciation (ex. *Com.* 16 févr. 1952, *D.* 53, 302). Mais la doctrine va plutôt à la recherche de fondements théoriques. Ce sont souvent des fondements objectifs, qui tendent à revêtir la chose jugée d'une autorité absolue, d'une opposabilité *erga omnes*. Pour les uns, il s'agit de prévenir une contradiction entre jugements, par laquelle seraient mises à mal la cohérence et la rationalité du système juridique (exigences d'un droit moderne selon Max Weber). Pour d'autres (prédisposés à faire pénétrer en procédure civile des concepts de droit public), la juridiction dit le droit à l'égal de la loi, et son dire pourrait prétendre à la même universalité d'application.

Dans cette vue de droit public, sur le terrain de l'*interprétation*, on s'est parfois efforcé de cantonner l'a. 1351. Arguant de la place qu'il occupe au titre *des contrats*, on a proposé d'en restreindre la portée aux seuls litiges ayant pour objet des matières contractuelles : l'a. 1351 s'expliquerait comme un reflet de l'a. 1165. Dans le reste du contentieux civil, les jugements retrouveraient leur autorité absolue d'actes de puissance publique (ainsi, notamment, dans le contentieux de la filiation, où la thèse de l'autorité relative a toujours suscité des objections ; cf. t. II). Mais, tout en accordant que le législateur a bien dû penser aux contrats quand il a écrit l'a. 1351, il est permis de se demander si ce n'était pas à des contrats d'une tout autre sorte, ceux qui se nouent entre les plaideurs par le lien juridique d'instance (cf. *supra*, I-c).

b) *Force exécutoire* (cf. t. IV, n^{os} 313, 365). — Dans les sociétés archaïques, l'exécution est une *exécution sur la personne* (cf. Sergenne, *Th.* Paris, 1959) : le créancier réduit son débiteur défaillant en esclavage et se paie sur cette force de travail. C'est une utilité différente qui expliquait la contrainte par corps, que le C. Nap. avait conservée (anciens a. 2059-2070) jusqu'à l'abolition en matière civile par la l. 22 juill. 1867 (elle subsiste pour le recouvrement des amendes pénales, a. 749 s.

C. Pr. P.) : la prison pour dettes agissait comme un moyen de pression pour amener le débiteur à dévoiler ses ressources cachées, ou pour inciter ses parents et amis à payer à sa place. L'exécution sur les biens n'en représentait pas moins le principe, conforme à une philosophie de liberté individuelle. La matière n'avait guère changé depuis le C. Pr. C. de 1806 jusqu'à la grande réforme de 1991-1992 (cf. Prévault, *Mélanges*, Vincent, 1981, 297). Dans la pratique, cependant, la saisie théâtrale des meubles meublants, telle qu'aux temps balzaciens, avec huissier et *recors* (= témoins de la saisie), avait été notablement refoulée par la saisie-arrêt (saisie-attribution, saisie des rémunérations, dans la l. 9 juill. 1991), saisie par excellence dans une société de salariat généralisé.

