

LA PART FAITE AU JUGE

22 **L**A PART FAITE AU JUGE dans l'ordre du droit privé est aujourd'hui difficile à caractériser. Se mêlent en effet trois figures très différentes du juge civil, apparues dans trois âges successifs : celle que le Code dessine, dans le droit-fil de la méfiance révolutionnaire à l'égard de la « puissance de juger » ; celle qui s'est imposée vers 1880, avec le triomphe de la jurisprudence normative ; celle qui apparaît aujourd'hui, lorsque monte le pouvoir du juge d'écarter ou de contrôler la loi au nom d'ordres juridiques supérieurs (le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme). Aucune de ces figures n'efface l'autre, et leur coexistence crée un rapport complexe du juge à la loi.

En 1804, le juge est abaissé sous la loi. « 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 C. civ.). « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (art. 5 C. civ.). La puissance de juger est ainsi bornée par deux interdictions : défense de se taire – quand la loi est silencieuse et obscure, le juge a le devoir de trancher le cas ; mais défense de parler à la place de la loi – le juge n'a que le pouvoir de trancher le cas, non d'énoncer la règle. Certes, sa décision a autorité, mais cette autorité est elle-même relative (art. 1351 C. civ.) ; la jurisprudence n'est donc jamais que l'accumulation de cas, d'où aucune norme ne saurait sortir. Dans la multitude des décisions ordinaires, le juge civil n'est aujourd'hui encore que le juge du cas, qui applique une loi qu'il n'a pas faite.

Par ailleurs pourtant, le XIX^e siècle a vu se constituer la jurisprudence « législative » (Frédéric Zénati) – celle des « grands arrêts » de la

Cour de cassation. Il a fallu pour cela que le juge civil reconquière le pouvoir d'interprétation qu'on avait tenté de lui dénier au nom de la séparation des pouvoirs. Ce mouvement s'accomplit, non sans péripéties, dans la première moitié du XIX^e siècle; vers 1880, lorsque le droit civil commence à se chercher « au-delà du Code », la jurisprudence devient le complément nécessaire, le « supplément prétorien » des lois civiles: le juge se place alors à côté de la loi comme une source du droit autonome. Ce règne des « grands arrêts » n'est pas achevé : il est des matières (la responsabilité civile, par exemple), où l'activisme jurisprudentiel semble ne pas connaître de répit.

Or voilà qu'une troisième figure du juge apparaît: devenu juge communautaire et gardien des droits de l'homme, le juge civil se trouve maintenant en position de censeur des lois civiles, parce qu'il sert des ordres supérieurs; cette exaltation du juge au-dessus de la loi est récente et n'a sans doute pas encore sorti son plein effet. Aucune de ces figures du juge ne chassant l'autre, il en résulte, au moment où le Code atteint son bicentenaire, un dessin complexe, qui rappelle l'Ancien Régime.

23

LE JUGE SOUS LA LOI

Le passage de l'ancien régime judiciaire au régime judiciaire moderne peut être caractérisé comme un abaissement du juge sous la loi : la puissance de juger est ramenée à l'application de la loi. Mais cette puissance n'est pas « nulle », lorsqu'elle comporte le pouvoir d'interpréter la loi; l'abaissement du juge sous la loi n'interdit pas nécessairement la constitution d'une jurisprudence, qui fera corps avec la loi interprétée et lui empruntera son autorité. Encore faut-il que quelques conditions soient remplies : un corps judiciaire capable de mémoire, c'est-à-dire stable et savant; une hiérarchie des juridictions permettant aux juridictions supérieures, notamment à l'organe de cassation, d'imposer une interprétation uniforme de la loi aux juges inférieurs; enfin, un traitement systématique des décisions, par la publication et le commentaire. De la table rase de 1789 aux débuts de la III^e République, le juge, non sans péripéties, recouvre les moyens de constituer la jurisprudence.

