Droit civil – première année– Pr. D. Mainguy
Introduction générale au droit, droit des personnes, droit de la famille

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

DROIT CIVIL

1ère année de droit

(Licence 1, Semestre 1, Groupe A)

– Méthodologie et documents de travaux dirigés –
– III –

Daniel Mainguy, *Professeur à la faculté de droit de Montpellier*

Alice Turinetti
Amélie Thouément
Jennifer Bouffard
Camille Dutheil
Alice Roques

– 2015-2016 –

SOMMAIRE DES SÉANCES

Séance n°6 : La hiérarchie des normes et la question prioritaire de constitutionnalité

Séance n°7 : L'application de la loi dans le temps

Séance n°8 : L'interprétation

Séance n°9 : La preuve

Séance n°10 : Correction du partiel de TD

Séance 6
Hiérarchie des normes et QPC

Exercices :
- Commentaire des arrêts Ch. Mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre et Civ. 1ère, 23 octobre 1950 (1ère et 2ème partie de la méthode dite « méthode Mousseron »).
- Analyse (1ère partie de la méthode Mousseron) de l'arrêt Civ. 1, 6 octobre 1966 et de Crim., 18 janvier 2005.

Ch. Mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre ;
[…]

ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET DEFERE (PARIS, 7 JUILLET 1973) QUE, DU 5 JANVIER 1967 AU 5 JUILLET 1971, LA SOCIETE CAFES JACQUES VABRE (SOCIETE VABRE) A IMPORTE DES PAYS-BAS, ETAT MEMBRE DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE, CERTAINES QUANTITES DE CAFE SOLUBLE EN VUE DE LEUR MISE A LA CONSOMMATION EN France ; QUE LE DEDOUANEMENT DE CES MARCHANDISES A ETE OPERE PAR LA SOCIETE J. WIEGEL ET C. (SOCIETE WEIGEL), COMMISSIONNAIRE EN DOUANE; QU'A L'OCCASION DE CHACUNE DE CES IMPORTATIONS, LA SOCIETE WEIGEL A PAYE A L'ADMINISTRATION DES DOUANES LA TAXE INTERIEURE DE CONSOMMATION PREVUE, POUR CES MARCHANDISES, PAR LA POSITION EX 21-02 DU TABLEAU A DE L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES; QUE, PRETENDANT QU'EN VIOLATION DE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 25 MARS 1957 INSTITUANT LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE, LESDITES MARCHANDISES AVAIENT AINSI SUBI UNE IMPOSITION SUPERIEURE A CELLE QUI ETAIT APPLIQUEE AUX CAFES SOLUBLES FABRIQUES EN FRANCE A PARTIR DU CAFE VERT EN VUE DE LEUR

CONSOMMATION DANS CE PAYS, LES DEUX SOCIETES ONT ASSIGNE L'ADMINISTRATION EN VUE D'OBTENIR, POUR LA SOCIETE WIEGEL, LA RESTITUTION DU MONTANT DES TAXES PERCUES ET, POUR LA SOCIETE VABRE, L'INDEMNISATION DU PREJUDICE QU'ELLE PRETENDAIT AVOIR SUBI DU FAIT DE LA PRIVATION DES FONDS VERSES AU TITRE DE LADITE TAXE ;

[…]

SUR LE DEUXIEME MOYEN :

ATTENDU QU'IL EST DE PLUS FAIT GRIEF A L'ARRET D'AVOIR DECLARE ILLEGALE LA TAXE INTERIEURE DE CONSOMMATION PREVUE PAR L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES PAR SUITE DE SON INCOMPATIBILITE AVEC LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 24 MARS 1957, AU MOTIF QUE CELUI-CI, EN VERTU DE L'ARTICLE 55 DE LA CONSTITUTION, A UNE AUTORITE SUPERIEURE A CELLE DE LA LOI INTERNE, MEME POSTERIEURE, ALORS, SELON LE POURVOI, QUE S'IL APPARTIENT AU JUGE FISCAL.D'APPRECIER LA LEGALITE DES TEXTES REGLEMENTAIRES INSTITUANT UN IMPOT LITIGIEUX, IL NE SAURAIT CEPENDANT, SANS EXCEDER SES POUVOIRS, ECARTER L'APPLICATION D'UNE LOI INTERNE SOUS PRETEXTE QU'ELLE REVETIRAIT UN CARACTERE INCONSTITUTIONNEL; QUE L'ENSEMBLE DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES A ETE EDICTE PAR LA LOI DU 14 DECEMBRE 1966 QUI LEUR A CONFERE L'AUTORITE ABSOLUE QUI S'ATTACHE AUX DISPOSITIONS LEGISLATIVES ET QUI S'IMPOSE A TOUTE JURIDICTION FRANCAISE ;

MAIS ATTENDU QUE LE TRAITE DU 25 MARS 1957, QUI, EN VERTU DE L'ARTICLE SUSVISE DE LA CONSTITUTION, A UNE AUTORITE SUPERIEURE A CELLE DES LOIS, INSTITUE UN ORDRE JURIDIQUE PROPRE INTEGRE A CELUI DES ETATS MEMBRES; QU'EN RAISON DE CETTE SPECIFICITE, L'ORDRE JURIDIQUE QU'IL A CREE EST DIRECTEMENT APPLICABLE AUX RESSORTISSANTS DE CES ETATS ET S'IMPOSE A LEURS JURIDICTIONS ; QUE, DES LORS, C'EST A BON DROIT, ET SANS EXCEDER SES POUVOIRS, QUE LA COUR D'APPEL A DECIDE QUE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DEVAIT ETRE APPLIQUE EN L'ESPECE, A L'EXCLUSION DE L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES, BIEN QUE CE DERNIER TEXTE FUT POSTERIEUR; D'OU IL SUIT QUE LE MOYEN EST MAL.FONDE ;

[…]

PAR CES MOTIFS :
REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 7 JUILLET 1973 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS.

Civ. 1ère , 23 octobre 1950 :

La COUR :
Attendu qu'en août 1942, le préfet du Nord réquisitionnait une pièce de terre, sise à Lille, appartenant à la Société Vermersch et louée à Mélis ; que, par exploits des 2 mai 1943 et 18 janv. 1944, celui-ci assignait l'autorité préfectorale en payement d'une somme de 103894 F représentant diverses indemnités ; que la Cour de Douai, par arrêt du 20 janvier 1948, tant par motifs propres que par ceux du jugement qu'elle adoptait, condamnait l'Etat à payer à Mélis la somme de 98093,75 F;

Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir violé l'instruction ministérielle n° 11, du 5 septembre 1940, sur les réquisitions d'immeubles affectés à une exploitation agricole, en ce que, statuant sur diverses indemnités de réquisition, l'arrêt a refusé de se conformer aux règles d'évaluation posées par ledit document au motif qu'une telle instruction ne liait pas le juge, alors qu'elle avait été prise en exécution de l'article 28 de la loi du 11 juillet 1938 et avait un caractère réglementaire ;

Mais attendu qu'un règlement d'administration publique prévu par l'article 28 n'a pas été pris en matière de réquisition d'établissement agricole, mais, à son défaut, ainsi qu'elle le reconnaît, une instruction ministérielle ; que les instructions et circulaires administratives, sans lier les juges, n'obligent que les fonctionnaires auxquels elles sont adressées et dans les sphères de leurs fonctions ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

Civ. 1, 6 octobre 1966 :

SUR LE MOYEN UNIQUE : ATTENDU QUE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE IL RESULTE QU'AU COURS DE L'ANNEE 1955, LA SOCIETE IMMOBILIERE DE LA CROIX-DE-BERNY A PASSE UN MARCHE AVEC LA SOCIETE D'ENTREPRISE DELAFONTAINE POUR L'EDIFICATION D'UN GRAND ENSEMBLE IMMOBILIER DU TYPE "LOGECO";

QU'A L'EPOQUE OU LES TRAVAUX ONT ETE EXECUTES, LES PRIX SE TROUVAIENT BLOQUES AU NIVEAU ATTEINT LE 8 FEVRIER 1954;
QUE, CEPENDANT, UN ARRETE MINISTERIEL DU 11 MARS 1954 A PERMIS D'INCLURE, DANS LES MARCHES DE CETTE NATURE, UNE CLAUSE DE REVISION DES PRIX DE LA CONSTRUCTION AU CAS SEULEMENT OU, DES LA CONCESSION DU MARCHE, NE SE TROUVAIT PAS ATTEINT LE PRIX PLAFOND AUTORISE;

QUE LA SOCIETE DELAFONTAINE AYANT RECLAME L'APPLICATION DE LA CLAUSE DE REVISION PREVUE AU MARCHE DONT S'AGIT, LA COUR D'APPEL A DECIDE "QUE POUR APPRECIER SI LE PRIX PLAFOND AVAIT OU NON ETE DEPASSE, IL CONVENAIT DE RETENIR LES MARCHES DES DIVERS CORPS D'ETAT, ENUMERES PAR LES ARRETES, ET NON POINT PAR LES CIRCULAIRES MINISTERIELLES";

QU'IL EST FAIT GRIEF A L'ARRET ATTAQUE D'AVOIR AINSI STATUE, ALORS QU'UNE CIRCULAIRE DU 11 MARS 1954 PRESENTERAIT UN CARACTERE REGLEMENTAIRE ET SERAIT DOTEE DE LA FORCE OBLIGATOIRE, MEME A L'EGARD DES PARTICULIERS;

MAIS ATTENDU QUE LE DOCUMENT PRODUIT ET NON CONTESTE DANS SA TENEUR, QUI, AVEC LE TITRE DE CIRCULAIRE, A PREVU QUE "POUR LE CALCUL DU PRIX DE REVIENT" IL POURRAIT ETRE AJOUTE AU PRIX DU TERRAIN LES DEPENSES NECESSITEES PAR "DES FONDATIONS SPECIALES", DANS LA LIMITE GLOBALE DE 12% DU COUT DE LA CONSTRUCTION, EST RELATIF A L'OCTROI, PAR L'ETAT, DE PRIMES A LA CONSTRUCTION;

QU'UNE TELLE CIRCULAIRE ADMINISTRATIVE N'OBLIGE QUE LES FONCTIONNAIRES AUXQUELS ELLE EST ADRESSEE ET NE SAURAIT, AINSI QUE L'A DECIDE A JUSTE TITRE LA COUR D'APPEL, REGIR LES CONVENTIONS INTERVENUES ENTRE PARTICULIERS;

QU'AINSI LE MOYEN NE SAURAIT ETRE ACCUEILLI;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 13 MARS 1965 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS.

