



# Le juge et la loi

Jean Hauser

DANS **POUVOIRS** 2005/3 n° 114 , PAGES 139 À 153

ÉDITIONS **LE SEUIL**

ISSN 0152-0768

ISBN 9782020688789

DOI 10.3917/pouv.114.0139

Date de mise en ligne : 01/12/2008

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-pouvoirs-2005-3-page-139?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Le Seuil.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](http://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

## LE JUGE ET LA LOI

**L**E 4 VENTÔSE AN XI<sup>1</sup>, LE CONSEILLER D'ÉTAT PORTALIS présente au corps législatif le futur titre préliminaire du Code civil sur le thème « De la publication, des effets et de l'application des lois en général ». Dans son discours, il rend compte des très vives discussions qui ont eu lieu en commission sur les rapports entre la loi et le juge. L'hostilité au juge y a été visible et, même s'il est convaincu que force doit rester à la loi, il se rend bien compte que le fol espoir d'un code qui prévoirait tout est illusoire. Le discours est éloquent: « c'est une sage prévoyance de penser qu'on ne peut tout prévoir [...] il est donc nécessairement une foule de circonstances dans lesquelles un juge se trouve sans loi. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières de la droiture et du bon sens ». La vigueur des oppositions et réticences qu'il rencontre transparaît ensuite dans ce qui peut être considéré comme un cri du cœur : « nous raisonnons comme si les législateurs étaient des dieux, et comme si les juges n'étaient pas même des hommes<sup>2</sup> ». Quelques pages après, l'avertissement reste néanmoins très clair: « mais en laissant à l'exercice du ministère du juge toute la latitude convenable, nous lui rappelons les bornes qui dérivent de la nature même de son pouvoir [...] une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature ». Tout est dit des rapports du juge et de la loi.

Ce dit subsiste intact aujourd'hui dans les articles 4 et 5 du Code civil, jamais modifiés: « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (art. 4), et « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (art. 5).

1. Soit le 23 février 1803.

2. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. VI, p. 358-361.

Mission impossible et contradictoire imposée au juge judiciaire français, qui mettra longtemps à s'en remettre, si même il s'en est vraiment remis. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, il en souffrira d'autant plus que la comparaison avec la juridiction administrative naissante, quant à elle libre de toute recommandation du législateur sinon de toute pression de l'exécutif, ne fera que mieux apparaître le carcan qui lui a été imposé. Ainsi les rapports du juge et de la loi seront-ils pour longtemps un sujet académique où tout paraît dit sauf si l'on veut bien s'aventurer sur le terrain de la sociologie judiciaire, ce que les privatistes ne feront que tardivement. Ainsi s'écarteront les chemins méthodologiques des juges judiciaires et administratifs<sup>3</sup> pour, peut-être, se retrouver beaucoup plus tard, les uns ayant conquis une certaine liberté de création et les autres ayant été nantis d'une certaine quantité de textes.

140

On pourrait penser qu'une telle querelle est dépassée et que la jurisprudence a gagné sa place dans les sources du droit et pourtant il en reste de lourdes traces. Invitée en 2004 à réfléchir sur les inconvénients des revirements de jurisprudence, liés à l'importance prise par celle-ci dans certaines questions, la commission nommée a, notamment et en simplifiant, suggéré que la Cour de cassation pourrait elle-même décider de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité de ses arrêts<sup>4</sup>. La proposition a suscité un tollé où l'on a vu ressurgir nos vénérables articles et la crainte de la « saison des juges »<sup>5</sup>, version 2005 de la discussion entre Portalis et les rédacteurs du Code civil.

Pendant presque un siècle, où le droit administratif n'est qu'à ses débuts, l'image véhiculée par la doctrine officielle du droit privé a été celle d'un juge exclusivement occupé à tirer de la loi – du Code civil assimilé à la découverte du droit naturel – les « mots de la loi », le dit, ce qui,

3. On s'en tiendra au juge judiciaire, ce que l'ampleur du sujet et les compétences de l'auteur commandent. Mais, chemin faisant, on ne s'interdira pas quelques rapprochements. Le droit pénal sera également exclu, la question étant profondément modifiée par le principe de légalité et l'interprétation stricte.

4. Entretien avec Guy Canivet, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *JCPG*, 2004, I, 189. Colloque sur le rapport du groupe de travail sur les revirements de jurisprudence... aperçu rapide, *JCPG*, 2005, act. 43.

5. Voir, par exemple, Vincent Heuze, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *JCPG*, 2005, I, 130. Sur un aspect plus nettement lié à la jurisprudence sociale, voir Christophe Rade, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D*, 2005, chr., p. 988. Le souci de la rétroactivité s'insère dans celui de la « politique jurisprudentielle de sécurisation du droit », Guy Canivet, *Revue Lamy droit civil*, 2005, supplément au n° 3, p. 5.

contrairement à la caricature longtemps présentée, n'a pas été vain, loin de là<sup>6</sup>. La fin du XIX<sup>e</sup> siècle marque un tournant presque solennel en jurisprudence civile, tournant accompagné par une doctrine aussi hardie que vilipendée à l'époque. Derrière les mots de la loi, il s'agit de découvrir le « sens de la loi », le non-dit. Le vieillissement des codes, l'éclatement des textes, la médiocrité du législateur moderne, plus préoccupé d'affichage politique que de cohérence des textes, l'instabilité politique, ont conduit le juge à revendiquer un autre pouvoir qui lui permettrait de répondre aux critiques récurrentes nourries de l'article 5 tout en respectant le mandat donné par l'article 4. Cette fois, il est question de combler les « lacunes de la loi » par un devoir dit.