Ramener le pouvoir du juge à l'application de la loi est l'œuvre de la Constituante. La nuit du 4 août avait seulement conduit à la suppression, moyennant indemnité, de la vénalité des offices; en novembre 1789, la Constituante prononce « la mise en vacance des parlements pour une durée illimitée »; puis une loi des 16-24 août 1790 et la

24 Constitution de 1791 mettent en place le régime judiciaire moderne. La disparition des parlements efface les juridictions souveraines de l'Ancien Régime, qui ajoutaient à leurs compétences proprement judiciaires des compétences extra-judiciaires : un pouvoir réglementaire (les arrêts de règlement), et des prérogatives politiques avec l'enregistrement et les remontrances, par où se sont nouées tant de querelles politiques des deux derniers siècles de l'Ancien Régime. Le régime judiciaire moderne consiste donc d'abord en ceci que les juges *perdent leurs pouvoirs non juridictionnels pour être ramenés à la seule fonction de juger*. C'est ainsi qu'il faut comprendre le chapitre V du Titre III de la Constitution de 1791, tout entier consacré au cantonnement du « pouvoir judiciaire » par rapport aux deux autres pouvoirs : « Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction » (t. III, ch. V, art. 23 ; L. 16-24 août 1790, art. 10). La « puissance de juger » ne peut dès lors être que le pouvoir d'appliquer la loi.

D'un autre côté, la Constitution de 1791 et la loi des 16-24 août 1790 règlent l'exercice du pouvoir judiciaire par trois principes : 1) l'obligation de motiver les décisions ; 2) la cassation pour « contravention à la loi » par une juridiction unique et spécialisée dans cette fonction (le tribunal de cassation, Const. art. 19 et 20) ; 3) le référé législatif, « lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens » (Const. art. 21, L. 16-24 août 1790, art. 12). Les deux premiers principes permettent, et même conditionnent, la constitution d'une jurisprudence ; mais le troisième l'empêche, en remettant l'interprétation de la loi, en dernière instance, au législateur lui-même ; le tribunal de cassation est d'ailleurs placé « auprès du Corps législatif », comme pour être sous sa surveillance. La reconquête du pouvoir d'interpréter la loi, sous le régime judiciaire moderne, est donc un acte historique essentiel ; ses péripéties supposent qu'on revienne brièvement sur la philosophie judiciaire du temps.

Les prémices de l'abaissement des juges se trouvent, dit-on souvent, chez Montesquieu, dont on répète deux terribles phrases : « les juges de la nation ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur¹... Des trois puissances, celle de juger est en quelque

1. Montesquieu, *Œuvres complètes, De l'esprit des lois*, L. XI, chap. VI, Paris, Les Belles Lettres, 1955, t. II, p. 72 (texte établi et présenté par J. Brèthe de la Gressaye).

sorte nulle²». À quoi semble faire écho, un demi-siècle plus tard, la condamnation plus terrible encore de Robespierre: « Le mot de jurisprudence doit être banni de notre langue. » Ce raccourci historique est sans doute excessif. L'entreprise de Montesquieu est seulement de relier de façon cohérente « les différentes manières de former les jugements » aux « diverses formes de gouvernements ». On a justement observé que cette soumission du juge à la loi, chez Montesquieu, ne tient nullement à une quelconque essence du pouvoir judiciaire; elle est simplement relative à un état particulier du gouvernement – la « république », dont l'exemple est trouvé, au prix d'ailleurs de quelques faux-sens, dans la constitution anglaise³. Dans les gouvernements monarchiques, où il ne peut y avoir de « législation uniforme », le juge au contraire « opine » en composant entre des règles concurrentes ou même contradictoires; la collection de ces opinions forme une jurisprudence, qui elle-même n'est pas nécessairement uniforme: « à mesure que les jugements des tribunaux se multiplient dans les monarchies, la jurisprudence se charge de décisions qui quelquefois se contredisent »; mais peu importe; la première qualité du juge, dans un système qui ne vise pas à l'uniformité, et où le juge se prononce sur de « grands intérêts », doit être la prudence; le législateur, s'il y a lieu, « modérera » les « abus ». On ne saurait donc sauter directement de Montesquieu à la Constitution de 1791, de celle-ci à Robespierre, et de Robespierre au Code civil. Il s'est en effet glissé entre-temps dans les esprits une autre philosophie de la loi, et dans les mémoires une autre expérience – l'expérience révolutionnaire.

25

On sait que le rationalisme des Lumières a conduit, paradoxalement, du jusnaturalisme au positivisme légaliste, selon un itinéraire remarquablement décrit par Mme Goyard-Fabre⁴. L'amour des lois (la « nomophilie ») s'y combine avec la haine des hommes de loi et la défiance à l'égard de la jurisprudence – cet art obscur, fait de formes contraires à la « simplicité naturelle », où la « raison » se perd dans les délibérations, le « fatras de Justinien », la controverse et l'autorité des précédents. La haine des hommes de loi et de la jurisprudence éclate dans les dix années violentes qui vont de 1789 à brumaire an VIII⁵.