Crim., 18 janvier 2005 :

Attendu qu'il résulte du jugement attaqué et des pièces de procédure que, le 11 novembre 2002, jour de fête légale, des fonctionnaires de l'inspection du Travail ont constaté qu'un apprenti était occupé à travailler dans les locaux de la boulangerie-pâtisserie exploitée par Marie-Hélène X..., épouse Y... ;

Attendu que, devant le tribunal de police saisi de la poursuite exercée à son encontre sur le fondement des articles L. 222-4 et R.262-4 du Code du travail, Marie-Hélène X..., épouse Y..., a conclu à sa relaxe en se référant à des circulaires administratives autorisant, nonobstant lesdits articles, l'emploi des apprentis dans les établissements artisanaux un jour de fête légale en cas de besoin impérieux lié au fonctionnement normal de l'entreprise ou de nécessité imposée par la formation professionnelle dispensée ;

Attendu que, pour écarter cette argumentation et dire la prévention établie, le jugement attaqué relève notamment que les circulaires mentionnées ne sauraient remettre en cause les termes d'un texte clair portant interdiction absolue de faire travailler un apprenti les jours fériés ;

Attendu qu'en cet état, le tribunal, qui a répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont il était saisi et qui n'a pas méconnu les dispositions conventionnelles visées au moyen en l'absence d'ambiguïté du texte légal applicable, a donné une base légale à sa décision, dès lors que ne pouvaient être utilement invoquées des circulaires à caractère interprétatif n'étant pas de nature à empêcher l'application d'une disposition pénale ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Et attendu que le jugement est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

Guide pratique de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) (source : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/guide-pratique-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.136976.html) :

Pourquoi poser une QPC ?
La QPC est posée devant une juridiction afin que le Conseil constitutionnel puisse juger si une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Seul le Conseil constitutionnel peut alors abroger la disposition législative en cause.

La QPC doit porter sur une « disposition législative ».
Il peut notamment s'agir d'une loi organique ou ordinaire ainsi que d'une ordonnance ratifiée par le Parlement. La date de l'adoption de ce texte importe peu. Par ailleurs, une disposition

législative qui a été abrogée, mais qui reste applicable au litige, peut faire l'objet d'une QPC.
Si la disposition législative fait l'objet d'une interprétation constante par la Cour de cassation ou le Conseil d'État, la QPC porte sur la portée effective que cette jurisprudence confère à la disposition législative.

La QPC permet de contester la conformité d'une disposition législative aux « droits et libertés que la Constitution garantit ».
Ces droits et libertés résultent de :
- la Constitution de 1958 elle-même (liberté individuelle ···),
- les textes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution, à savoir :
  - la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (droit de propriété, égalité devant la loi, liberté d'expression ···),
  - le Préambule de la Constitution de 1946, c'est-à-dire :
    - les droits économiques et sociaux énumérés par ce préambule (liberté syndicale, droit de grève ···),
    - les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (liberté d'association ···),
  - la Charte de l'environnement de 2004 (principe de participation ···).

Comment pose-t-on une QPC ?

À quelle occasion ?
On peut poser une QPC lorsque l'on est partie à une instance en cours devant une juridiction. La QPC est donc posée à titre incident.
La question peut être posée à tout moment de la procédure tant en première instance, qu'en appel ou en cassation. En matière criminelle, la question ne peut être posée que durant la phase d'instruction.
Les règles de représentation obéissent aux règles applicables devant la juridiction saisie de l'instance.

Devant quelles juridictions ?
Une QPC est recevable devant toutes les juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire. Une seule exception : on ne peut poser de QPC devant la cour d'assises.

Comment présenter une QPC ?
- Les conditions de forme
La QPC doit être soulevée par écrit. L'écrit doit être motivé. Il doit toujours être distinct des autres conclusions qui sont produites dans l'instance.

- Les conditions de fond
Une QPC doit démontrer que sont réunies trois conditions :

1 - L'applicabilité de la loi au litige : La disposition législative en cause doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites.

2 - L'absence de déclaration préalable de conformité : La disposition législative en cause ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, à la fois dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions.
Ce critère s'applique même dans le cas où l'on invoque un nouveau fondement d'atteinte aux droits et libertés constitutionnels. Seul un changement des circonstances peut permettre de poser une QPC sur une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution.
Pour savoir si la disposition a déjà été déclarée conforme, un tableau sur le site Internet du Conseil présente, à titre informatif, la liste de ces dispositions.

3 - Le caractère sérieux ou nouveau de la question :
Le juge de première instance ou d'appel examine si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.
Le mémoire doit motiver en quoi la disposition législative méconnait les droits et libertés que la Constitution garantit ou en quoi cette question est nouvelle.

Que se passe-t-il une fois que l'on a posé une QPC ?

Devant le juge du fond
Lorsque le juge de première instance ou le juge d'appel reçoit une QPC, il doit se prononcer sur la QPC sans délai.
Si les conditions sont réunies, il transmet la QPC au Conseil d'État ou à la Cour de cassation et, en principe, sursoit à statuer sur le fond du litige.
Si la QPC n'est pas transmise, la contestation de cette non-transmission est possible lors du recours en appel ou en cassation visant la décision rendue au fond.

Devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation

En cas de transmission, le Conseil d'État ou la Cour de cassation examine à son tour si les conditions sont réunies. La décision doit être rendue dans un délai de trois mois.
Si elles le sont, le Conseil constitutionnel est saisi de la QPC, sinon aucun recours n'est possible.

Devant le Conseil Constitutionnel
- La procédure
Le règlement sur la procédure en matière de QPC peut être consulté sur le site Internet du Conseil. Le Conseil doit rendre sa décision dans un délai de trois mois. Pendant ce délai, une phase écrite de production du mémoire et une phase orale avec une audience de plaidoirie se succèdent.
Tous les avocats, à la Cour ou aux Conseils, peuvent représenter leur client devant le Conseil constitutionnel.

- La décision

- **Soit le Conseil déclare la disposition législative conforme à la Constitution**

Cette disposition conserve sa place dans l'ordre juridique interne. La juridiction doit l'appliquer, en prenant en compte les éventuelles réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel.

- **Soit le Conseil déclare la disposition législative contraire à la Constitution**

La décision du Conseil constitutionnel a pour effet d'abroger cette disposition qui disparaitra de l'ordre juridique. La déclaration d'inconstitutionnalité bénéficie en principe à la partie qui a présenté la QPC, à toutes celles qui ont des QPC pendantes sur la même disposition ou à celles qui avaient des instances en cours mettant en jeu cette disposition.
Il appartient toutefois au Conseil constitutionnel de fixer les effets dans le temps de sa décision d'abrogation. Par exemple, le Conseil constitutionnel peut déterminer une date ultérieure à partir de laquelle l'abrogation produira ses effets, afin notamment de laisser au Parlement le temps de corriger l'inconstitutionnalité.
Il n'est pas possible de faire appel d'une décision du Conseil constitutionnel.

<u>Décision n°2010692 QPC du 28 janvier 2011 (interdiction du mariage entre les personnes du même sexe) :</u>

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;
Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
Vu le code civil ;
Vu l'arrêt n° 05-16627 de la Cour de cassation (première chambre civile) du 13 mars 2007 ;
Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;
Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 8 décembre 2010 ;
Vu les observations produites pour les requérantes par Me Emmanuel Ludot, avocat au barreau de Reims, enregistrées le 14 décembre 2010 ;
Vu les observations en interventions produites pour l'Association SOS Homophobie et l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens par Me Caroline Mécary, avocat au barreau de Paris, enregistrées le 14 décembre 2010 ;
Vu les pièces produites et jointes au dossier ;
Me Ludot pour les requérantes, Me Mécary pour les associations intervenantes et M. Thierry-Xavier Girardot, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 18 janvier 2011 ;
Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article 75 du code civil : « Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles 212, 213 (alinéas 1er et 2), 214 (alinéa 1er) et 215 (alinéa 1er) du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1.

« Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur de la République du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration hors de la maison commune.

« Mention en sera faite dans l'acte de mariage.

« L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu.

« Si les pièces produites par l'un des futurs époux ne concordent point entre elles quant aux prénoms ou quant à l'orthographe des noms, il interpellera celui qu'elles concernent, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants présents à la célébration, d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur.

« Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ » ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 144 du même code : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus » ;

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le dernier alinéa de l'article 75 du code civil et sur son article 144 ; que ces dispositions doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007 susvisé, « que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » ;

4. Considérant que, selon les requérantes, l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe et l'absence de toute faculté de dérogation judiciaire portent atteinte à l'article 66 de la Constitution et à la liberté du mariage ; que les associations intervenantes soutiennent, en outre, que sont méconnus le droit de mener une vie familiale normale et l'égalité devant la loi ;

5. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ;

6. Considérant, en premier lieu, que l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle ; que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution est inopérant ;

7. Considérant, en second lieu, que la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ;

8. Considérant, d'une part, que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; que le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivants ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe ; que, par suite, les dispositions critiquées ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale ;

9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne

s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage doit être écarté ;

11. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

DÉCIDE :

Article 1er.– Le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil sont conformes à la Constitution.

Article 2.– La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

SÉANCE 7
APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

Exercice :

- **Commentaire de l'arrêt : Civ. 1ère, 29 octobre 2014, n°13-19.729 (1ère et 2e partie de la méthode dite, « Méthode Mousseron »)**
- **Analyse des arrêts : Civ. 3e, 1er février 1984, Civ. 1ère, 9 octobre 2001, Civ. 1ère, 24 janvier 2006, CEDH Draon c. France, 6 octobre 2005, CE. 24 février 2006, n° 250704 et Civ. 1ère, 29 octobre 2014, n°13-19.729.**
- **Résoudre le cas pratique**

Civ. 3e, 1 février 1984, n°82-16.853

Sur le moyen unique : attendu selon l'arrêt confirmatif attaque (Paris 26 novembre 1981) que par acte notarié du 22 septembre 1977, la société laboratoire de l'Hépatrol a vendu a la société d'approvisionnement et de négociation immobilière (s.a.n.i.) deux appartements dans un même immeuble, loues, l'un a M. X... et l'autre aux époux Y... ;

Que cette vente n'ayant pas été notifiée aux locataires m. x... a assigne la société laboratoire de l'Hépatrol aux droits de laquelle est la société Anphar-Rolland, en annulation de la vente conclue en violation du droit de préemption institue par la loi du 31 décembre 1975 au profit des locataires et occupants de locaux d'habitation ;

Attendu que la s.a.n.i. fait grief a l'arrêt d'avoir déclare la vente inopposable en l'état a M. X..., alors selon le moyen, "que la cour d'appel qui constate que l'article 6 de la loi du 4 janvier 1980 contient des dispositions nouvelles par rapport a la loi du 31 décembre 1975 ne pouvait sans violer l'article 2 du code civil, faire rétroagir ce texte en s'appuyant sur son caractère interprétatif des lors que la loi du 4 janvier 1980 ne s'était pas expressément déclarée rétroactive" ;

Mais attendu que l'arrêt relève exactement qu'en spécifiant que l'article 6 de la loi du 4 janvier 1980 a un caractère interprétatif, le législateur a nécessairement donne un caractère rétroactif a cette disposition ;

D'ou il suit que le moyen n'est pas fonde ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi forme contre l'arrêt rendu le 26 novembre 1981 par la cour d'appel de paris ;

Civ. 1ère, 9 octobre 2001, n°00-14.564

Attendu qu'à partir du mois de juin 1974, M. Y..., médecin, a suivi la grossesse de Mme X... ; que, lors de la visite du 8e mois, le 16 décembre 1974, le praticien a suspecté une présentation par le siège et a prescrit une radiographie fœtale qui a confirmé cette suspicion ; que, le samedi 11 janvier 1975, M. Y... a été appelé au domicile de Mme X... en raison de douleurs, cette dernière entrant à la clinique A... devenue clinique Z... le lendemain dimanche 12 janvier dans l'après-midi, où une sage-femme lui a donné les premiers soins, M. Y... examinant sa patiente vers 19 heures, c'est-à-dire peu avant la rupture de la poche des eaux, la naissance survenant vers 19 heures 30 ; qu'en raison de la présentation par le siège un relèvement des bras de l'enfant, prénommé Franck, s'est produit, et, lors des manœuvres obstétricales, est survenue une dystocie de ses épaules entraînant une paralysie bilatérale du plexus brachial, dont M. Franck X... a conservé des séquelles au niveau du membre supérieur droit, son IPP après consolidation étant de 25 % ; qu'après sa majorité, ce dernier a engagé une action contre le médecin et la clinique en invoquant des griefs tirés des fautes commises lors de sa mise au monde et d'une absence d'information de sa mère quant aux risques inhérents à une présentation par le siège lorsque l'accouchement par voie basse était préféré à une césarienne ; que l'arrêt attaqué l'a débouté ;

Sur le moyen unique, pris en ses première et cinquième branches :

Vu l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que M. Y... a procédé à l'accouchement de Mme X... dans le lit de celle-ci, sur une bassine, lui-même et une sage-femme tenant chacun une jambe de la

parturiente ; qu'eu égard à ces conditions de réalisation de l'accouchement, à propos desquelles le rapport d'expertise précisait que les manœuvres réalisées sur la bassine pour traiter la dystocie " n'en ont certainement pas été facilitées ", M. Franck X... avait fait valoir dans ses conclusions qu'il existait à la clinique une " salle de travail " dotée d'une table d'accouchement et que les raisons de son absence d'utilisation pour un accouchement dangereux par le siège étaient restées inconnues ; qu'en ne répondant pas à ce moyen, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Et sur les deuxième, troisième et quatrième branches du moyen :

Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu que la cour d'appel a estimé que le grief de défaut d'information sur les risques, en cas de présentation par le siège, d'une césarienne et d'un accouchement par voie basse, ne pouvait être retenu dès lors que le médecin n'était pas en 1974 contractuellement tenu de donner des renseignements complets sur les complications afférentes aux investigations et soins proposés, et ce d'autant moins qu'en l'espèce le risque était exceptionnel ;

Attendu, cependant, qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement ; que la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels ; qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 février 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble.

Civ.1ère, 24 janvier 2006, n°02-12260

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :
Attendu que Mme Y... a donné naissance à une enfant présentant un spina-bifida avec myéloméningocèle ; que les époux Y... ont engagé contre M. X... , gynécologue obstétricien qui avait suivi la grossesse, et la société Le Sou médical, son assureur, une action en réparation de leur préjudice et du préjudice subi par l'enfant du fait de son handicap ; que l'arrêt attaqué a retenu que M. X... avait commis une faute en ne prescrivant pas d'échographie morphologique au terme de 20-24 semaines alors que cet examen aurait, avec deux chances sur trois, permis la découverte du spina-bifida et le recours de Mme Y... à une interruption thérapeutique de grossesse, débouté les époux Y... de leur demande en réparation du préjudice de l'enfant, condamné in solidum M. X... et la société Le Sou médical à indemniser les époux Y... de leur préjudice constitué par la perte d'une chance, avant-dire droit ordonné deux expertises sur la réparation de ce préjudice, condamné in solidum M. X... et la société Le Sou médical au paiement de dommages et intérêts provisionnels et débouté la CPAM du Loir-et-Cher de ses demandes contre M. X... et la société Le Sou médical ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident formé par M. X... et la société Le Sou médical invoquant l'application de l'article 1er-I de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui est préalable, après l'avertissement prévu à l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile :
Attendu qu'en l'absence de contestation que la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec Mme Y... aurait privé cette dernière de la possibilité de voir déceler l'affection de l'enfant et d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique et que les parents auraient ainsi subi un dommage correspondant à une perte de chance et donc à une fraction des différents chefs de préjudice résultant du handicap, les époux Y... pouvaient, avant l'entrée en vigueur de l'article 1er -I, demander la réparation des

charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, causées par la faute retenue ;

Attendu que l'article 1er -I de ladite loi, déclaré applicable aux instances en cours, énonce que "nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance, que lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice, que ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap et que la compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale" ;

Attendu, toutefois, que si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1er I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale quand les époux Y... pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur préjudice inclurait les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, du handicap ;

D'où il suit, ladite loi n'étant pas applicable au présent litige, que le moyen est inopérant ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi formé par la CPAM du Loir-et-Cher :

Vu les articles 1147 du Code civil et L. 376-1 du Code de la sécurité sociale ;

Attendu que pour débouter la CPAM de sa demande, l'arrêt attaqué relève que les dispositions de l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale ouvrant au bénéfice de la Caisse un recours contre le tiers auquel peut être imputé l'accident à l'origine de ses prestations, étaient manifestement inapplicables aux faits de la cause, l'état de l'enfant et celui de sa mère, n'étant pas la conséquence d'un pareil événement ;

Attendu, cependant, que dès lors que la cour d'appel a retenu que les parents avaient subi une perte de chance résultant de la faute commise par M. X... , les tiers payeurs pouvaient, au titre des prestations versées en relation directe avec le fait dommageable, exercer leur recours sur les sommes allouées en réparation de cette perte de chance, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté la CPAM du Loir-et-Cher de ses demandes, l'arrêt rendu le 22 octobre 2001, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans, autrement composée ;

Laisse à chaque partie la charge de ses propres dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de la Caisse primaire d'assurance maladie de Loir-et-Cher ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre janvier deux mille six.