La subdivision n'est pas chronologique, contrairement aux apparences. À l'arrivée, le juge moderne use des trois registres en les combinant<sup>7</sup>. Mieux même, on peut estimer que l'un compense les faiblesses de l'autre. Appelé à s'incliner devant la loi, le juge a appris à l'utiliser, y compris certains textes internationaux dont la valeur normative a été soigneusement laissée dans l'ombre par le législateur.

141

Le Seuil | Téléchargé le 03/06/2016 sur <https://droit.cairn.info> (IP: 216.73.217.142)

## LE JUGE ET LES MOTS DE LA LOI : LE « DIT »

Les lendemains du Code civil ne chantent pas pour les juges français. Le poids du passé et de la décadence des Parlements<sup>8</sup> de l'Ancien Régime impliquent un retour très net à la discipline. Et pourtant, derrière les apparences, on est très loin de ce qui sera décrit par une doctrine complaisante dont on n'a pas toujours relevé qu'à l'époque elle dépend assez étroitement du pouvoir en place. Avec les seuls mots de la loi, on peut faire beaucoup, au XIX<sup>e</sup> comme au XX<sup>e</sup> ou même, avec les mêmes

6. L'exégèse, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, est loin d'être la méthode stérile et sclérosée qu'on a parfois présentée. À considérer les textes sacrés des différentes religions, on peut d'ailleurs facilement se convaincre que le texte, en lui-même, peut être créateur et même provoquer, entre les différentes lectures, de véritables guerres de religion. Sur cette période, voir l'étude très éclairante de Nader Hakim, *L'Autorité de la doctrine civiliste française au XIX<sup>e</sup> siècle*, préf. de Michel Vidal, LGDJ, « Bibl. de droit privé », 2002, t. 381.

7. Sur le déplacement permanent des sources, Philippe Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTDC*, 1996, p. 299 *sq.*

8. Le proverbe « Dieu nous garde de l'équité des Parlements... » le traduit populairement, La Fontaine l'a fait avant : « selon que vous serez puissant ou misérable les jugements de cour vous rendront blanc ou noir » (*L'Huître et les Plaideurs*), Racine a réussi à condamner à la fois la justice et la production normative en mettant en scène dans *Les Plaideurs* ce juge devenu fou qui juge un chien voleur de chapon et applique, pour ce faire... le code de Justinien (en latin!) : « si quis canis, Digeste de 6, paragrapho, messieurs, caponibus » !

mots, soutenir au XX<sup>e</sup> le contraire de ce qui se soutenait au XIX<sup>e</sup> ! Plus qu'une différence chronologique la différence gît dans le désir que l'on met sous les mêmes mots et la liberté que l'on se reconnaît à l'égard des travaux préparatoires. Comme on l'a fort bien démontré, l'apparente soumission du XIX<sup>e</sup> à l'article 5 du Code civil n'est probablement qu'un paravent permettant aux juristes de ce temps de « participer à la vie du droit sans remettre en question les dogmes reçus et acceptés comme fondateurs d'une société stable<sup>9</sup> ». La création, à partir des seuls textes et de leur seule exégèse, peut être illustrée par quatre exemples générateurs d'une construction étonnante sans laquelle une partie du droit privé n'aurait pas existé ou se serait développée avec beaucoup de retard.

### *L'interprétation des contrats*

142 Au lendemain de 1804 se pose une question qui commandera l'avenir de la technique contractuelle et, en même temps, de notre système juridictionnel, au-delà même de l'ordre judiciaire : l'interprétation des contrats est-elle une question de fait ou une question de droit et la Cour de cassation doit-elle ou non la contrôler ?

Des textes, pour la plupart inchangés aujourd'hui, il est difficile de déduire quoi que ce soit, car leur contenu formel lui-même est assez contradictoire.

L'article 1134 du Code civil utilise une formule très forte qui devrait commander, au moins apparemment, la solution : « les conventions... tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites ». Assimilées à la loi, les conventions devraient donc en suivre le régime et leur violation ouvrir le pourvoi en cassation. Mais il y a mieux, le nouveau code contient une section entière « De l'interprétation des contrats », bien fournie<sup>10</sup> et les termes des articles sont plutôt contraignants<sup>11</sup>. La lecture des textes incline à penser que l'équité des juges dans l'interprétation des actes juridiques appartient au passé. Et puis, dans la courte période qui a séparé la fin des juridictions de l'Ancien Régime et la création de la Cour de cassation, le Tribunal de cassation s'est prononcé pour le contrôle de l'interprétation des contrats, appliquant à la lettre l'assimilation textuelle du contrat et de la loi.