2. *Ibid.*, p. 64 et 68.

3. Philippe Raynaud, « La loi et la jurisprudence, des Lumières à la Révolution française », *APD*, 30, 1985, p. 61.

4. Simone Goyard-Fabre, « Loi », *Dictionnaire de philosophie politique*, Philippe Raynaud et Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF, 1996.

5. Jean-Louis Halpérin, « Haro sur les hommes de loi », *Droits (D)*, n° 17, 1993, p. 55 sq.

La défiance de la Constituante à l'égard des juges se marque d'abord dans leur mode de désignation : l'élection à temps par le peuple (art. 5 du Titre III de la Constitution de 1791). Elle ressort aussi de l'absence de hiérarchie : point de juridictions spécialisées dans l'appel – l'appel est « circulaire », d'un tribunal de district à un autre tribunal de district. Les Constituants rêvent d'une justice sans juges – ou du moins sans juges professionnels : ils préfèrent l'arbitrage en équité (les « tribunaux de famille », par exemple) et la « justice de paix », à cause de son « doux nom » et de son origine « hollandaise » (selon Voltaire). La suppression de l'Ordre des avocats et la création des « défenseurs officieux » (c'est-à-dire gratuits), puis la suppression des fonctions d'avoué achèvent le tableau : la « nullité » de la « puissance de juger » n'exprime pas seulement le cantonnement constitutionnel du juge dans ses fonctions proprement judiciaires, mais la vieille haine des gens de robe et de la tradition judiciaire – donc de la jurisprudence.

Le mouvement culmine entre 1792 et 1794 : les juges élus en 92 sont épurés en 93-94 (« le peuple s'est trompé ») et l'on supprime la condition de capacité – *la justice n'a pas besoin de juristes*. D'ailleurs, les facultés de droit sont abolies (1793). Se débarrasser des juristes, c'est se débarrasser de la jurisprudence (Robespierre) et de « toutes les procédures » (Hérault de Séchelles). Symptomatiquement, le tribunal révolutionnaire (le tribunal qui ne s'embarrasse pas de formes) déloge le tribunal de cassation pour s'installer à sa place (mars 1793).

La restauration du juge et de la jurisprudence ne s'opère qu'à partir de l'an VIII, non sans difficultés et retours en arrière. La Constitution de l'an VIII ne connaît certes que « l'autorité judiciaire » ; elle prévoit que le Premier Consul *nomme* les juges autres que les juges de cassation. Mais les juges ne peuvent être révoqués par lui (art. 41) et « conservent leurs fonctions toute leur vie » (art. 68). Les juridictions civiles sont hiérarchisées : tribunaux de première instance, tribunaux d'appel, tribunal de cassation qui ne tardera pas à devenir Cour de cassation (1804), que préside Tronchet. La loi du 27 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux supprime le référé législatif, en prévoyant que la question serait portée devant les « sections réunies du tribunal de cassation ». Les avoués sont rétablis ; les avocats le seront en l'an XII. La loi sera servie par des hommes de loi : le Code et les Écoles de droit sont exactement contemporains (lois des 30 et 22 ventôse an XII).

Dans cette perspective historique, les articles 4 et 5 du Code se lisent comme une semi-résurrection de la « puissance de juger ». En