CEDH Draon c. France, 6 octobre 2005

[…]

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

12. Les requérants sont nés respectivement en 1961 et 1962 et résident à Rosny-sous-Bois.

13. Au printemps 1996, la requérante débuta sa première grossesse. La seconde échographie, pratiquée au cinquième mois de grossesse, permit de déceler une anomalie dans le développement du fœtus.

14. Le 20 août 1996, une amniocentèse fut pratiquée à l'hôpital Saint-Antoine, dépendant de l'Assistance Publique - Hôpitaux de Paris (AP-HP). Le liquide prélevé fut confié pour analyse au laboratoire de cytogénétique de l'établissement (service du professeur T.), avec demande de caryotype et enzyme digestive. En septembre 1996, T. informa les requérants que les résultats de l'amniocentèse montraient « une formule chromosomique fœtale masculine sans anomalie décelée ».

15. R. naquit le 10 décembre 1996. Très rapidement, des anomalies multiples furent constatées, notamment un défaut d'évolution psychomotrice. Les examens pratiqués permirent de conclure à une cardiopathie congénitale due à une « anomalie chromosomique ».

16. Alerté, T. reconnut l'erreur de diagnostic commise par son service, l'anomalie étant déjà à l'époque de l'amniocentèse, tout à fait décelable. Il précisa : « concernant l'enfant Draon R. (...) nous sommes au regret de dire qu'il existait effectivement une asymétrie entre les deux chromosomes 11 du fœtus, anomalie ou particularité qui a échappé à notre attention ».

17. Selon les rapports médicaux, R. présente des malformations cérébrales causant des troubles graves, une infirmité majeure et une invalidité totale et définitive, ainsi qu'une cassure de la croissance pondérale. Cela implique la nécessité d'organiser une vie matérielle pour son entretien, sa surveillance et son éducation, incluant des soins spécialisés et non spécialisés permanents.

18. Le 10 décembre 1998, les requérants adressèrent à l'AP-HP une réclamation tendant à l'indemnisation des préjudices subis du fait du handicap de R.

19. Par lettre du 8 février 1999, l'AP-HP répondit qu'elle « n'entend[ait] pas contester sa responsabilité dans cette affaire », mais invita les requérants à « saisir d'un recours le tribunal administratif de Paris, qui dans sa sagesse, procédera à l'évaluation des préjudices indemnisables ».

20. Le 29 mars 1999, les requérants saisirent le tribunal administratif de Paris d'une requête introductive d'instance au fond dirigée contre l'AP-HP et demandant l'évaluation des préjudices subis.

21. Parallèlement, les requérants saisirent le juge des référés du même tribunal d'une demande tendant à la désignation d'un expert et à l'allocation d'une provision.

22. Par une ordonnance rendue le 10 mai 1999, le juge des référés du tribunal administratif de Paris alloua aux requérants une première provision de 250 000 francs français (FRF) (38 112,25 euros (EUR)) et désigna un expert. Il releva notamment que :

> « [l'AP-HP] ne conteste pas que l'absence de diagnostic de l'anomalie chromosomique dont est atteint le jeune R. engage sa responsabilité ; (...) eu égard au préjudice moral, aux troubles dans les conditions d'existence et aux charges particulières qui résultent pour les époux Draon de l'infirmité de leur enfant, l'obligation de l'AP-HP envers les intéressés peut être regardée, en l'état de l'instruction, comme non sérieusement contestable pour un montant de 250 000 francs ».

23. L'expert déposa son rapport le 16 juillet 1999 et confirma la gravité de l'état de santé de R.

24. Le 14 décembre 1999, les requérants, par un mémoire complémentaire au fond, demandèrent au tribunal administratif d'évaluer le *quantum* de l'indemnisation devant être mise à la charge de l'AP-HP.

25. Le mémoire en réponse de l'AP-HP fut enregistré le 19 juillet 2000. Les requérants versèrent ensuite aux débats un mémoire en réplique ainsi que de nouvelles pièces concernant les aménagements domotiques et les appareillages rendus nécessaires par l'état de santé de R.

26. Par ailleurs, ils saisirent le juge des référés d'une nouvelle requête aux fins d'allocation d'une provision. Par une ordonnance rendue le 11 août 2001, le juge des référés du tribunal administratif de Paris alloua aux requérants une provision complémentaire de 750 000 FRF (114 336,76 EUR) « compte tenu de la gravité des troubles dont demeure atteint le jeune R. et des coûts élevés occasionnés par son éducation et son entretien depuis 1996 ».

27. Après plusieurs relances verbales et écrites de la part des requérants, le tribunal administratif de Paris les informa de l'inscription de l'affaire à l'audience du 19 mars 2002.

28. Le 5 mars 2002, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 fut publiée au Journal officiel de la République française. L'article 1er de cette loi, applicable aux instances en cours, intervint dans le cadre de celle des requérants.

29. Par lettre du 15 mars 2002, le tribunal administratif de Paris informa les requérants du report de l'audience à une date ultérieure et leur indiqua que la décision était susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, tiré de l'incidence sur la requête de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002.

30. Par un jugement rendu le 3 septembre 2002, le tribunal administratif de Paris, faisant suite à une observation formulée par le commissaire du gouvernement, sursit à statuer et saisit le Conseil d'Etat d'une demande d'avis portant sur l'interprétation des dispositions de la loi du 4 mars 2002 et leur compatibilité avec les conventions internationales.

31. Le 6 décembre 2002, le Conseil d'Etat rendit un avis contentieux dont le texte figure ci-dessous (voir paragraphe 51).

32. Se fondant sur cet avis, le 2 septembre 2003, le tribunal administratif de Paris statua sur le fond de l'affaire. Il releva d'abord :

> « Sur la responsabilité :
>
> (...) considérant que les dispositions de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 en l'absence de dispositions dans la loi prévoyant une entrée en vigueur différée sont applicables dans les conditions du droit commun à la suite de la publication de la loi au Journal officiel de la République française ; que le régime qu'elle définit décidé par le législateur pour des motifs d'intérêt général, tenant à des raisons d'ordre éthique, à la bonne organisation du système de santé et au traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées, n'est incompatible ni avec les stipulations de l'article 6 de la Convention (...) ni avec celles des articles 5, 8, 13 et 14 de cette Convention, ni avec celles de l'article 1er du premier Protocole additionnel à [la] Convention (...) ; qu'enfin les motifs d'intérêt général que le législateur a pris en compte pour édicter les règles des trois premiers alinéas du I justifient leur application aux situations apparues antérieurement aux instances en cours ; qu'il suit de là que lesdites dispositions sont applicables à la présente instance introduite le 29 mars 1999 ;
>
> Considérant que le juge administratif n'est pas juge de la constitutionnalité des lois ; que, par suite, les conclusions par lesquelles [les requérants] demandent au tribunal de vérifier la constitutionnalité de la loi du 4 mars 2002 précitée doivent être rejetées ;
>
> Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'il a été proposé à M. et Mme Draon, à cinq mois de grossesse de celle-ci, un caryotype du fœtus après amniocentèse avec interruption volontaire de grossesse en cas d'anomalie chromosomique décelable, en raison d'un défaut manifeste de croissance constaté lors d'une échographie ; que M. et Mme Draon décident alors de réaliser ce caryotype à l'hôpital Saint-Antoine qui les informera le 13 septembre 1996 qu'aucune anomalie de la formule chromosomique fœtale masculine n'a été décelée ; que toutefois, rapidement après la naissance survenue le 10 décembre 1996, une I.R.M. révèle une malformation cérébrale grave due à une anomalie cariotypique ;
>
> Considérant, qu'il ressort du rapport de l'expert nommé par le tribunal que cette anomalie était tout à fait décelable ; que, par suite, l'AP-HP a commis une faute caractérisée ayant privé M. et Mme Draon de la possibilité de recourir à une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, ouvrant droit à réparation en application de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 ».

33. Le tribunal procéda ensuite en ces termes à l'évaluation du préjudice subi par les requérants :

> « (...) en premier lieu, (...) les sommes demandées au titre des soins non spécialisés et des frais spécifiques non pris en charge par la sécurité sociale ainsi que les frais de construction d'une maison adaptée aux besoins de l'enfant avec un certain nombre d'aménagements domotiques et d'achat d'un véhicule spécialement adapté sont relatives à des charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant de son handicap et ne peuvent, par suite, engager la responsabilité de [l'AP-HP] ;
>
> (...) en second lieu, (...) M. et Mme Draon subissent un préjudice moral et des troubles dans les conditions d'existence notamment professionnels, très importants eu égard à la modification profonde et durable de leur vie du fait de la naissance d'un enfant gravement handicapé ; (...) ces deux chefs de préjudice doivent être évalués dans les circonstances de l'espèce à la somme de 180 000 euros ;
>
> (...) enfin (...), si M. et Mme Draon soutiennent qu'ils ne peuvent plus se rendre en vacances dans un bien acheté en Espagne, ils ne sont pas privés du droit d'user de ce bien ; (...) par suite, il y a lieu de rejeter leur demande tendant à être indemnisé de la perte de jouissance d'un bien immobilier ; (...) ».