Pourtant le doute existe. Dans l'article 1134, le mot « loi » n'est-il pas pris au sens imagé, au sens de celui qui se donne pour « loi » de faire ou

9. Nader Hakim, *op. cit.*

10. Articles 1156 à 1164, c. civ.

11. L'utilisation du présent impératif, adressé à « on », mais visiblement au juge, avec une profusion de « doit » « on doit », etc.

de ne pas faire quelque chose sans que l'on songe à autre chose qu'à une facile image rappelant le sens obligatoire spécifique de la loi au sens formel ? Malgré des arguments solides en sens contraire et la litanie des articles 1156 et suivants, malgré des tentations doctrinales reformulées plusieurs fois par siècle pour donner au moins auxdits articles une valeur contraignante leur permettant d'être indirectement une base de pourvoi en cassation, la Cour régulatrice ne se laissera jamais convaincre et, sur des textes douteux, établira la fameuse jurisprudence Lubert qui laisse au juge du fond le pouvoir souverain d'interpréter les conventions et qui représente sans doute le plus vieil arrêt encore doté de portée en droit privé français<sup>12</sup>.

### *Le bâtiment et la responsabilité du fait des choses*

L'une des plus belles tentatives de relecture d'un texte a eu quelque heure de gloire à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> en droit de la responsabilité civile. La Cour de cassation, quelque peu effrayée par la construction qu'elle envisage de la responsabilité du fait des choses et qui régira pendant un siècle l'essentiel du développement de la sécurisation de la société industrielle, recherche un texte salvateur qui pourrait justifier l'application d'une responsabilité objective, inconnue dans le code sauf dans les cas spécialement précisés<sup>13</sup>, notamment pour les accidents causés par les premiers bateaux à vapeur<sup>14</sup>. La doctrine n'a pas encore osé découvrir dans l'alinéa 1 de l'article 1384 un sens caché que ses auteurs n'ont pas mis, comme nous le verrons, mais, en feuilletant le code, qui n'a pas encore un siècle, elle trouve l'article 1386 qui, pris au pied de la lettre, est absolument neutre<sup>15</sup>, et pendant quelques années le mot « bâtiment » va aviver l'imagination. En français ne parle-t-on pas d'un bâtiment aussi bien pour un immeuble construit sur terre que pour un navire ? Sera ainsi caressée un temps l'idée d'abriter les premiers accidents de bateau à vapeur derrière le texte... concernant la ruine des immeubles d'habitation ! De la ressource des mots... !

12. « Cass., sect. réunies, 2 février 1808, Lubert », Henri Capitant, François Terre, Yves Lequette, *Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, n° 159, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2000.

13. Encore ne s'agit-il raisonnablement que de cas de responsabilité pour faute présumée et non de responsabilité de plein droit.

14. Cass., civ., 16 juin 1896, *Teffaine*, DP, 1897, 1, p. 433, note Saleilles.

15. « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par la ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de la construction. »

*La stipulation pour autrui et l'assurance-vie*

144 On imagine sans doute difficilement à notre époque que la société ait pu vivre sans assurance. Pourtant, mise à part l'assurance maritime et quelques secteurs très limités de l'assurance-dommages, telle est la situation jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Parmi toutes les techniques assurantielles, l'assurance-décès cherchera très tôt à trouver une place dans un code qui ne pouvait que l'ignorer. Certes l'opération à trois personnes qu'elle représente, le souscripteur, le promettant-assureur et le tiers-bénéficiaire a sa place dans le Code civil qui n'ignore pas le montage et le décrit dans l'article 1121. Las ! Le texte prévoit une condition radicalement incompatible avec le but recherché : il faut que la stipulation que l'on fait en faveur du tiers soit « la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ». Les auteurs du code n'ont pas envisagé qu'on puisse stipuler en faveur d'un tiers sans en retirer soi-même un avantage quelconque. Il est à peine besoin de souligner que la condition est inapplicable à l'assurance-décès puisque l'avantage prévu en faveur du bénéficiaire se produira, par définition, quand le souscripteur... n'aura plus aucun intérêt à faire valoir puisqu'il sera mort ! Le texte est inchangé et pourtant, sur le même support, bien avant que le Code des assurances ne vienne valider expressément l'opération, le juge français trouvera la brèche. Le texte suppose que le stipulant ait lui-même un « intérêt » à l'opération, mais n'a à aucun moment précisé quelle était la nature de cet intérêt et il suffit donc qu'il ait un intérêt... purement moral. Ainsi lue la condition est à la limite du ridicule et de l'évidence : qui irait stipuler en faveur d'un tiers s'il n'avait au moins un intérêt moral à le faire ? Le développement de l'assurance en faveur d'un tiers sera ainsi assuré jusqu'en 1930 sur un texte dont la rédaction n'a pas changé, il faut toujours une « stipulation que l'on fait pour soi-même ».