l'an VIII, le discours préliminaire de Portalis – d'ailleurs rempli de souvenirs de Montesquieu – contient un éloge de la jurisprudence comme science, comme tradition et comme art de juger : « Dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour-propre et réveiller l'émulation. Une classe entière d'hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe, consacrée à l'étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes, et devient comme le séminaire de la magistrature... Il est trop heureux qu'il y ait des recueils et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour qu'il y ait en quelque sorte *nécessité de juger aujourd'hui comme hier*... Il est trop heureux que la nécessité où est le juge de s'instruire... ne lui permette jamais d'oublier que, s'il est des choses arbitraires à sa raison, il n'en est point qui soient purement à son caprice ou à sa volonté... En Turquie, où la jurisprudence n'est point un art... on voit les justiciables ne demander et recevoir justice qu'avec effroi. Pourquoi n'a-t-on pas les mêmes inquiétudes auprès de nos juges ? » On notera que le même discours préliminaire critique la pratique aveugle du référé législatif : « sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois, et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif... Le tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus comme un déni de justice ». Ce qui est en effet interdit au juge, c'est d'interpréter *par voie d'autorité*, en résolvant « les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales » ; mais ce qui est permis – et même indispensable –, c'est l'interprétation *par voie de doctrine*, qui « consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les *suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés*... Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. *Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* ». Ainsi relue, l'obligation de juger dans le silence ou l'obscurité de la loi (art. 4 C. civ.) donne au juge une liberté bornée simplement par l'interdiction de disposer de façon générale (art. 5 C. civ.) ; le juge n'est certes que le juge du cas ; mais, dans le jugement du cas, il a le devoir d'interpréter la loi lorsqu'elle ne dit rien de clair, et le pouvoir d'aller à d'autres sources lorsqu'elle ne dit rien du tout. Dans le système dessiné par Portalis en l'an VIII, il y avait donc place pour la jurisprudence, malgré l'éminence de la loi écrite. Mais cette

place lui sera contestée, en même temps que reviendra la défiance des juges, à chaque changement de régime politique, dans un siècle qui en a connu tant.

L'Empire dément très vite les promesses du Discours préliminaire, qui étaient évidemment mal accordées au tempérament de Napoléon. L'empereur n'était certes pas prêt à laisser triturer son Code par voie d'interprétation doctrinale, ni à laisser ses juges libres de revenir à la « loi naturelle » en cas d'insuffisance de la loi écrite; les « masses de granit » destinées à recomposer la société défaite ne devaient pas bouger. En 1807, le référé législatif est rétabli : l'interprétation authentique de la loi sera donnée, en cas de résistance des juges du fond à une deuxième cassation, par un règlement d'administration publique. Les juridictions supérieures redeviennent certes des « cours souveraines » (art. 7, L. 20 avril 1810), mais le juge est devenu un fonctionnaire qui fait carrière comme un militaire; la magistrature est à nouveau épurée en 1807 et 1810. Et défense de toucher au Code : les premiers commentaires doctrinaux du Code Napoléon (il porte ce nom depuis une loi du 9 septembre 1807) sont assez fraîchement accueillis par le pouvoir⁶.

La Charte de 1814 promet l'oubli des opinions émises jusqu'à la Restauration (art. 11), le maintien du Code (art. 68), l'inamovibilité des juges (art. 58), la stabilité de l'organisation judiciaire existante (art. 59 à 65). Mais, après les Cent Jours, on voit se construire la doctrine de l'inamovibilité limitée au règne : quand le roi change, il peut changer ses juges. Paradoxalement, cela ne contrarie pas la reconstitution d'une jurisprudence; c'est que, sous la Restauration, les juges ont la nostalgie de l'ancien régime judiciaire, si bien que l'on voit réémerger « la jurisprudence des arrêts » et la citation des « lois romaines », de la Coutume de Paris, et des « anciennes maximes », à côté du Code civil⁷ – les juges, comme la Charte, « renouent la chaîne des temps ». Les jeunes juristes de l'âge romantique font de même (le petit groupe de la Thémis, par exemple). Mais, sur la question du référé législatif, une loi du 30 juillet 1828 bâtit un compromis qui marque combien il est difficile encore de reconnaître la plénitude du pouvoir de juger : en cas de conflit d'interprétation, le dernier mot appartient non à la Cour de cassation, mais à la cour d'appel statuant sur le second renvoi après

6. « Mon Code est perdu ! » se serait écrié l'empereur en apprenant la parution de *L'Analyse raisonnée du Code civil* de Malleville.

7. Jean Carbonnier, « En l'année 1817 », *Mélanges Pierre Raynaud*, 1985, p. 81.

cassation, le roi devant proposer pour l'avenir une loi interprétative aux chambres. Ce système impraticable, où la Cour de cassation n'avait plus qu'un rôle amoindri, ne fut, semble-t-il, pas mis en œuvre.