34. Le tribunal conclut en condamnant l'AP-HP à payer aux requérants la somme de 180 000 EUR sous déduction des provisions versées, ladite somme étant assortie des intérêts au taux légal à compter de la réception de la demande préalable le 14 décembre 1998, avec capitalisation des intérêts échus à la date du 14 décembre 1999 puis à chaque échéance

annuelle à compter de cette date. L'AP-HP fut également condamnée à payer aux requérants la somme de 3 000 EUR au titre des frais non compris dans les dépens, et à prendre en charge les frais de l'expertise ordonnée par le président du tribunal.

35. Le 3 septembre 2003, les requérants ont interjeté appel de ce jugement. L'appel est actuellement pendant devant la cour administrative d'appel de Paris.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

[…]

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1er DU PROTOCOLE No 1 À LA CONVENTION

59. Les requérants dénoncent l'article 1er de la loi no 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (paragraphe 49 ci-dessus). Cette disposition aurait porté atteinte à leur droit au respect de leurs biens et violerait l'article 1er du Protocole no 1 à la Convention, ainsi libellé :

> « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.
>
> Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

A. Thèses des parties

1. Les requérants

60. Les requérants rappellent qu'avant l'intervention de la loi du 4 mars 2002, ils avaient introduit une demande en justice afin d'obtenir réparation intégrale des préjudices subis, et en particulier du dommage résultant des charges particulières découlant du handicap de leur enfant, tout au long de sa vie. Selon eux, les conditions d'engagement de la responsabilité de l'AP-HP sur le fondement de la jurisprudence *Quarez* précitée (voir paragraphes 38 à 42 ci-dessus) étant réunies, ils auraient dû obtenir intégralement gain de cause. Ils disposaient donc d'un bien au sens de l'article 1er du Protocole no 1 à la Convention, à savoir une créance d'indemnité envers l'AP-HP, qu'ils auraient eu l'espérance légitime de voir se concrétiser (voir *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, arrêt du 20 novembre 1995, série A no 332). Or, de par son application aux instances en cours, dont la leur, la loi litigieuse a eu pour effet de les priver de leur créance. L'intervention de cette loi constitue donc une « ingérence » dans le droit au respect des biens des requérants, comme le reconnaît d'ailleurs le Gouvernement.

Quant à la légitimité de cette ingérence, les requérants soutiennent que celle-ci ne ménagerait pas un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général (compte tenu notamment des motifs d'adoption de la loi, qui ne sauraient en justifier la rétroactivité) et la protection de leurs droits fondamentaux, puisque la loi a eu pour effet de les priver, sans compensation effective, de leur créance.

Ils soulignent également l'impact énorme et disproportionné des conséquences de l'application immédiate de la loi aux instances en cours, compte tenu notamment du renvoi par cette nouvelle loi au dispositif de prise en charge des personnes handicapées par la solidarité nationale, qu'ils estiment insuffisant, vague et imprécis. A cet égard, la récente loi du 11 février 2005 (paragraphes 53 à 58 ci-dessus), si elle instaure une nouvelle prestation de compensation du handicap, ne saurait, de par ses modalités, faire disparaître la disproportion et laisse subsister une charge exorbitante pour les requérants.

2. Le Gouvernement

61. Se référant à son tour à la jurisprudence de la Cour (*Pressos Compania Naviera S.A. et autres*, précité), le Gouvernement soutient qu'il n'est pas possible d'établir de façon générale que, avant l'intervention de la loi du 4 mars 2002 et au vu de la jurisprudence alors en vigueur, les parents d'enfants nés handicapés à la suite d'une erreur médicale avaient une certitude d'être automatiquement indemnisés. Ils n'auraient donc pas eu systématiquement une « espérance légitime » à voir une créance satisfaite, qui aurait été déçue par l'adoption de la loi.

Toutefois, le Gouvernement admet qu'il en va différemment dans la présente espèce, dans la mesure où l'AP-HP avait explicitement et sans réserve reconnu sa responsabilité à l'égard des requérants. Au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, il n'existait donc aucun doute sur le principe de l'indemnisation laquelle, conformément à une jurisprudence constante établie depuis l'arrêt *Quarez* précité, couvrait les charges particulières qui découlent pour les parents de l'infirmité de leur enfant. Les requérants, avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, pouvaient donc légitimement espérer être indemnisés à raison de ces « charges particulières », chef de préjudice écarté par la nouvelle

législation. Le Gouvernement reconnaît donc qu'il y a eu ingérence dans le droit au respect d'un « bien ».

62. En ce qui concerne en revanche la légitimité d'une telle ingérence, le Gouvernement expose que la dépossession partielle subie ne saurait être déclarée contraire à l'article 1er du Protocole nº 1 à la Convention, en raison notamment du but de la loi du 4 mars 2002. Celle-ci aurait eu essentiellement pour objet de préciser un régime de responsabilité médicale qui soulevait des difficultés juridiques et éthiques et qui avait été fixé, le Gouvernement a insisté sur ce point lors de l'audience, par une jurisprudence récente (l'arrêt *Quarez* ne datant que de 1997, alors que l'enfant des requérants est né en 1996). La nouvelle loi, sans être réellement rétroactive, se bornerait, après avoir modifié l'état du droit, à le rendre immédiatement applicable aux instances en cours, selon un principe couramment appliqué.

Se référant à l'avis contentieux rendu par le Conseil d'Etat le 6 décembre 2002, le Gouvernement évoque ensuite, toujours afin de démontrer la légitimité de l'ingérence, les motifs d'intérêt général qui auraient justifié l'adoption de la loi contestée et son applicabilité aux instances en cours.

Des motifs d'ordre éthique, tout d'abord, reflétés essentiellement par l'alinéa I de l'article 1er de la loi. En effet, compte tenu des réactions suscitées par la jurisprudence *Perruche* précitée (voir paragraphes 43 à 46 ci-dessus), le législateur serait intervenu pour donner une solution cohérente à un débat national mettant en cause des questions éthiques prééminentes liées notamment à la dignité de la personne et au statut de l'enfant à naître. Il s'agissait surtout d'exclure la reconnaissance d'un droit de l'enfant à se plaindre d'avoir été mis au monde avec un handicap congénital, ce qui relève d'un choix fondamental de société. Dès lors, l'on ne pouvait établir une différence de traitement pour les procédures en cours selon la date d'introduction du litige, avant ou après la promulgation de la loi.

Des motifs d'équité, ensuite. La loi litigieuse obéirait à des motifs tenant à la nécessité d'assurer le traitement équitable des personnes handicapées dans leur ensemble, quelle que soit la gravité et la cause de leur handicap. Une telle intervention aurait été d'autant plus nécessaire que, suite aux jurisprudences *Quarez* et *Perruche,* le régime d'indemnisation de ces personnes n'était pas satisfaisant. Ce souci d'un traitement équitable aurait motivé l'application immédiate de la loi, pour qu'aucune distinction ne soit faite entre les personnes handicapées en fonction de la date de dépôt de leurs recours, avant ou après la promulgation de la loi. Toujours sur le plan de l'équité, il s'agissait de cesser de faire porter sur le professionnel ou l'établissement de santé l'indemnisation du handicap non décelé pendant la grossesse, ce qui fut ressenti comme une profonde injustice par les médecins obstétriciens et praticiens d'échographies prénatales.

Enfin et surtout, le législateur serait intervenu pour des motifs tenant à la bonne organisation du système de santé, menacée par le mécontentement exprimé par les professionnels de santé suite à la jurisprudence *Perruche* précitée. Confronté à des grèves, démissions et refus de pratiquer des échographies prénatales, le législateur aurait agi pour préserver des filières médicales suffisantes dans les domaines de l'obstétrique et de l'échographie et assurer le suivi médical dans de bonnes conditions des femmes enceintes et des enfants à naître.

63. Le Gouvernement soutient ensuite qu'il existe un juste équilibre entre l'objectif poursuivi par le législateur et les moyens qu'il a employés. Il expose à cet égard que ni les parents d'enfants handicapés, ni ces derniers, n'ont été privés de toute prise en charge et que la loi maintient un régime de responsabilité pour faute des professionnels de santé. Il ajoute que le législateur a dû faire prévaloir la nécessité de préserver le système de santé sur l'espoir d'indemnisation complémentaire de quelques parents. Compte tenu des grèves de nombreux praticiens, l'application immédiate de la nouvelle loi aurait été nécessaire pour limiter la fuite des praticiens privés du secteur des diagnostics prénataux. Par ailleurs, le Gouvernement souligne que les requérants ont obtenu en première instance, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi en cause, des indemnités qui, si elles n'ont pas été à la hauteur de leurs espoirs, étaient loin d'être symboliques, puisqu'elles s'élevaient à 180 000 EUR. Ce montant serait équivalent à celui de l'indemnisation versée dans l'affaire *Quarez* précitée. Ainsi, si les requérants n'ont pas obtenu l'indemnisation de tous les chefs de préjudice allégués, ils auraient obtenu une indemnisation d'un montant important.