INDEX

- Abrogation, 127 ; — de l'Ancien Droit, 71.
 Abus du droit, 183 ; — (d'estimer en justice), 191.
 ACOLLAS, 152.
 Acte juridique, 106, 167 s. ; — unilatéral, 167 ; — instrumentaire, 167, 176, 189 ; — sous-seing privé (s. s. p.), et authentique, 176.
 Actions en justice, 187 s.
 Adages, 137, 138.
 Agréés, 98.
 Aide (autrefois assistance) judiciaire, 88 ; — juridique, 128.
 Allemand (droit), 83, 85.
 Alsace et Moselle (droit local), 74, 82.
 Analogie, 156, 159.
 Ancien Droit, 69 ; abrogation de l'—, 71.
 Anglais (droit), 83, 85.
 Annulabilité, 168.
 Anthropologie juridique, 27, 33.
 Antigone, 47, 50.
 Antinomie, 159.
 Apparence, 163.
 Appel, 142 ; Cours d'—, 92.
 Arbitrage, 88, 89.
 Archives, 179.
 ARISTOTE, 51.
 Arrêt, 88, 143.
 Arrêté, 108, 111.
 Assemblée plénière (de la Cour de cassation), 93, 143.
 Assignation, 187.
 Attestation, 177.
 AUBRY (inséparable de RAU), 152.
 Audience solennelle, 92 s.
 Auteur (dans la transmission d'un droit), 184.
 Authenticité, 176.
 Autonomie de la volonté, 169.
 Autorité de la chose jugée, 190, 192.
 Autorités en droit civil, 142 s.
 Aven, 16, 177.
 Avis de la Cour de cassation (saisine pour), 143 ; — (du Comité national d'Éthique), 19 ; — (du Conseil national du Crédit, etc.), 111 ; — (en général), 11.
 Avocat, 98 ; — à la Cour de cassation, 99.
 Avortement, 19.
 Avoué, 99.
 Ayant cause, 84.
 Barreau, 98.
 BAUDRY-LACANTINERIE, 152.
 Belge (droit), 83 s., 87.
 Besoin, 162.
 BEUDANT, 152.
Bibliographie générale des Introductions, 1 (p. 16).
 Biens, 164.
 BIGOT DE PRÉAMENEU, 73.
 Bioéthique (lois de), 50, 124.
 BOBBIO (Noberto), 45.

NB. — Les nombres renvoient aux numéros gras entre crochets [1], [2], ... du volume et non aux pages.

BONAPARTE, 73, 76.
 BONNECASE, 133, 152.
 Bonne foi (créée par l'erreur de droit), 125, 129.
 Brocards, 137.
 Bulletin (des arrêts de la Cour de cassation), 145.
 Bureaucratie, 15, 66.
 Cadre (loi-), 110.
 Caducité (des lois), 128.
 CAMBACÈRES, 70 s., 78.
 Canonique (droit), 83, 85.
 CAPITANT (Henri), 152.
 Cas fortuit, 170.
 Cassation, 143 ; — (Cour de), 93, 143.
 Catégorie juridique, 23.
 Cause (du contrat), 168.
 Chambre du conseil, 91 s.
 Chambre mixte (de la Cour de cassation), 93.
 Chambres réunies (de la Cour de cassation), 93.
 Chose, 164 ; — jugée, 190, 192.
 Christianisme, 54 s.
 CICÉRON, 47.
 Circulaire, 111.
 Classe sociale, 79.
 Code civil, 73 s., 112.
 Codification, 110, 113.
 COLIN (Ambroise), 152.
 Comité d'Éthique, 18.
 Commencement de preuve par écrit, 178.
 Commerce (tribunal de), 94.
Common Law, 83, 85.
 Communauté économique européenne (C.E.E.), 139 s.
 Communication, 16.
 Comparé (droit), 26, 31, 83 s.
 Comparution personnelle, 189.
 Compétence, 88, 90 s.
 Compromis (d'arbitrage), 88 s. (loi de —), 79, 82.
 Compromissoire (clause), 88 s.
 Conciliation, 88, 89.

Conclusions (des plaideurs), 187 ; — du Ministère public, 96, 102.
 Concordat, 74.
 Condition, 169.
 Conscience (juridique), 129 ; — (objection de), 50.
 Conseil constitutionnel, 117 s.
 Conseil d'État, 88.
 Consentement, 168.
 Conséquences (appréciation des), 159.
 Constitution et droit civil, 117 s.
 Constitutionnalisation du droit, 42, 67.
 Constitutionnalité (contrôle de), 116 s.
 Consulaire (juge), 94.
 Contentieux, 187.
 Contradictoire (Principe du —), 28 ; — dans le procès, 188, 191.
Contrario (Argument *a* —), 156, 160.
 Contrat, 168 s. ; — type, 110.
Corpus juris civilis, 26.
 Cour d'appel, 82, 92, 145 ; — de cassation, 93, 143.
 Courtoisie (Règle de —), 16.
 Coutume (en général), 6, 135 ; — (rôle en droit civil), 135 s.
 Créance, 165.
 Critique du droit (mouvement), 60.
 Culture, 20, 21, 152.
 DAGUESSEAU, 69.
 DALLOZ, 145.
 Décision (en général), 13 ; — du Conseil constitutionnel, 120 ; — de la Banque de France, 110.
 Déclaration des droits, 43, 50, 124.
 Décret, 108 s., 112.
 Décret-loi, 109.
 Défaut (Procès par —), 188.
 Défense (Protection de la —), 188.
 Définitions, 23, 115.
 Délai, 172 s. ; — préfix, 172.
 Délit civil, 170.
 Demande en justice, 187.
 DEMOLOMBE, 152.
 Déontologie, 111, 114.
 Désordre, 52.