La monarchie de Juillet donne au pouvoir judiciaire un essor nouveau. L'inamovibilité est réaffirmée par la Charte de 1830, grâce notamment à Dupin aîné. Surtout, le référé législatif est définitivement liquidé par une loi du 1^{er} avril 1837, qui oblige la seconde cour de renvoi à se conformer, sur le point de droit jugé, à la décision des chambres réunies de la Cour de cassation. *Le mécanisme par lequel la jurisprudence (au sens moderne) peut se constituer est ainsi achevé.*

Il y aura certes d'autres péripéties pour la magistrature : les éruptions massives de 1848 (sous Crémieux, à la Justice, et Ledru-Rollin, à l'Intérieur), la brève disparition du principe d'inamovibilité déclaré un temps « incompatible avec le régime républicain », quelques proscriptions de magistrats par « Napoléon le petit » ; mais ces péripéties ne paraissent pas entraver l'œuvre jurisprudentielle.

Continûment, la Cour de cassation s'emploie en effet à élargir son contrôle : l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 n'admettait comme cas d'ouverture à cassation que la « contravention expresse à la loi » ; la Cour de cassation y ajoute la fausse application de la loi, la fausse qualification, l'insuffisance des motifs, le défaut de base légale. L'apparition des grands recueils est le signe incontestable de la reviviscence de la jurisprudence. *Le Journal du Palais* (depuis l'an IX), le recueil *Sirey* (depuis l'an X, comportant les arrêts depuis 1791), le recueil *Dalloz* (commencé par Dénevers en l'an XII, mais avec un volume contenant les principaux arrêts depuis 1789) donnent une sélection ordonnée des décisions, avec des annotations. A partir de 1826, commence de paraître l'admirable *Répertoire alphabétique de législation, doctrine et jurisprudence* de Désiré Dalloz, qui analyse minutieusement les premiers apports jurisprudentiels. Chaque recueil de jurisprudence entonne certes, au moment de sa création, le refrain rhétorique du « divorce de l'École et du Palais », mais en vérité la doctrine – très praticienne – utilise abondamment les arrêts dans ses commentaires du Code. Entre l'an XII et 1830, le mot de « jurisprudence » perd d'ailleurs définitivement son sens premier de « science (ou art) du droit », pour ne conserver que son sens second d'ensemble de décisions à valeur de précédents. L'« examen doctrinal de jurisprudence » – ancêtre de la chronique de jurisprudence – apparaît dans la *Revue critique de jurisprudence en matière civile* en 1851 et devient l'objet principal de la *Revue pratique de droit français*, en 1856. Labbé, vers 1860,

crystallise le genre de la « note d'arrêt » comme genre doctrinal à part entière. Les questions réglées par la jurisprudence, dès la première moitié du siècle, ne sont pas si minces que cela (la question du *numerus clausus* des droits réels, l'emphytéose, le rôle de la possession d'état en matière de filiation naturelle, le régime de la dot mobilière, les clauses d'inaliénabilité, l'obligation *ultra vires* des successeurs universels, le non-cumul du disponible et de la part de réserve du gratifié en avance-ment d'hoirie renonçant). La seconde moitié du siècle voit apparaître des questions entièrement neuves, hors du champ du Code – le régime de l'assurance-vie, le contrat d'édition : le juge s'installe à côté de la loi. À la fin du Second Empire, les temps sont mûrs pour l'avènement de la jurisprudence comme source concurrente de la loi.

30 LE JUGE À CÔTÉ DE LA LOI

Sous la III^e République qui se met en place (non sans mal), le juge n'est certes pas très bien traité. Crémieux, redevenu garde des Sceaux le 4 septembre, refait ce qu'il avait fait en 1848 : il épure les ennemis du régime et place ses amis ; sous M. Thiers, Dufaure épure en sens inverse. La République des avocats fait valser les juges. Les lois constitutionnelles de 1875 ignorent le pouvoir judiciaire, et l'on en déduit généralement que l'autorité judiciaire n'est qu'une branche du pouvoir exécutif (c'est ce qu'écrivit Berthélémy en 1900). Camille Pelletan dit que la République ne peut se concilier avec l'inamovibilité, et Jules Grévy ne connaît « qu'une réforme à réaliser dans la magistrature, c'est sa suppression ». L'exaltation de la Révolution dans la mémoire « républicaine » remet à la mode l'élection des juges. La loi du 30 août 1883 permet d'éliminer 614 magistrats – 300 autres démissionnent. En 1906, Sarrien introduit le concours de recrutement ; mais contre ce mode de recrutement d'une « sorte de congrégation autorisée », le parti radical s'enflamme – notamment le célèbre juge Magnaud – et Briand en 1908 abroge le décret Sarrien ; les gardes des Sceaux de la République radicale ne se feront pas faute de contrôler l'appartenance politique des magistrats. Il peut paraître paradoxal que les années 1880-1900 voient ces juges surveillés produire une jurisprudence normative qui, sous couleur d'interpréter la loi, fabrique un droit prétorien.