64. Par ailleurs, selon le Gouvernement, l'on ne saurait négliger l'importance du recours à la solidarité nationale. Celle-ci prévoyait un dispositif avant la loi litigieuse, qui a été complété par les mesures prévues par la récente loi du 11 février 2005. Ainsi, du fait de l'application de la loi du 4 mars 2002, les personnes handicapées et leurs familles ne subiraient pas de conséquences excessives : elles ne seraient pas privées de soutien financier, mais celui-ci serait pris en charge non plus seulement par les professionnels de santé, mais aussi par l'Etat.

B. Appréciation de la Cour

1. Sur l'existence d'un « bien » et d'une ingérence dans le droit au respect de ce « bien »

65. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, un requérant ne peut alléguer une violation de l'article 1er du Protocole nº 1 à la Convention que dans la mesure où les décisions qu'il incrimine se rapportent

à ses « biens » au sens de cette disposition. La notion de « biens » peut recouvrir tant des « biens actuels » que des valeurs patrimoniales, y compris, dans certaines situations bien définies, des créances. Pour qu'une créance puisse être considérée comme une « valeur patrimoniale » tombant sous le coup de l'article 1 du Protocole n°1, il faut que le titulaire de la créance démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux. Dès lors que cela est acquis, peut entrer en jeu la notion d'« espérance légitime ».

66. Quant à la notion d'« espérance légitime », un aspect en a été illustré dans l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A. et autres* précitée. Celle-ci concernait des créances en réparation résultant d'accidents de navigation censés avoir été causés par la négligence de pilotes belges. En vertu du droit belge de la responsabilité, les créances prenaient naissance dès la survenance du dommage. La Cour qualifia ces créances de « valeurs patrimoniales » appelant la protection de l'article 1er du Protocole n° 1. Elle releva ensuite que, compte tenu d'une série de décisions de la Cour de cassation, les requérants pouvaient prétendre avoir une « espérance légitime » de voir concrétiser leurs créances quant aux accidents en cause conformément au droit commun de la responsabilité.

67. La Cour ne déclara pas explicitement dans l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A. et autres* que l'« espérance légitime » était un élément ou un corollaire du droit de propriété revendiqué. Il résultait toutefois implicitement de l'arrêt que pareille espérance ne pouvait entrer en jeu en l'absence d'une « valeur patrimoniale » relevant du domaine de l'article 1er du Protocole n° 1, dans le cas d'espèce une créance en réparation. L'« espérance légitime » identifiée dans l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A. et autres* n'était pas en elle-même constitutive d'un intérêt patrimonial ; elle se rapportait à la manière dont la créance qualifiée de « valeur patrimoniale » serait traitée en droit interne, et spécialement à la présomption selon laquelle la jurisprudence constante des juridictions nationales continuerait de s'appliquer à l'égard des dommages déjà causés.

68. Dans toute une série d'affaires, la Cour a jugé que les requérants n'avaient pas d'« espérance légitime » lorsqu'on ne pouvait considérer qu'ils possédaient de manière suffisamment établie une créance immédiatement exigible. (...) La jurisprudence de la Cour n'envisage pas l'existence d'une « contestation réelle » ou d'une « prétention défendable » comme un critère permettant de juger de l'existence d'une « espérance légitime » protégée par l'article 1er du Protocole n° 1. (...) La Cour estime que lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une « valeur patrimoniale » que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux (voir *Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, §§ 35 et 48 à 52, CEDH 2004-IX).

69. Par ailleurs, l'article 1er du Protocole n° 1 à la Convention, qui garantit en substance le droit de propriété, contient trois normes distinctes : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la subordonne à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats contractants le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. La deuxième et la troisième, qui ont trait à des exemples particuliers d'atteinte au droit de propriété, doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (voir, parmi d'autres, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres*, précité, § 33).

70. En l'espèce, il n'est pas contesté qu'il y a eu ingérence dans le droit au respect d'un « bien », au sens de l'article 1er du Protocole n° 1 à la Convention. Les parties reconnaissent en effet, eu égard au régime de responsabilité interne pertinent lors de l'intervention de la loi litigieuse, et notamment à une jurisprudence constante des tribunaux administratifs établie depuis l'arrêt *Quarez* précité, que, d'une part, les requérants avaient subi un préjudice causé directement par une faute de l'AP-HP, et que, d'autre part, ils détenaient une créance en vertu de laquelle ils pouvaient légitimement espérer pouvoir obtenir réparation de leur préjudice, y compris les charges particulières découlant du handicap de leur enfant.

71. La loi du 4 mars 2002, entrée en vigueur le 7 mars 2002, a privé les requérants de la possibilité d'être indemnisés à raison de ces « charges particulières » en application de la jurisprudence *Quarez* du 14 février 1997, alors que, dès le 29 mars 1999, ils avaient saisi le tribunal administratif de Paris d'une requête au fond et que par deux ordonnances de référé, rendues le 10 mai 1999 et le 11 août 2001, les juridictions internes leur avaient accordé une provision d'un montant substantiel, compte tenu du caractère non sérieusement contestable de l'obligation de l'AP-HP à leur égard. La loi litigieuse a donc entraîné une ingérence dans l'exercice des droits de créance en réparation qu'on pouvait faire valoir en vertu du droit interne en vigueur jusqu'alors et, partant, du droit des requérants au respect de leurs biens.

72. La Cour relève que, en l'espèce, dans la mesure où la loi contestée concerne les instances engagées avant le 7 mars 2002 et pendantes à cette date, telles que celle des requérants, cette ingérence s'analyse en une privation de propriété au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1er du

Protocole n° 1 à la Convention. Il lui faut donc rechercher si l'ingérence dénoncée se justifie sous l'angle de cette disposition.

2. Sur la justification de l'ingérence

a) « Prévue par la loi »

73. Il n'est pas contesté que l'ingérence litigieuse ait été « prévue par la loi », comme le veut l'article 1er du Protocole n° 1 à la Convention.

74. En revanche, les avis des comparants divergent sur la légitimité de cette ingérence. Dès lors, la Cour doit rechercher si celle-ci poursuivait un but légitime, à savoir s'il existait une « cause d'utilité publique », et si elle a eu lieu dans le respect du principe de proportionnalité, au sens de la seconde règle énoncée par l'article 1er du Protocole n° 1 à la Convention.

b) « Pour cause d'utilité publique »

75. La Cour estime que, grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est « d'utilité publique ». Dans le mécanisme de protection créé par la Convention, il leur appartient par conséquent de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général justifiant des privations de propriété. Dès lors, elles jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines auxquels s'étendent les garanties de la Convention.

76. De plus, la notion d'« utilité publique » est ample par nature. En particulier, la décision d'adopter des lois portant privation de propriété implique d'ordinaire l'examen de questions politiques, économiques et sociales. Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'« utilité publique », sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable (*Pressos Compania Naviera S.A. et autres*, précité, § 37, *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 149, CEDH 2004-V).

77. En l'espèce, le Gouvernement affirme que l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 procède de motifs d'intérêt général relevant de trois domaines : l'éthique, et notamment la nécessité de se prononcer sur un choix fondamental de société, l'équité et la bonne organisation du système de santé (paragraphe 62 ci-dessus). A cet égard, la Cour n'a pas de raisons de douter que la volonté du législateur français de mettre un terme à une jurisprudence qu'il désapprouvait et de modifier l'état du droit en matière de responsabilité médicale, même en rendant les nouvelles règles applicables aux situations en cours, servait une « cause d'utilité publique ». Une autre question est celle de savoir si ce but d'intérêt public pesait d'un poids suffisant dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence.

c) Proportionnalité de l'ingérence

78. Une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (voir, parmi d'autres, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, série A n° 52, p. 26, § 69). Le souci d'assurer un tel équilibre se reflète dans la structure de l'article 1er du Protocole n° 1 tout entier, donc aussi dans la seconde phrase qui doit se lire à la lumière du principe consacré par la première. En particulier, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété (*Pressos Compania Naviera S.A. et autres*, précité, § 38).

79. Afin de déterminer si la mesure litigieuse respecte le juste équilibre voulu et, notamment, si elle ne fait pas peser sur les requérants une charge disproportionnée, il y a lieu de prendre en considération les modalités d'indemnisation prévues par la législation interne. A cet égard, la Cour a déjà dit que, sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive, et un manque total d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1er du Protocole n° 1 que dans des circonstances exceptionnelles (voir *Les saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, série A n° 301-A, p. 35, § 71, *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce* [GC], n° 25701/94, § 89, CEDH 2000-XII, et *Jahn et autres c. Allemagne* [GC], nos 46720/99, 72203/01 et 72552/01, § 94, CEDH 2005-...).

80. La Cour rappelle que le Conseil d'Etat avait reconnu, par son arrêt *Quarez* du 14 février 1997, que l'Etat et les personnes de droit public telles que l'AP-HP, établissement public de santé assurant le service public hospitalier, étaient soumis au droit commun de la responsabilité pour faute. Elle note que cette jurisprudence, si elle était relativement récente, était stable et constamment appliquée par les juridictions administratives. La jurisprudence *Quarez* étant antérieure à la découverte du handicap de R. et surtout à la saisine des juridictions nationales par les requérants, ces derniers pouvaient légitimement espérer en bénéficier.