Désuétude, 127, 138.
 Deux règnes (royaumes), doctrine des, 42, 55.
 Directives (de la C.E.E.), 139 s.
 Discretionnaire (Droit), 183.
 Dispense, 126.
 Doctrine, 150 s.
 Documentation juridique, 36, 105.
 Dogmatique, 23, 28.
 Dol, 168.
 DOMAT, 11, 69, 106.
 Dommages-intérêts (en général), 170.
 Doute, 62.
 Droit commun, 31, 107, 141 ; — objectif, 104 s. ; — positif, 39 ; — public et — privé (distinction), 64, 67.
 Droit acquis, 131 ; — personnel, 165 ; — réel, 164 ; — (subjectif), 161.
 DUGUIT (Léon), 11, 162.
 DURANTON, 152.
 DWORKIN (Ronald), 28, 53.
 Economique (Analyse) du droit, 27, 35.
 Enfant (Convention de l'O.N.U. sur les droits de l'—), 141.
 Enfant (juridicisation de l'), 21.
 Enquête, 177.
 Epistémologie du droit, 28.
 Équité, 9, 14, 15 ; — (principes d') dans le procès, 188, 191.
 Erratum, 129.
 Erreur (dans les contrats), 168 ; — de droit, 125, 128.
 État de droit, 42.
 Éthique, 16, 18, 78.
 Ethnologie juridique, 27, 33.
 Europe, 139 s.
 Européenne (Communauté économique —), 139, (Convention pour la sauvegarde des droits de l'homme), 43 s., 140 s., 188.
 Evidence, 181.
 Evolutionnisme juridique, 80.
 Exception (en procédure), 175.
 Exceptionnels (interprétation stricte des textes), 157, 159.

Exécution forcée, 176, 190, 192.
 Exégèse (Ecole de l'—), 152.
 Exégétique (méthode), 154.
 Expectative, 121.
 Expert, 100, 103.
 Exploit d'huissier, 99.
 Faculté, 162.
 Fait (opposé au droit), 163 ; — juridique, 167.
 Faute, 170.
 Faux (inscription de —), 176.
 Fiction légale, 25.
 Force majeure, 170.
 Forme des actes juridiques, 66, 168.
 Formule exécutoire, 176, 190.
Fortiori (argument *a* —), 156.
 Fraude, 136.
 Fruits (droit de percevoir les —, attributs de la propriété), 164.
 Futur (temps du verbe dans la loi), 115.
 Gage, 164.
 GENY (François), 10, 150, 152, 157.
 Géographie (du droit français), 82, 91 (carte judiciaire).
 Gestion d'affaires (quasi-contrat), 167.
 Gracieuse (matière), 91, 187.
 Greffier, 97.
 GROTIUS, 47.
 GURVITCH, 62.
 Habitude, 162.
 HAYEK (F. von), 60, 62.
 HEGEL, 42.
 Herméneutique, 24.
 Hiérarchie (des normes), 42, 108, 114 ; — judiciaire, 142.
 Histoire du droit, 26, 31, 68 s., 75, 80.
 Historique (interprétation), 155.
 Homme (droits de l'—), 43 s. (Convention européenne des droits de l'—), 43, 139 s.
 Honneur (règle d'—), 17.
 Huissier de justice, 99.
 Hypothèque, 164.