*Les clauses pénales et l'excès manifeste*

Le 11 octobre 1985 le législateur français prend acte des protestations des victimes des clauses pénales insérées dans les contrats, notamment les contrats récents dits contrats en « ing » (leasing notamment). Ces évaluations forfaitaires et par avance des dommages écrasent de très nombreux débiteurs (commerçants) qui les ont signées sans les lire et se retrouvent privés du bien qu'ils ne peuvent plus payer mais maintenus dans les échéances qu'ils doivent encore régler. Le juge français a hésité, le texte de l'article 1134 rappelle bien que ce qu'on a signé est une loi pour les parties. Il a pourtant accepté peu à peu d'y mettre son contrôle, avec des hésitations, des contradictions. La Cour de cassation, qui a

coopéré pendant un temps, décide de provoquer le législateur et refuse brusquement tout pouvoir de contrôle, ce qui entraîne l'intervention législative. Le juge pourra réviser si l'estimation contenue dans la clause est « manifestement excessive ou dérisoire <sup>16</sup> », mais ce pouvoir, révolutionnaire, de révision du juge, est la cible de violentes critiques de la doctrine conservatrice : à quoi sert une clause pénale, destinée à pousser le débiteur à exécuter, si le juge peut la réviser *ad nutum* et la réduire aux dommages réellement subis, ce qui lui retire tout effet comminatoire ? L'expression va pourtant permettre, à elle seule, d'atteindre un équilibre par un bel exercice d'exégèse. Expressément le texte invite à réduire ce qui est *manifestement excessif* mais, dès lors que l'opération est terminée, on en arrive au « simplement » *excessif* et là le pouvoir du juge s'arrête, ce que précisera rapidement la Cour de cassation. Ainsi, grâce à une astucieuse lecture de deux mots, on maintient un intérêt à la clause pénale : elle ne se réduit pas au seul dommage estimé par avance, ce qui la rendrait à peu près inutile, mais elle conserve un « plus », un excès – non manifeste – qui lui permet de remplir son rôle. L'exercice fut redoutable, surveillé de toutes parts par une doctrine surchauffée, mais on peut estimer que finalement, à travers le seul texte, la Cour de cassation s'en est bien tirée.

On pourrait multiplier les exemples qui relativisent le poids concret des textes ou des codifications, réduits le plus souvent, et encore quand ils sont de qualité, à indiquer des orientations plus que des solutions concrètes sous peine de voir leur durée de vie réduite à celle du pouvoir qui les a imaginés.

Pour le juge judiciaire c'est d'abord la première démarche et c'est en cela qu'il est bien un juge français : rechercher un texte. La demande de loi reste une donnée dont la raison est d'abord historique et il n'est pas anodin de remarquer que, dans les débats modernes sur le sujet, les critiques contre la toute-puissance de la jurisprudence se ramènent souvent à une critique contre la mauvaise qualité de la loi <sup>17</sup>, expression d'un sincère regret.

La seconde étape part toujours de la loi, mais, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, prétend y découvrir le sens que d'aucuns auraient voulu y mettre.

16. Cass., civ., art. 1151 et 1230.

17. Christophe Rade, chr. cit., conclusion.

## LE JUGE ET LES SENS DE LA LOI : LE NON-DIT

L'ère de la recherche du sens de la loi s'ouvre, en droit privé, avec les travaux célèbres de François Génay et l'école dite de la libre recherche scientifique<sup>18</sup>. Au-delà du texte lui-même, on doit rechercher le sens qui y avait été mis à l'origine, voire, et c'est autre chose, le sens qui répond le mieux à la finalité sociale d'aujourd'hui. On devine que, dans les rapports du juge et de la loi, l'affirmation prend la forme d'une révolution. L'auteur ne mâche pas ses mots, il dénonce le « fétichisme de la loi écrite et codifiée », mais, comme on l'a finement démontré<sup>19</sup>, le poids de l'anathème révolutionnaire pèse encore – et sans doute toujours – « car Génay aime la loi, même s'il la remet à sa juste place et s'il se méfie de la codification. Il aime la loi et la respecte trop pour aller planter le drapeau de la jurisprudence à son sommet<sup>20</sup> ». Il demeure tout de même que le juge, s'il n'atteignait pas le paradis des sources, sortait du purgatoire. Pourtant le match est loin d'être terminé et la crainte du juge tout-puissant justifie probablement, sinon excuse, le caractère de plus en plus bavard de certaines lois modernes, le législateur étant désireux de contrer par avance ce que la « lecture » des juges pourrait apercevoir dans le texte<sup>21</sup>.

La seconde période paraît établir une répartition des tâches liée au vieillissement des codes selon que la loi est claire et complète, auquel cas le juge ne peut guère la contrer qu'en introduisant un autre texte, ou qu'elle est très générale ce qui autorise une créativité accrue.

*Le vieillissement des textes clairs et précis*

Le vieillissement des codes, la concurrence développée par des codes plus « modernes » fournissent une justification supplémentaire au pouvoir du

18. François Génay, *Méthodes d'interprétation et Sources en droit privé positif*, préface Raymond Saleilles, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1919.

19. Philippe Jestaz, « Une image française de la loi et du juge », in François Génay, *Mythe et réalités, 1899-1999*, éd. Blais, Dalloz et Bruylant, 2000, « Thèmes et commentaires », rééd. Dalloz 2005, p. 37 sq., et *Autour du droit civil*, p. 155 sq.