81. En annulant les effets de cette jurisprudence, outre ceux de l'arrêt *Perruche* de la Cour de cassation, pour les instances en cours, la loi litigieuse a appliqué un régime nouveau de responsabilité à des faits dommageables antérieurs à son entrée en vigueur et

ayant donné lieu à des instances toujours pendantes à cette date, produisant ainsi un effet rétroactif. Sans doute, l'applicabilité aux instances en cours ne saurait-elle en soi constituer une rupture du juste équilibre voulu, le législateur n'étant pas, en principe, empêché d'intervenir, en matière civile, pour modifier l'état du droit par une loi immédiatement applicable (voir, *mutatis mutandis*, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France* [GC], nos 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, § 57, CEDH 1999-VII).

82. Mais, en l'espèce, l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 a purement et simplement supprimé, avec effet rétroactif, une partie essentielle des créances en réparation, de montants très élevés, que les parents d'enfants dont le handicap n'avait pas été décelé avant la naissance en raison d'une faute, tels que les requérants, auraient pu faire valoir contre l'établissement hospitalier responsable. Le législateur français a ainsi privé les requérants d'une « valeur patrimoniale » préexistante et faisant partie de leurs « biens », à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement espérer voir déterminer le montant conformément à la jurisprudence fixée par les plus hautes juridictions nationales.

83. La Cour ne saurait suivre l'argumentation du Gouvernement selon laquelle le principe de proportionnalité aurait été respecté, une indemnisation adéquate, et donc une contrepartie satisfaisante, ayant été prévue en faveur des requérants. En effet, elle ne considère pas que ce que les requérants ont pu percevoir en application de la loi du 4 mars 2002, seule forme de compensation des charges particulières découlant du handicap de leur enfant, pouvait ou puisse constituer le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur de la créance perdue. Certes, les requérants bénéficient de prestations prévues par le dispositif en vigueur, mais leur montant est nettement inférieur à celui résultant du régime de responsabilité antérieur et il est clairement insuffisant, comme l'admettent le Gouvernement et le législateur eux-mêmes, puisque ces prestations ont été complétées récemment par de nouvelles dispositions prévues à cet effet par la loi du 11 février 2005. En outre les montants qui seront versés aux requérants en vertu de ce texte, tout comme la date d'entrée en vigueur de celui-ci pour les enfants handicapés, ne sont pas définitivement fixés (paragraphes 56 à 58 ci-dessus). Cette situation laisse peser encore aujourd'hui une grande incertitude sur les requérants et, en tout état de cause, ne leur permet pas d'être indemnisés suffisamment du préjudice déjà subi depuis la naissance de leur enfant.

Ainsi tant le caractère très limité de la compensation actuelle au titre de la solidarité nationale que l'incertitude régnant sur celle qui pourra résulter de l'application de la loi de 2005 ne peuvent faire regarder cet important chef de préjudice comme indemnisé de façon raisonnablement proportionnée depuis l'intervention de la loi du 4 mars 2002.

84. Quant à l'indemnisation accordée, à ce jour, par le tribunal administratif de Paris aux requérants, la Cour constate qu'elle relève du préjudice moral et des troubles dans les conditions d'existence, et non des charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie. A cet égard, force est de constater que le montant de l'indemnisation accordée par ledit tribunal est très inférieur aux expectatives légitimes des requérants, et que, en tout état de cause, il ne saurait être considéré comme définitif, puisqu'il a été fixé par un jugement de première instance dont il a été interjeté appel, la procédure étant actuellement pendante. L'indemnisation ainsi octroyée aux requérants ne saurait donc compenser les créances perdues.

85. Enfin, la Cour estime que les considérations liées à l'éthique, à l'équité et à la bonne organisation du système de santé mentionnées par le Conseil d'Etat dans son avis contentieux du 6 décembre 2002 et invoquées par le Gouvernement, ne pouvaient pas, en l'espèce, légitimer une rétroactivité dont l'effet a été de priver les requérants, sans indemnisation adéquate, d'une partie substantielle de leurs créances en réparation, leur faisant ainsi supporter une charge spéciale et exorbitante.

Une atteinte aussi radicale aux droits des intéressés a rompu le juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens.

86. L'article 1er de la loi du 4 mars 2002 a donc violé, dans la mesure où il concerne les instances qui étaient en cours le 7 mars 2002, date de son entrée en vigueur, l'article 1er du Protocole no 1 à la Convention.

[…]

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 1er du Protocole no 1 à la Convention ;

[…]

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 6 octobre 2005.

<u>CE. 24 février 2006, n° 250704</u>

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 1er octobre 2002 et 3

février 2003 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour Mme Catherine X et M. Jacques X, agissant en leur nom propre et au nom de leurs enfants mineurs, demeurant ... ; M. et Mme X demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 28 juin 2002 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté leur requête tendant : 1) à l'annulation du jugement du 3 février 1999 par lequel le tribunal administratif de Rennes a rejeté la demande des intéressés tendant à la condamnation du centre hospitalier universitaire de Brest à réparer les conséquences dommageables des fautes commises à l'occasion de l'examen d'amniocentèse subi par Mme X dans cet établissement ; 2) au paiement d'une somme de 300 000 F à titre de provision à raison du préjudice consécutif aux conséquences dommageables résultant du handicap dont s'est trouvée porteuse leur fille Eva ; 3) à la condamnation du centre hospitalier au paiement d'une somme de 320 000 F en réparation de leur préjudice moral ; 4) au paiement d'une somme de 25 000 F sur le fondement des dispositions de l'

2°) statuant au fond, de condamner le centre hospitalier à réparer le préjudice résultant des charges particulières découlant du handicap de leur fille Eva ainsi que leur préjudice moral ; 3°) de condamner le centre hospitalier à leur verser une somme de 4 000 euros au titre de l'

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Marc Sanson, Conseiller d'Etat,

- les observations de Me Blondel, avocat de Mme X et de M. X et de Me Le Prado, avocat du centre hospitalier universitaire de Brest,

- les conclusions de M. Terry Olson, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé aujourd'hui codifié à l'article L. 1145 du code de l'action sociale et des familles : « I. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée visàvis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale » ; qu'en vertu du même article, ces dispositions, entrées en vigueur dans les conditions du droit commun à la suite de la publication de la loi au Journal officiel de la République française du 5 mars 2002, « sont applicables aux instances en cours à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation » ; que la cour administrative d'appel de Nantes, statuant le 28 juin 2002 sur la requête dont elle avait été saisie par M. et Mme X tendant à l'annulation du jugement du 3 février 1999 par lequel le tribunal administratif de Rennes a rejeté leur demande tendant à la condamnation du Centre hospitalier Universitaire de Brest à réparer les conséquences dommageables résultant du handicap, non décelé pendant la grossesse de Mme X, dont s'est trouvée porteuse à sa naissance le 23 septembre 1992 leur fille Eva, n'a pas fait application au litige dont elle était saisie des dispositions de l'article 1erI de la loi du 4 mars 2002 ; que la cour, faute de s'être expliquée sur les motifs l'ayant conduit à écarter l'application des dispositions de l'article 1erI de la loi du 4 mars 2002 à une instance en cours, n'a pas légalement motivé son arrêt ; que celui ci doit par suite être annulé ;

Considérant qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 8212 du code de justice administrative et de régler l'affaire au fond ;

Sur l'application des dispositions de l'article 1erI de la loi du 4 mars 2002 :

Considérant qu'aux termes de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précitées ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général » ;

Considérant que les parents d'un enfant né avec un handicap non décelé au cours de la grossesse pouvaient, avant l'entrée en vigueur de l'article 1erI de la loi du 4 mars 2002, obtenir de la personne publique responsable de la faute réparation du préjudice correspondant aux charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, du handicap de ce dernier ;

Considérant que, si selon l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que l'article 1erI de la loi du 4 mars 2002, en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie, en subordonnant l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la faute à une faute caractérisée et en instituant un mécanisme de compensation forfaitaire des charges découlant du handicap ne répondant pas à l'obligation de réparation intégrale, a porté une atteinte disproportionnée aux créances en réparation que les parents d'un enfant né porteur d'un handicap non décelé avant sa naissance par suite d'une faute pouvaient légitimement espérer détenir sur la personne responsable avant l'entrée en vigueur de cette loi ; que dès lors les dispositions de l'article 1erI de la loi du 4 mars 2002, en ce qu'elles s'appliquent aux instances en cours sous la seule réserve qu'elles n'aient pas donné lieu à une décision statuant irrévocablement sur le principe de l'indemnisation, sont incompatibles avec l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'il suit de là que les règles édictées par la loi nouvelle restrictives du droit de créance dont se prévalaient M. et Mme X ne pouvaient recevoir application à l'instance engagée par eux pour obtenir réparation des conséquences dommageables résultant de la naissance le 23 septembre 1992 de leur fille Eva porteuse d'un handicap non décelé par le centre hospitalier universitaire de Brest pendant la grossesse de Mme X ;

Sur la responsabilité du centre hospitalier universitaire de Brest :

[Non reproduit]

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes du 28 juin 2002 est annulé.