Idéalisme (juridique), 47 s.
 Ignorance du droit, 125, 128, 148 ;
 — (des droits subjectifs), 162.
 Immeubles, 164.
 Inceste, 16, 20.
 Incivilité, 16.
 Incorporels (biens), 164.
 Inexistence, 168.
 Inflation du droit, 65, 113.
 Informatique, 36, 145.
 Informelle (justice), 89.
 Instance, 187.
 Institutions judiciaires, 88 s. ; — juridiques, 4, 114.
 Instructions, 111.
 Intermédiaire (droit), 70, 75.
 Interprétation, 24, 154, 159.
 Interprétative (loi) de la volonté des parties, 126 ; d'une autre loi —, 132.
 Intitulé (de la loi), 129.
 Italien (droit), 83, 85.
 J.A.F. (= juge aux affaires familiales), 91.
 Japonais (droit), 83, 85.
 Jeu, 11, 52.
 JHERING, 3, 11, 39.
 JOSSERAND, 152.
Journal officiel, 124, 125.
 Juge (le personnage du), 89.
 Juge d'instance (anciennement, — de paix), 94.
 Jugement, 7 s., 13 s., 88, 143 s., 190 s.
 Juridiction (contentieuse et gracieuse), 91, 187.
 Juridictionnel (acte), 8, 13.
 Jurisclasseurs (périodiques), 145.
 Jurisprudence, 142 s., 154 s.
 Justice idéale, 51 s. ; — (service public), 88 s.
 Kelsen (Hans), 39, 42.
 Lacunes (du droit), 63.
 Laïcité, 16, 20.
 LAMBERT (Edouard), 31.

Langage, 16, 34, 115, 149.
 Législation, 25, 29, 106, 111, 115.
 Lésion, 168.
 Libre recherche scientifique, 155.
 Linguistique juridique, 27, 34, 115, 149.
 Littérature, 21.
 Logique juridique, 30.
 Loi (analyse générale), 5 ; — (en droit civil français), 106 s. ; — (source d'obligations), 167 ; — impérative, 126 ; — interprétative (d'une loi antérieure), 132 ; rétroactive, 131 s. ; — spéciale, 107 ; — supplétive de volonté, 126.
 LUTHER, 42, 55.
 Magistrats, 95.
 MALEVILLE, 73.
 Mandat (en général), 169.
 Marxisme, 57, 60.
 Maximes (juridiques), 137.
 Médiateur de la République, 15.
 Médiation, 88, 89.
 MERLIN (de Douai), 70.
 Méthodes, 28, 154.
 Meubles, 164.
 Ministère public, 96, 102.
 Modalités des actes juridiques (terme et condition), 169.
 Mœurs, 16, 18 ; — (bonnes), 18, 136.
 MONTESQUIEU, 32, 72, 76.
 Morale (distinction du droit et de la —), 16, 18.
 Motifs, 143, 146, 149, 190.
 MOTULSKY (Henri), 191.
 MOUNIER (Emmanuel), 49.
 Musulman (droit), 83, 85.
 NAPOLÉON I^{er}, 73, 76.
 Nature juridique (des institutions), 23, 156, 160.
 Naturel (droit), 47 s. ; — (obligation), 165.
 Non-droit, 59, 63, 179.
 Non-rétroactivité des lois, 131 s.
 Norme, 4, 17, 42, 114.

Notaire, 100, 138, 176.
 Nullité, 168.
 Objection de conscience, 17.
 Objet (du contrat), 168.
 Obligation civile, 165 ; — naturelle, 16, 165.
 Officier ministériel, 98 ; — public, 176.
 Opposition (voie de recours), 188.
 Option, 162.
 Ordonnance (sorte de décret), 109 ; — (du président du tribunal), 91.
 Ordre, 53, 69 ; — judiciaire, 88 ; — juridique, 4, 105 ; — public, 126, 131, 168.
 Orientation (loi d'), 110.
 Parquet, 96.
 Partie civile, 88.
 Patrimoine, 166.
 Personnalisme (dans le C.C.), 49.
 Pertinence (de la preuve proposée), 181.
 Phénomène juridique, 4 s.
 Philosophie du droit, 37 s.
 PLANIOL, 152.
 Pluralisme, 59, 62.
 Politique législative, 25.
 PORTALIS, 49, 73, 74, 76.
 Positivisme juridique, 38 s.
 Possession, 163.
 Potestatif (droit), 162.
 POTHIER, 69.
 Pourvoi en cassation, 143.
 Pouvoir (notion de —), 162.
 Pratique extrajudiciaire, 138.
 Précaution (principe de), 133.
 Prescription, 172, 184.
 Président du tribunal, 91.
 Présomption légale, 175 ; — de l'homme, 177.
 Preuve, 174 s., 179 s. ; — (charge), 175, 180 ; — (moyens), 176 s.
 Principes (divers sens du mot), 138 ; — directeurs du procès civil, 188 s. ; — fondamentaux dans l'art. 34, 109, 112 ; — fondamentaux dans le