20. Sa critique de l'équité restera célèbre notamment dans son ouvrage, *Méthodes d'interprétation et Sources en droit privé positif*, op. cit., n° 196 sq. Sur le rôle de l'équité en droit moderne, Christophe Albiges, *De l'équité en droit privé*, préface Rémy Cabrillac, LGDJ, 2000, « Bibl. droit privé », t. 329.

21. Le souci a été, par exemple, manifeste dans la loi du 30 juin 2000 sur les conséquences pécuniaires du divorce, le vote de la loi ayant été orchestré par les protestations de certains parlementaires accusant les juges de prendre des libertés inadmissibles avec les lois qu'ils votent. On retrouve d'ailleurs ces dernières années des reproches aussi vifs à l'égard de l'interprétation des lois pénales ou de procédure pénale par les juges, notamment quand elles s'appliquent aux hommes politiques.

juge. La technique judiciaire, encore empreinte de légalisme, peut toutefois jouer sur deux tableaux importants : mettre en opposition des textes pour rétablir un pouvoir de choix, modifier les données de fait pourtant les plus naturelles, pour transformer le domaine d'application du texte considéré.

La richesse de la technique du droit privé, et spécialement du droit civil, permet au juge des manœuvres qui lui évitent d'avoir à se prononcer sur son pouvoir créateur tout en lui redonnant un large pouvoir de choix. L'exemple le plus célèbre, et pratiquement très important, est celui de l'opposition des deux articles 900 et 1172 du Code civil à propos de l'étendue de la nullité d'une convention qui contiendrait une condition impossible, immorale ou illicite. Dans les actes à titre gratuit, l'article 900 prévoit que seule la condition est nulle, elle est réputée non écrite, la convention demeurant valable, alors que, dans les actes à titre onéreux, la solution est inverse et l'acte est nul en entier. La différence, *a priori* étonnante, s'explique par une raison historique et politique, les auteurs du code ayant craint que les nobles ne recréent, par le biais de conditions insérées dans des libéralités, les privilèges (ânesse, masculinité etc.) que la loi successorale avait supprimés. Le bénéficiaire pouvait donc conserver l'avantage et en extraire la condition. La raison n'étant évidemment plus valable, la jurisprudence, à partir pourtant de deux textes contradictoires et très clairs, a consacré une solution intermédiaire en utilisant un troisième texte, celui de l'article 1131 sur la cause : selon que la clause incriminée est ou non la cause impulsive et déterminante de l'acte, celui-ci, qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux, est ou n'est pas annulé en entier<sup>22</sup>. On peut ainsi, en mettant en contemplation les sens de plusieurs textes jouer sur l'interactivité des normes écrites et rétablir un pouvoir large d'appréciation.

Quand le texte repose sur une réalité que le législateur a appréciée, on pourrait penser qu'aucune action n'est possible sur ce soubassement réel qui procéderait de la nature des choses. Ce serait oublier que les juges ont un pouvoir étonnant de transformer la réalité<sup>23</sup> et, plus encore, dans un domaine où pourtant la nature est apparemment dominante, le droit des personnes. Dans un secteur où le poids de la loi – claire, précise –, le volontarisme législatif étaient de tradition et devaient peser lourdement jusqu'à la moitié du XX<sup>e</sup> siècle, les juges vont tout de même déga-

22. Req., 3 juin 1863, DP 63.1.429, S.64.1.269.

23. Sur l'imagination du juge, Guy Canivet et Nicolas Molfessis, *Mélanges Jean Buffet*, Les Petites Affiches, 2004, p.131 *sq.*; Gérard Cornu, *L'Imagination à bon droit ?*, 2<sup>e</sup> conférence Albert Mayrand, Thémis, Université de Montréal, 1998.

ger une aire d'action en agissant non plus sur le texte, intouchable, mais sur la réalité sur laquelle il repose. Jusqu'à la loi du 15 juillet 1955 l'enfant adultérin est sans droit et le texte ne lui ouvre guère qu'un droit alimentaire et encore, non sans contradictions, à condition qu'on ne constate pas sa filiation, laquelle n'apparaît donc que par prétérition ! Traditionnellement, la nature le commande, l'enfant adultérin par un seul parent, l'autre étant libre de liens, est néanmoins considéré comme adultérin par les deux puisque ce qui détermine son statut c'est l'adultère et que celui-ci suppose... deux personnes, lesquelles l'ont également commis soit comme auteur, soit comme complice ! La démonstration est naturellement indiscutable et textuellement incontournable. Pourtant, dans les dernières années qui précèdent la réforme de 1972, la Cour de cassation va se livrer à une étonnante opération de reconstruction de la nature en imposant peu à la peu le principe dit de « divisibilité » de la filiation selon lequel on peut dissocier la filiation d'un enfant pour ne conserver que le lien non adultérin, seul l'autre étant soumis à une nullité d'ordre public<sup>24</sup>. On chercherait vainement une justification naturelle à ce « dépeçage » de la fabrication d'un enfant si ce n'est que sa justification humaine était évidente. Il n'est pas sans piquant de constater que le dernier obstacle, qui eût sans doute été surmonté si la loi de 1972 n'avait supprimé la question, se retrouvait dans le cas où le parent adultérin avait imprudemment indiqué le nom de l'autre dans l'acte de naissance ce qui rendait cette fois particulièrement délicat l'exercice de cécité sélective du juge saisi et sa reconstruction fictive de la réalité.