Ce paradoxe n'est qu'apparent. Vers 1900, la loi est, en matière civile, un Code centenaire, certes adoué comme Code républicain, mais qui, après trois ou quatre générations d'exégètes, semble avoir exprimé tout son suc ; l'interprétation du Code a atteint ses limites. Or

de nouvelles questions se posent aux juges civils, dans une ambiance inquiète : la question des accidents du machinisme industriel, enveloppée dans la « question sociale » ; la question de la personnalité morale et de la liberté d'association, dans la fièvre contradictoire des « associations ouvrières » d'un côté et des congrégations de l'autre ; la question de l'abus des droits – spécialement du droit de propriété – prise elle-même dans la querelle de la « fonction sociale » des droits subjectifs ; la question de la liberté contractuelle, quand monte « l'idée du droit social », comme on dit alors. Toutes les questions politiques de la III^e République ont leur versant de droit civil ; or toutes ne sont pas saisies par le législateur, qui s'occupe principalement, dans les années 1880-1914, de réformer le droit de la famille (rétablissement du divorce, promotion de la femme mariée, amélioration de la condition des enfants naturels), et ne touche pas aux autres parties du Code. Le juge devient donc, pour le reste, un législateur par défaut, porté par une idéologie prudemment réformiste.

31

Cette jurisprudence « législative » trouve dans la doctrine du temps de puissants appuis. L'avènement de l'École « scientifique » (c'est elle-même qui se baptise ainsi) procède d'un faisceau de causes – l'ambiance universitaire de la III^e République, le nouveau mode de recrutement des professeurs de droit, l'influence du modèle doctrinal allemand, la montée des sciences historiques et sociales : tout cela favorise un « droit de professeurs » qui s'éloigne du Code (au nom de la « science » ou de la « révolte des faits contre le Code ») et couronne la jurisprudence comme coutume (Saleilles, Planiol) ou du moins « propulseur de coutume » (Gény). Le projet de la *Revue trimestrielle de droit civil*, en 1902, est de permettre aux professeurs d'élaborer « le système harmonique de la jurisprudence » (Esmein). Les professeurs de droit civil, de quelque bord qu'ils soient, se retrouvent plus ou moins dans cette exaltation de la jurisprudence, qui s'épanouit avec les Grands Arrêts de Capitant (1934). Dans l'entre-deux-guerres, la jurisprudence a gagné sa cause, au point que certains y voient le seul droit « vivant », digne d'être étudié scientifiquement : le reste est du « roman » (Josserand). Le positivisme jurisprudentiel a succédé au positivisme légaliste.

C'est l'époque des grandes constructions prétoriennes : la responsabilité du fait des choses, l'abus du droit, l'enrichissement sans cause, la personnalité morale. Certes il arrive que ces constructions s'abritent sous des textes : mais c'est pour faire dire à ces textes ce que le juge veut – *la loi est devenue la bouche du juge*. On dit souvent que ces

32 constructions prétoriennes ne valent qu'avec la permission de la loi, qui peut les démolir à volonté, ou substituer son interprétation à celle du juge. Mais le fait est que les lois interprétatives sont rares et que les constructions jurisprudentielles ont une étonnante faculté de résistance à la loi : la mise en place d'un système d'indemnisation des accidents du travail (1898), puis des accidents de la circulation (1985) et de la responsabilité du fait des produits défectueux (1998) ne semble pas pour l'instant avoir ébranlé le principe général de responsabilité du fait des choses qui pourtant avait été fabriqué, entre 1896 et 1940, pour régler ce type de questions. On parierait volontiers que la récente loi sur la responsabilité médicale (2002) ne chassera pas la construction jurisprudentielle du « contrat médical » issue de l'arrêt Mercier (1936), ni la distinction des obligations de moyens et de résultat qui en est sortie pour se diffuser dans tout le droit des contrats. Il semble qu'une fois cristallisée dans l'*habitus* des juges et l'enseignement des Facultés, la jurisprudence « législative » ait une vitalité considérable.