Préambule de 1946, 117 ; — généraux du droit, 139.
 Procès civil, 101, 187 s.
 Procureur, 96.
 Professionnelles (règles), 111.
 Programme (loi de), 110.
 Progrès (du droit), 61.
 Projet de l'an VIII, 71 ; — (sur le droit naturel), 48 s. ; — (sur l'équité), 14.
 Projet de loi, 110.
 Promulgation, 124, 128.
 Proportionnalité (principe de), 42, 53.
 Proposition de loi, 110.
 Propriété, 164.
 Prud'hommes (Conseil de —), 94.
 Psychologie juridique, 27, 34.
 Publication des lois, 124, 128.
 Publicité (formalités de), 171.
 Qualification, 23, 114, 160.
 Quasi-contrat, 167.
 Quasi-délit, 167.
 Québécois (droit), 85.
 Questions écrites, 159.
 Raison, 48 s.
 Raisonnable, 49.
 Rappel (technique de publicité des lois), 128.
 RAU (inséparable d'AUBRY), 152.
 RAWLS (John), 52.
 Réception (d'un droit étranger), 84.
 Rectificatif (d'une loi), 129.
 Recueils de jurisprudence, 145.
 Référé, 91 ; — législatif, 159.
 Référence (législation par), 116.
 Règle de droit, 4 s.
 Règlement (administratif), 109 ; — (de droit privé), 111, 114.
 Régulation, 11, 16, 17.
 Religion, 16, 19, 54 s., 75.
 Renonciation, 185 s.
 Réponses aux questions écrites, 159.
 Représentation, 169.
 Rescission pour lésion, 168.
 Responsabilité, 170.

Rétroactivité (de la nullité), 168 ; non-
— des lois, 131 s.
Révision du Code civil, 79, 81 s.
Révision (voie de recours), 188.
Révolution française, 70, 72, 79.
Revues, 153.
RIPERT (Georges), 16, 152.
Risque (Responsabilité fondée sur le
—), 170.
Rituel judiciaire, 89.
Romain (Droit), 26, 75.
ROUBIER (Paul), 131.

SALEILLES (Raymond), 152.
Sanction (peine, nullité, etc.), 5, 168.
SAVIGNY (Charles de), 79.
Scepticisme juridique, 58.
SCHMITT (Carl), 85.
Science du droit, 23 s.
Secrétariat-greffe, 97.
Sécularisation, 16, 20.
Sémiotique, 21.
Sentence, 88.
Serment, 177.
Servitude, 164.
Signature, 173.
SIREY, 145.
Socialisation (du droit civil), 78, 80, 82.
Sociologie judiciaire, 101 ; — juridique,
27, 32.
Solennel (Acte juridique), 176 ;
— (arrêt), 93 ; — (audience), 92.
Sondages, 32.
Sources des règles de droit, formelles,
105 ; — réelles, 4.
Soviétique (droit), 83, 85.
Sport, 111.
Standard, 25.
Statistique judiciaire, 149.
Style législatif, 17, 21, 25, 115.
Subjectif (droit), 161.
Subsidiarité (principe de), 140.
Suédois (droit), 83, 85.
Suisse (droit), 83, 85.
Supplétive (loi), 126.

Syllogisme judiciaire, 8 ; — (régressif),
9, 13.
Système juridique, 105.

Techniciens judiciaires, 100, 105.
Témoin, 177.
Temps, 12, 31, 133, 172.
Terme, 169.
Testimoniale (Preuve), 177.
T.G.I. (tribunal de grande instance), 91.
THÉMIS, 152.
Théorie du droit, 28.
THOMAS D'AQUIN (saint), 47.
Tiers (Inopposabilité des conventions
aux —), 167.
Titre, 162.
TOULLIER, 152.
Traité internationaux, 139.
Transaction, 88, 89.
Transitoire (disposition —, droit —),
132.
Transmission des droits, 184, 186.
Travaux préparatoires (des lois en géné-
ral), 154, 158 ; — du Code civil, 71, 77.
Tribunal administratif, 88 ; — de com-
merce, 94 ; — de grande instance
(T.G.I.), 91 ; — d'instance (T.I.), 94 ;
— paritaire des baux ruraux, 94.
TRONCHET, 73.
TROPLONG, 152.