### *La redécouverte des textes généraux et vagues*

L'atout majeur du Code civil aurait-il été d'être un texte cadre ? Ce serait sans doute excessif car y cohabitent justement des textes très précis, qui correspondent à ce qu'on pensait être à l'époque du domaine de ce que la loi devait résoudre et ce qui, au contraire, dépendait de la volonté des particuliers sous le contrôle d'un juge surveillant. Il est probable que le tumulte juridique de notre époque vient de ce que personne ne consent à répondre clairement à cette question<sup>25</sup> et que le débat sur les sources

24. Voir not. Cass., ass. pl., 23 juin 1967, *D*, 1967, p. 525, concl. Lindon, note Malaurie, *RTDC*, 1967, p. 803, obs. Nerson.

25. Le système intermédiaire est, en droit des personnes et de la famille, traditionnellement soumis à l'intervention de la loi, celui de la convention des parties sous condition de l'homologation du juge (loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale, loi du 26 mai 2004 sur le divorce, etc.), ce qui conduit à renvoyer la question au niveau procédural du rôle du juge :

du droit est confisqué par une douteuse rhétorique, incompréhensible pour le citoyen moyen, sur le rôle du politique et la « gouvernance »<sup>26</sup> de la société. Il y avait, dans le Code civil, des textes ouverts, dans tous les domaines. C'est évident pour le droit des obligations, c'est-à-dire pour l'ensemble du droit économique, et l'on oublie trop souvent que l'essentiel du droit commercial des contrats est à l'époque dans le Code civil, le Code de commerce se limitant aux opérations objectivement commerciales. Aussi bien l'ouverture des textes du code jouera à plein à partir des années 1980 tant pour les contrats civils que pour les contrats commerciaux et offrira à la jurisprudence un espace de créativité étonnant. Mais, même pour le secteur réputé plus fermé du droit des personnes, les espaces de désordre créatif n'étaient pas si restreints. L'ensemble du droit patrimonial de la famille, à l'époque bien plus important que celui des personnes, est offert à une jurisprudence créatrice qui ne s'en privera pas et l'article 1387 CC (1804) qui rappelle encore que la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions doit être médité quant aux rapports de la loi, du juge et de la volonté.

L'exemple de l'alinéa 3 de l'article 1134 est caractéristique des rapports que peuvent entretenir la loi et le juge et introduit un acteur implicite dès 1804, le citoyen et sa volition.

L'article en question contient sans doute toutes les contradictions du système français pour longtemps : les conventions sont des « lois » pour les parties, mais elles « doivent être exécutées de bonne foi » (al. 3). Cet alinéa est canonique et exprime cette séculaire influence thomiste sur le droit français des obligations qu'on retrouverait probablement dans les débats sur l'orientation de l'Europe si l'on voulait bien chercher au-delà de l'immédiat. À partir des années 1980, la redécouverte stupéfiante de cet alinéa, qui a pourtant toujours existé, va donner au juge une jeunesse, que d'aucuns finiront par trouver excessive, jusqu'à provoquer l'apparition d'une véritable école, reprise d'un mouvement social du début XX<sup>e</sup> : le solidarisme contractuel<sup>27</sup>. Le juge français, nanti d'un texte dans lequel ses prédécesseurs, un siècle avant, n'avaient rien vu, va construire

---

trancher des litiges ou contrôler les accords des particuliers ? Ainsi, dans le duo juge et loi, il faudrait, à notre époque, réintroduire la volonté des individus qui restait très cantonnée dans le Code civil. Le trio mériterait alors une étude autonome plus développée.

26. Selon une terminologie, utilisée désormais dans tous les domaines, dont on aimerait savoir concrètement ce qu'elle signifie pour le citoyen moyen...

27. Voir Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le Solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; not. rapport de synthèse, Jean Hauser, « Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ? », p. 193 sq.

une cathédrale de principes<sup>28</sup>, donnant du contrat un aperçu probablement fort éloigné du sens du texte. On pourrait, bien entendu, gloser sur ces textes tellement ouverts qu'on peut leur faire dire ce qu'on veut et y voir la consécration du pouvoir du juge contre la loi. En réalité, à l'arrière-plan il y a une logique historique qui n'est point si ouverte. Si le juge français a trouvé matière dans la bonne foi de l'alinéa 3 c'est parce qu'un législateur, pourtant acquis au libéralisme économique, l'y avait mis, et s'il y avait mis c'est parce qu'il était lui-même le fils, certes réservé et peut-être inconscient, d'une certaine culture qui devait beaucoup au droit canonique, et si le juge français y a trouvé si facilement sa pitance juridique c'est parce qu'il était historiquement préparé à s'en satisfaire: il y a une logique historique dans la synergie entre la loi et le juge<sup>29</sup>.