Ce statut législatif de la jurisprudence se marque aujourd'hui par une foule de traits, où l'on peut vérifier que la Cour de cassation elle-même reconnaît à sa jurisprudence un effet normatif : elle distingue ses arrêts notables par des sigles particuliers ; elle vise de plus en plus fréquemment des « principes » détachés de tout support législatif ; elle invoque sa « doctrine » et commente ses propres décisions ; elle regroupe ses arrêts convergents comme pour obtenir un effet de promulgation. Le législateur a lui-même consacré cette évolution. L'article 604 du Nouveau Code de procédure civile dit que le pourvoi en cassation tend à faire censurer la non-conformité du jugement aux « règles de droit », et non plus à la loi seule. La saisine pour avis de la Cour de cassation, autorisée par la loi du 15 mai 1991, même si elle a pour objet un simple « avis » et pour finalité la résorption rapide du contentieux d'interprétation, a détaché l'opinion de la Cour de l'acte juridictionnel – l'avis est une interprétation « abstraite »⁸, comme la loi elle-même, et d'ailleurs publiée au *Journal officiel* : *La parole du juge est traitée comme la parole de la loi*. La conséquence du rôle normatif de la jurisprudence est que la rétroactivité des arrêts de revirement est aujourd'hui sérieusement discutée en doctrine ; mais la Cour de cassation refuse fermement d'y voir une atteinte à la sécurité juridique, au motif qu'un jugement est nécessairement déclaratif : admirable vertu

8. Frédéric Zénati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D*, 1992, chron. 247.

de l'hybridation, qui permet au juge-législateur de prétendre rester un juge quand il légifère.

La coexistence de cette jurisprudence normative avec la masse des décisions ordinaires où le juge n'est que le juge du cas rend évidemment difficile la caractérisation du rôle du juge. Dans le débat des civilistes sur la jurisprudence, les opinions se partagent encore entre ceux qui y voient une source du droit et ceux qui n'y voient qu'une autorité⁹.

L'appréciation de la « puissance de juger » devient encore plus difficile, lorsqu'on considère le juge civil dans sa fonction la plus récemment apparue : celle de censeur des lois.

LE JUGE AU-DESSUS DE LA LOI

33

Cette figure inouïe d'un juge civil censeur des lois n'est que la conséquence du grand remuement des sources du droit qui s'opère depuis une trentaine d'années. Dans la simple pyramide des normes du droit national-étatique, le juge civil n'était que le serviteur de la loi, parce que la loi était la volonté du souverain. Or le pouvoir législatif est aujourd'hui un peu moins souverain, l'État législateur s'étant lui-même lié en s'intégrant dans des ordres juridiques supérieurs – l'ordre communautaire ou celui de la Convention européenne des droits de l'homme ; la primauté de ces « droits venus d'ailleurs », comme dit le doyen Carbonnier, a eu pour conséquence, dans l'ordre civil interne, de subordonner la loi au juge. Le juge civil sert en effet aujourd'hui non plus une loi souveraine, mais trois lois inégales : au nom du grand marché intérieur ou au nom des droits de l'homme – il peut (il doit) écarter la loi interne contraire à ces ordres supérieurs. Au fond, en consacrant la primauté internationale ou communautaire sur les lois internes, on a consacré le contrôle du juge français sur la loi française.

Les perturbations les plus profondes sont celles qu'induit le contrôle de conventionnalité, pour plusieurs raisons. Alors que le droit communautaire repose sur une rationalité de type économique qu'on peut discuter, les droits de l'homme constituent « les principes fondamentaux de toute société démocratique », ce qui les place d'emblée hors de discussion ; à Luxembourg, on considère les intérêts d'opéra-

9. Voir les opinions recueillies dans l'enquête faite en 1992-1993 par la *Revue trimestrielle de droit civil*.

34 teurs économiques; à Strasbourg, on protège des opprimés. Ensuite le contrôle de conventionnalité possède une charge idéologique qui s'accorde exactement à l'air du temps : c'est l'État qui est le justiciable de ce droit-là, et c'est l'individu qui en est l'agent, au nom de droits subjectifs métamorphosés en prérogatives fondamentales. Enfin la « prééminence du droit » n'a évidemment rien pour déplaire aux avocats ou aux juges. Rien n'empêche techniquement l'expansion de ce contrôle, depuis que se combinent deux principes : le recours individuel devant la Commission (en attendant la ratification du Protocole n° 9 sur la saisine directe de la Cour) et la règle d'épuisement des recours internes, qui conduit le requérant à invoquer d'emblée la violation de la Convention devant le juge civil. Le contrôle de conventionnalité est donc d'abord celui qu'exerce le juge ordinaire, et même le « petit juge ». Il y faut de sérieuses compétences techniques (la connaissance de la jurisprudence de la Cour européenne, de ses méthodes d'interprétation de la Convention, de l'autorité de ses décisions), et on a l'impression que le juge du fond s'abandonne volontiers aux facilités d'un contrôle plus idéologique que juridique.