ULPIEN, 48.
Urgence, 179.
Usages (conventionnels), 136 ; — (lo-
caux), 136, 138.
Usucapion, 163.
Usufruit, 164.

Valeurs mobilières, 164.
Vérité (dans le droit), 28, 62, 192.
Vices du consentement, 168.
Vide juridique, 63.
Violence, 168.
Volonté, 168.
Vulgarisation (de droit), 20.

WEBER (Max), 32.

THÉMIS

Collection fondée et dirigée par Maurice Duverger

DROIT PRIVÉ

Direction : Catherine Labrusse-Riou

- ATIAS Christian *Philosophie du droit*. 1999, 1^{re} éd.
BEAUCHARD Jean *Droit de la distribution et de la consommation*. 1996, 1^{re} éd.
CARBONNIER Jean *Droit civil*
Introduction. 1997, 26^e éd. refondue
T. 1 : *Les Personnes*. 1998, 21^e éd. refondue
T. 2 : *La Famille. L'enfant, le couple*. 1999, 20^e éd. refondue
T. 3 : *Les Biens*. 1998, 19^e éd. refondue
T. 4 : *Les Obligations*. 1998, 22^e éd. refondue
CHARTIER Yves *Droit des affaires*
T. 1 : *L'Entreprise commerciale*. 1993, 4^e éd. refondue
T. 2 : *Sociétés commerciales*. 1992, 3^e éd. mise à jour
T. 3 : *Entreprises en difficulté*. 1990, 1^{re} éd.
CORNÜ Gérard *Les Régimes matrimoniaux*. 1997, 9^e éd. refondue
CORNÜ Gérard, FOYER Jean *Procédure civile*. 1996, 3^e éd. refondue
DELMAS-MARTY Mireille *Droit pénal des affaires*
T. 1 : *Responsabilité, procédure, sanctions*. 1990, 1^{re} éd.
T. 2 : *Infractions*. 1990, 1^{re} éd.
DELMAS-MARTY Mireille *Les Grands Systèmes de politique criminelle*. 1992, 1^{re} éd.
DELMAS-MARTY Mireille (sous la direction de) *Procédures pénales d'Europe*. 1995,
1^{re} éd.
DIDIER Paul *Droit commercial*
T. 1 : *Introduction. L'entreprise. L'entreprise individuelle*. 1999, 3^e éd. mise à jour
T. 2 : *L'Entreprise en société. Les groupes de sociétés*. 1999, 3^e éd. mise à jour
T. 3 : *La Monnaie. Les valeurs mobilières. Les effets de commerce*. 1999, 1^{re} éd.
T. 4 : *L'Entreprise en difficulté*. 1999, 2^e éd.
DIJON Xavier *Droit naturel*
T. 1 : *Les Questions du droit*, 1998, 1^{re} éd.
FOYER Jean, VIVANT Michel *Droit des brevets*. 1991, 1^{re} éd.
GROSS Bernard, BIHR Philippe *Contrats civils et commerciaux*
T. 1 : *Vente civile et commerciale. Baux d'habitation, baux commerciaux*. 1993,
1^{re} éd.
HUET André, KOERING-JOULIN Renée *Droit pénal international*. 1994, 1^{re} éd.
LUCAS André *Droit de l'informatique*. 1987, 1^{re} éd.
PONCELA Pierrette *Droit de la peine*. 1995, 1^{re} éd.
PUTMAN Emmanuel *Droit des affaires*, t. 4 : *Moyens de paiement et de crédit*. 1995,
1^{re} éd.