150 Le pouvoir du juge peut donc s'établir sur la loi et ses mots, sur la loi et son sens mais aussi, et rien n'est vraiment nouveau, sur ses lacunes. On en déduirait facilement que le juge s'y sent des ailes, c'est probablement faux et il le ressent plus comme un devoir que comme un pouvoir.

#### LES LACUNES DE LA LOI : LE DEVOIR DIRE

La théorie des lacunes de la loi a été faite depuis longtemps. Elle est un des plaisirs de la doctrine qui en exagère probablement l'importance par une vision partielle de la question. L'exemple de l'énorme construction sur la responsabilité du fait des choses est éclairant. Mais son avatar final ne l'est pas moins.

##### *Combler les lacunes*

On pourrait être tenté de classer la construction de la jurisprudence civile depuis 1896 dans la catégorie du sens des mots, voire du sens de la loi, puisque l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1384 a servi de base à cette construction et sert encore aujourd'hui pour développer un cas général de responsabilité du fait d'autrui. Il n'en est rien, nous semble-t-il. Malgré une proposition précurseur de Laurent dans son commentaire du Code civil, alors applicable en Belgique, le texte ne suggère rien de tout cela et aucun autre article du Code civil ne permet de le nourrir. On est là en

28. Non seulement exécuter le contrat de bonne foi, mais informer le cocontractant, le conseiller parfois, coopérer à l'exécution, être cohérent avec les choix initiaux, accepter éventuellement la renégociation (ce qui paraît bien en contradiction avec l'alinéa 1<sup>er</sup> du même article !) pour en préserver l'économie, etc.

29. On pourrait en dire autant de la notion d'enrichissement sans cause, utilisée tant par la jurisprudence civile que par la jurisprudence administrative.

présence d'une construction purement jurisprudentielle dont le texte n'est qu'un prétexte, d'ailleurs finalement occulté au profit d'expressions plus significatives, et qui ne se fonde que sur une nécessité sociale. C'est donc bien cette fois l'inertie du législateur qui laisse la place libre à la jurisprudence<sup>30</sup> laquelle, par tradition, cherche un appui textuel qui ne trompera personne longtemps<sup>31</sup>. On s'en glorifie parfois, encore qu'il n'y ait pas d'équivalent en droit privé (sauf peut-être le droit international privé) et que le seul rapprochement puisse être fait avec le droit administratif, mais aussi que le prix à payer pour la compréhension du droit soit très lourd. L'autosatisfaction des privatistes, éblouis par ce qui leur donnait l'impression de devenir des « ingénieurs » de la jurisprudence, s'échoue devant la rude remarque de Jean Carbonnier : « Un immense gaspillage d'intelligence et de temps, c'est peut-être un jour le bilan que l'on dressera de notre célèbre jurisprudence. Une bonne loi sur la responsabilité des accidents d'automobiles, à l'exemple de l'Allemagne (l. 3 mai 1909) ou de la Suisse (l. 15 mars 1932), aurait permis sans doute de faire l'économie d'une construction aussi ambitieuse<sup>32</sup>. » Faut-il dire que la Cour de cassation assumera fièrement sa construction séculaire, jetant ainsi aux orties l'anathème de l'article 5 du Code civil ? Il n'en est probablement rien et l'avatar final de la construction de la responsabilité du fait des choses renvoie clairement aux responsabilités de la loi.

151

### *La politique du pire*

Dans les années 1980, le système était devenu ingérable devant l'afflux des recours, le souci de sécurisation des victimes, le développement des assurances qui rendait la réparation partiellement indolore, la division de la matière entre les chambres de la Cour de cassation qui nécessitait d'incessants recours à la formation en chambre mixte voire à l'assemblée plénière. Est apparue alors une technique qui constitue sans doute un symbole éclatant pour notre sujet : l'arrêt de provocation. Certes il ne s'agit pas là d'une catégorie actée par la loi mais personne ne s'y est trompé. Quand le 21 juillet 1982<sup>33</sup>, après des années d'incertitudes,

30. Voir, sur cette histoire, Suzanne Carval, *La Construction de la responsabilité civile*, PUF, 2001, qui note « un lambeau d'article pour le fait des choses », p. 15.

31. Une fois sortis, en 1898, les accidents du travail qui, partis d'un système très favorable par rapport au droit commun finiront dans un système moins favorable pour des raisons largement financières.

32. Jean Carbonnier, *Droit civil. Obligations*, n° 260, PUF, 1990, p. 468.

33. Cass., civ., 2<sup>e</sup>, 21 juillet 1982, *Desmares, D.*, 1982, p. 452, note Larroumet; *JCP*, 1982, II, p. 19861, note Chabas; *RTDC*, 1982, p. 606, obs. Durry.