On a pu croire un temps que le droit substantiel – le droit civil, celui du Code – serait moins touché que les droits procéduraux par cette vague de fondamentalisme juridique; il faut aujourd'hui se défaire de cette illusion. On pouvait croire aussi que les droits de l'homme ne saisiraient, en droit civil, que des situations marginales : ce n'est pas tous les jours que paraissent exposés à des atteintes de notre vieux Code le « droit à la vie », le « droit à la liberté et à la sûreté », le « droit au respect de la vie privée et familiale », ou le « droit de propriété »; il faut se défaire également de cette seconde illusion. Dans un processus de fondamentalisation des droits privés, c'est l'ensemble du droit civil qui peut être saisi. On en a fait l'expérience : la condition du transsexuel ou l'adoption par les homosexuels ne sont pas les seuls terrains du contrôle de conventionnalité; des matières plus centrales, comme les successions¹⁰, ou plus anodines, comme le bref délai de la garantie des vices cachés, ont été passées au crible des droits de l'homme. Pour le juge judiciaire, il y a là en substance l'équivalent d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, d'autant plus surprenant qu'il peut s'appliquer à des lois dont la constitutionnalité aura déjà été vérifiée *a priori* par le Conseil constitutionnel¹¹.

10. Affaire *Mazurek*, Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1996, et CEDH, 1^{er} février 2000.

11. Sur cette difficulté, voir observ. R. Libchaber, *RTDciv.*, 2000, p. 676.

On mesure le nouveau pouvoir du juge sur la loi dans les affaires relatives aux validations législatives. La Chambre civile, dans l'affaire du tableau d'amortissement¹² a sauvé une loi que des juges du fond avaient jugée contraire au principe de sécurité juridique, parce qu'elle validait rétroactivement une pratique bancaire que la jurisprudence avait déclarée irrégulière: en somme, ces juges du fond prétendaient interdire à la loi ce qu'ils font eux-mêmes couramment – changer rétroactivement la règle.

Il a fallu aussi que l'Assemblée plénière tranche la question de savoir si les dispositions de valeur constitutionnelle sont soumises au contrôle de conventionnalité du juge judiciaire: ce qu'elle a refusé dans l'arrêt *Fraisse*¹³, comme le Conseil d'État l'avait refusé au juge administratif dans l'arrêt *Sarran*. Mais on ne sait combien de temps la Cour de cassation parviendra à maintenir le couvercle sur la marmite des droits de l'homme et l'activisme des juges du fond – d'autant que le juge européen ne l'y aidera peut-être pas. Le triomphe du droit cosmopolitique, dans les temps postmodernes, pourrait bien être le triomphe des juges.

35

12. La jurisprudence avait frappé de la déchéance des intérêts le banquier prêteur qui n'avait pas remis à l'emprunteur le tableau des amortissements en même temps que l'offre préalable de prêt; une loi (jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel) vient valider pour le passé cette pratique bancaire; cette loi, écartée par les juges du fond sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention, a été sauvée par deux arrêts de Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2000.

13. Cass. ass. plén., 2 juin 2000.

BIBLIOGRAPHIE

- Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 1996.
Frédéric Zénati, *La Jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. «Méthodes du droit», 1991.

RÉSUMÉ

L'article décrit l'évolution des rapports du juge à la loi, de l'établissement du régime judiciaire moderne à nos jours comme une (re)montée progressive de la « puissance de juger » : d'abord placé sous la loi, le juge civil a retrouvé, en deux siècles, le pouvoir d'interpréter la loi, puis celui de concurrencer par sa jurisprudence normative, enfin celui d'en contrôler la légitimité au nom d'ordres supérieurs. Est-ce le retour de l'ancien régime judiciaire ?