PUTMAN Emmanuel *Contentieux économique*. 1998, 1^{re} éd.
 RIVERO Jean et SAVATIER Jean *Droit du travail*. 1993, 13^e éd. mise à jour
 ROBERT Jacques-Henri *Droit pénal général*. 1999, 4^e éd. mise à jour
 SCHAPIRA Jean, LE TALLEC Georges, BLAISE Jean-Bernard, IDOT Laurence *Droit européen des affaires*. 1999, 5^e éd. mise à jour

Ouvrages en préparation

BERGEL Jean-Louis *Méthodologie juridique*
 CADIEU Loïc *Introduction au droit processuel*
 DIJON Xavier *Droit naturel*, t. 2 : *Les réponses de l'histoire*
 EDELMAN Bernard *Propriété littéraire et artistique*, 2 tomes
 GAUDU François *Droit du travail*
 GROSS Bernard, BIHR Philippe, BALESTRIERO Véronique *Contrats civils et commerciaux*, t. 2
 IDOT Laurence *Introduction au droit communautaire*
 LUCAS DE LEYSSAC Claude, PARLÉANI Michel-Gilbert *Droit du marché*
 MARTIN Gilles G. *Droit des assurances*
 MUIR-WATT Horatia, BUREAU Dominique *Droit international privé*
 RODIÈRE Pierre, MOREAU Marie-Ange *Migrations internationales : étrangers et nationaux*
 VAREILLE Bernard, MARGUENAUD Jean-Pierre *Les Libéralités*
Les Successions

DROIT PUBLIC

Direction : Didier Truchet

AUBY Jean-Bernard, Jean-François *Droit des collectivités locales*. 1998, 2^e éd.
 BELTRAME Pierre, MEHL Lucien *Techniques, politiques et institutions fiscales comparées*. 1997, 2^e éd. refondue
 BOURDON Jacques, PONTIER Jean-Marie, RICCI Jean-Claude *Droit des collectivités territoriales*. 1998, 2^e éd. mise à jour
 BURDEAU François *Histoire du droit administratif*. 1995, 1^{re} éd.
 CHARLES Hubert *Droit de l'urbanisme*. 1997, 1^{re} éd.
 DEBBASCH Charles *Institutions et droit administratifs*
 T. 1 : *Les Structures administratives*. 1999, 5^e éd. mise à jour
 T. 2 : *L'Action et le contrôle de l'administration*. 1998, 4^e éd. refondue
 DEBBASCH Charles, BOURDON Jacques, PONTIER Jean-Marie, RICCI Jean-Claude *Droit administratif des biens*. 1999, 3^e éd.
 DOUAT Étienne *Finances publiques*. 1999, 1^{re} éd.
 DRAGO Guillaume *Contentieux constitutionnel français*. 1998, 1^{re} éd.
 DUVERGER Maurice *Éléments de droit public*. 1995, 13^e éd. mise à jour
 GLEIZAL Jean-Jacques, GATTI-DOMENACH Jacqueline, JOURNÈS Claude *La Police. Le cas des démocraties occidentales*. 1993, 1^{re} éd.

RIVERO Jean *Les Libertés publiques*
 T. 1 : *Les Droits de l'homme*. 1995, 7^e éd. mise à jour
 T. 2 : *Le Régime des principales libertés*. 1996, 5^e éd. mise à jour
 SUEUR Philippe *Histoire du droit public français*
 T. 1 : *Constitution monarchique*. 1993, 2^e éd.
 T. 2 : *Affirmation et crise de l'État*. 1994, 2^e éd.
 TOUSCOZ Jean *Droit international*. 1993, 1^{re} éd.
 VEDEL Georges, DELVOLVÉ Pierre *Droit administratif*
 T. I. 1992, 12^e éd.
 T. II. 1992, 12^e éd.

Ouvrages en préparation

BURDEAU Geneviève *Droit des organisations internationales*
 DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline *Droit communautaire et politiques communes*
 LABORDE Jean-Pierre *Sécurité sociale*
 MAILLARD Dominique *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*
 MOLINIER Joël, TOURNIÉ Gérard *Procédure fiscale*, 2^e éd. refondue
 PICARD Étienne *Droits fondamentaux. Théorie générale*
 RAINAUD Jean-Marie *Les Grandes Conclusions des commissaires du gouvernement*
 VAN LANG Agathe *Droit de l'environnement*

Imprimé en France
Imprimerie des Presses Universitaires de France
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme
Novembre 1999 — N° 46 667



27680