d'hésitations et de revirements, la Cour de cassation affirme que le seul cas d'exonération pour le responsable du fait des choses est de prouver que le fait ou la faute de la victime présentait les caractères d'un cas de force majeure, ce qui excluait toute exonération partielle, la majorité de la doctrine y voit ce qu'elle appellera un arrêt de « provocation ». La technique est pleine d'enseignements pour notre sujet : le juge supplée l'inaction du législateur, sur la base de son rôle social, jusqu'à ce qu'il estime que n'étant pas doté du droit de disposer de façon générale et abstraite son rôle s'arrête là et alors, de deux choses l'une, ou bien il laisse les faits s'imposer d'eux-mêmes et contraindre le législateur à intervenir, ou bien il en « rajoute » en fermant la porte à toute solution jurisprudentielle et en gauchissant ses solutions, ce qui a l'avantage de la brutalité et, généralement, de la médiatisation. Dans ce sens, il est ainsi patent ces dernières années que, dans cette entreprise, la Cour de cassation, après une courte période de recul, a vu tout ce que la Convention européenne des droits de l'homme offrait comme virtualités pour provoquer le législateur lequel, après avoir ratifié la Convention, a montré son inaction sauf quand la provocation devenait trop importante ou trop coûteuse du fait des dommages-intérêts prononcés contre la France<sup>34</sup>.

On voit donc apparaître un élément supplémentaire et important à notre raisonnement. Les relations entre le juge et la loi sont moins gouvernées par des questions de principe – qui font souvent la joie des doctrinaires – que par des questions d'efficacité pratique, ce qui est somme toute rassurant. Le juge civil acceptera, en s'appuyant sur le texte de la loi, en opposant un texte à un autre, en invoquant le sens de la loi contre sa lettre, en comblant ses lacunes, de participer à l'œuvre de construction normative. On en revient à Portalis, pour un temps donné, dans un domaine donné, c'est probablement inévitable. À partir d'un certain seuil où le traitement individuel des situations ne permet plus de déboucher sur un droit prévisible et lisible, il n'hésite pas à revenir à l'article 4 et à renvoyer le législateur à ses responsabilités. L'équilibre est donc instable, mais il est préférable à de fausses constructions et le temps des admirations

34. Après onze ans d'attente, il a fallu que la jurisprudence, refusant de faire le travail du législateur, déboute les enfants adultérins demandeurs d'égalité successorale – imposée depuis 1989 par la CEDH – pour que le législateur s'enquière enfin de réformer le droit français des successions.

35. Voir par exemple, l'intéressante évolution des mentalités quant au rôle des principes juridiques dans la procédure civile dans le système anglais, *in* Michaël Harayon, « Dix années de réforme de la procédure civile anglaise : révolte ou révolution ? », *RIDC*, 2004, p. 826 *sq.*

envers les systèmes principalement jurisprudentiels passera<sup>35</sup>, nonobstant les satisfactions apparentes et les controverses personnelles que le commentaire de la jurisprudence procure à une certaine doctrine<sup>36</sup>. Le pire, mais il est là, c'est que le pouvoir du juge se développe non pas sur les lacunes de la loi, elles sont inévitables, sur son obsolescence, elle est le reflet du temps, sur son insuffisante individualisation, elle est la garantie de nos libertés, mais sur sa mauvaise qualité voire sur son incohérence ou encore sur sa réduction au symbolisme, très à la mode à notre époque<sup>37</sup>. Alors, mais alors seulement, le juge sera seul en face du citoyen demandeur de normes, signe gravissime d'un effondrement du système démocratique<sup>38</sup>. Une loi est un acte de souveraineté, tout était déjà dit dans le discours de Portalis.

## R É S U M É

*Les rapports entre le juge et la loi pourraient apparaître soit comme de pure hiérarchie pour les classiques, soit de concurrence pour les néo-classiques, soit de remplacement de l'un au détriment de l'autre pour les modernes. En réalité, il n'en est rien. En droit privé, c'est une combinaison délicate faite d'une utilisation réciproque dans la production des normes. La lettre du texte, son sens, son devoir être fournissent au juge à la fois des pouvoirs et des limites et l'équilibre a probablement moins évolué qu'on ne le dit souvent. La qualité du texte n'est pas indifférente.*

36. Voir par exemple l'étonnante querelle personnalisée sur la façon d'interpréter les arrêts de la Cour de cassation décrite par Alain Benabent, « Doctrine ou Dallas ? », *D*, 2005, chr. 852, et les références aux deux auteurs concernés.

37. En droit des personnes, la loi est devenue le réceptacle des symboles orchestrés par les médias et les groupes de pression: une loi pratiquement tous les ans sur l'adoption, une inflation considérable des premiers articles du Code civil contredits immédiatement par des lois ordinaires de droit sanitaire, des affirmations solennelles aussi vides qu'inutiles, etc. Qui trop embrasse, mal étirent! La loi a d'abord une vocation concrète et le symbole est derrière, pas l'inverse, au risque d'en dévaloriser l'autorité et de confondre les discours et la norme, sur quoi, Pierre Mazeaud, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP*, 2005, act. 70.

38. La multiplication des lois qui ne sont plus des dispositions générales et abstraites mais des « légiscules » spécifiques et concrètes est inquiétante, notamment dans les propositions de loi. Le lobbying législatif tuera la loi aussi sûrement que les privilèges ont tué l'Ancien Régime, il suffit d'attendre... à supposer que n'apparaissent pas, entre-temps, un lobbying jurisprudentiel dont on ne saurait affirmer qu'il est inexistant, notamment en droit des affaires, ce qui, cette fois, conduira à bien d'autres aventures.