Article 2 : La requête d'appel présentée par M. et Mme X devant la cour administrative d'appel de Nantes et le surplus des conclusions de leur requête devant le Conseil d'Etat sont rejetés.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à Mme Catherine X, à M. Jacques X, au centre hospitalier universitaire de Brest, à la caisse primaire d'assurance maladie du Finistère Sud et au ministre de la santé et des solidarités.

Civ. 1ère, 29 octobre 2014, n°13-19.729

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à la suite de l'interdiction qui lui a été faite de poursuivre l'exposition de cadavres humains « Our Body / A corps ouvert » organisée à Paris à partir du 12 février 2009, la société Encore Events a assigné les sociétés Groupe Pont Neuf, Areas, Cameic et Liberty Syndicate, ses assureurs, en garantie ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Encore Events fait grief à l'arrêt de prononcer la nullité du contrat d'assurance conclu le 7 novembre 2008 pour illicéité de sa cause, alors, selon le moyen :
1°/ que les conditions de validité d'une convention s'apprécient au regard du droit applicable le jour de sa formation ; qu'en estimant néanmoins que le contrat d'assurance conclu le 7 novembre 2008 a une cause illicite quand l'illicéité de l'exposition « Our Body / A corps ouvert » et donc celle du contrat d'assurance ne résultent, au regard de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 septembre 2010 (pourvoi n° 09-67.456), que de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 qui a créé l'article 16-1-1 du code civil et qui est postérieure à la date de formation du contrat d'assurance litigieux, la cour d'appel a violé les articles 2 et 1131 du code civil ;
2°/ que la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif ; qu'en estimant néanmoins que la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008, qui ne comportait aucune disposition transitoire relativement à l'entrée en vigueur du nouvel article

16-1-1 du code civil, pouvait être considérée comme rétroactive, la cour d'appel a violé l'article 2 du code civil ;

Mais attendu que le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ; qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 par la société Encore Events avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1- 1 précité, le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 1147 du code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société Encore Events, tendant à faire juger que les sociétés Groupe Pont Neuf, Areas, Cameic et Liberty Syndicate avaient manqué à leur devoir de conseil à son égard quant au caractère assurable de l'exposition litigieuse, l'arrêt retient que la société Encore Events est un professionnel de « l'événementiel », laquelle était de surcroît assistée pour la souscription du contrat litigieux, de son propre courtier d'assurances ; qu'il énonce ensuite que la société organisatrice n'ignorait pas les risques de l'exposition projetée dont elle seule pouvait connaître les caractéristiques ; qu'il constate enfin qu'avant la conclusion du contrat, la société Groupe Pont Neuf avait interrogé le courtier de la société Encore Events qui lui avait répondu que, présentée depuis 1995 dans le monde entier, ladite exposition n'avait jamais rencontré de refus d'installation ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne résulte pas de ces constatations et énonciations que les assureurs avaient attiré l'attention de la société Encore Events sur le risque d'annulation de l'exposition litigieuse, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute la société Encore Events de sa demande de dommages intérêts pour manquement des assureurs à leur devoir d'information et de conseil, l'arrêt rendu le 5 février 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

<u>Cas pratique :</u>

Le 3 juin 2001, Harry VATAN, habitant Mulhouse, est embauché par la société e-febo de Nîmes, en qualité de concepteur de sites Internet dédiés au tourisme. Son contrat de travail prévoit, conformément aux dispositions légales et réglementaires en vigueur :
- un salaire mensuel égal à 6 fois le SMIC
- une période de congés payés de 5 semaines au moins
- une indemnité égale à trois mois de salaire mensuel en cas de licenciement pour motif économique

En outre, à l'occasion du contrat, et pour favoriser son installation à Nîmes, la société e-febo consent à Harry VATAN un prêt personnel de 15 000 euros, remboursable en 5 ans, au taux de 6% fixé d'un commun accord entre les parties.

Ce taux correspond à celui pratiqué par les banques au cours du deuxième semestre 2001.
Le 31 août 2001, de nouvelles dispositions du Code du travail modifient le régime de l'emploi des cadres en augmentant, entre autres, la durée des congés payés, et le montant de l'indemnité de licenciement pour motif économique.

En octobre 2001, les pouvoirs publics, dans le cadre de la nouvelle politique de crédit, accordent aux banques la possibilité de majorer le taux des crédits pratiqués auprès des particuliers.

Quelles sont les conséquences de ces réformes sur le contrat de prêt et le contrat de travail conclu par M. Harry VATAN et la société e-febo ?

SÉANCE 8
L'INTERPRÉTATION

Exercices :

- **Commentaire des arrêts : Civ. 1ère, 9 octobre 2001, n°00-14.564 et Soc., 25 janv. 2012, n°10-11.590.**
- **Analyse des autres arrêts : Civ. 1ère, 12 juin 2012, n°11-18.327 ; Civ. 1ère, 7 octobre 1998, n°97-10.267 et Civ. 3e, 8 juin 2006, n°05-14.774.**
- **Lire les documents suivants :**
  - **D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation - Variations normatives II,* JCP G., 2011, n°20, 603**
  - **D. Mainguy, *A propos d'un « principe » préexistant à une loi*, D. 2015, p. 246**
  - **C. Jamin, *Juger et motiver,* RTD Civ. 2015, p. 263**
  - **P. Deumier, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?,* D. 2015, p. 2022**

- **Lire les documents en annexe de la plaquette**
  - **J.Carbonnier, *L'hypothèse du non-droit, in «* Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur *»,* 10ème éd., LGDJ, 2001, p.25.**
  - **M. Troper, *La théorie réaliste de l'interprétation, in «* La théorie du droit, le droit, l'Etat *»,* PUF, 2001, p. 69.**

Civ. 1ère, 12 juin 2012, n°11-18.327

Demandeur(s) : M. Patrice X...
Défendeur(s) : M. Patrick Y... ; et autres
Met hors de cause, sur leur demande, M. Z... et la société Pfizer Holding France, venant aux droits de la société Wyeth Pharmaceutical France;

Sur le moyen unique :

Vu les principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, ensemble l'article 1382 du code civil ;

Attendu que le non-respect par un médecin du devoir d'information dont il est tenu envers son patient, cause à celui auquel cette information était légalement due un préjudice qu'en vertu du texte susvisé le juge ne peut laisser sans réparation ;

Attendu que pour rejeter les demandes en dommages intérêts de M. X... à l'encontre de M. Z..., médecin rhumatologue, qui lui avait administré en 1988 une injection intra discale d'Hexatrione pour soulager des douleurs lombaires, à laquelle il imputait une calcification ayant rendu nécessaire une intervention chirurgicale, la cour d'appel a jugé qu'il n'était pas démontré en l'espèce que, mieux informé, M. X... aurait refusé la technique proposée et préféré la chirurgie, le traitement médical classique ayant échoué et cette technique étant alors sans risque connu et réputée apporter fréquemment un soulagement réel ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que M. Z... n'établissait pas avoir informé M. X... que le traitement prescrit, quoique pratiqué couramment et sans risque connu, n'était pas conforme aux indications prévues par l'autorisation de mise sur le marché, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations, desquelles il résultait que M. X..., ainsi privé de la faculté de donner un consentement éclairé, avait nécessairement subi un préjudice, les conséquences légales qui en découlaient ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande de M. X... fondée sur la méconnaissance par M. Z... de son devoir d'information, l'arrêt rendu le 28 avril 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Angers

Soc., 25 janv. 2012, n°10-11.590

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :
Vu leur connexité, joint les pourvois n° X 99-43.334, Y 99-43.335 et Z 99-43.336 ;

Sur le moyen relevé d'office, pris de la violation du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 du Code du travail, après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile :

Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ;

Attendu que MM. X... et Y... et Mme Z..., salariés du groupe Heppner transitaire, commissionnaire en douanes, ont été repris par la société MSAS cargo international, cessionnaire d'éléments du fonds de commerce, à effet du 1er mars 1991 ; que de nouveaux contrats de travail ont été conclus comprenant une clause de non-concurrence ; que les salariés ont démissionné respectivement le 21 février 1994, le 16 mars 1994 et le 24 janvier 1994 ; qu'ils ont été engagés par la société concurrente Office maritime monégasque ; que la société MSAS cargo international a saisi le conseil de prud'hommes en paiement des pénalités stipulées aux contrats ;

Attendu que, pour condamner les salariés à payer à la société une indemnité pour infraction à la clause contractuelle de non-concurrence, la cour d'appel énonce que la clause portant interdiction d'exploitation directe ou indirecte d'une activité concurrentielle à celle de l'employeur emporte interdiction pour le salarié d'accepter un emploi similaire dans une entreprise concurrente, non créée par lui ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses constatations que la clause contractuelle de non-concurrence ne comporte pas l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ce dont il résulte qu'elle était nulle, la cour d 'appel a violé le principe ci-dessus énoncé et le texte susvisé ;

Et attendu qu'il y a lieu de faire application de l'article 627-1 du nouveau Code de procédure civile, la cassation encourue n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué au fond du chef de la violation de la clause de non-concurrence ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes leurs dispositions, les arrêts rendus le 4 mars 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;
DIT n'y avoir lieu à renvoi ;
DEBOUTE la société MSAS cargo international de ses demandes et dit qu'elle devra restituer les sommes perçues en exécution des arrêts cassés, avec intérêt de droit à compter de la notification du présent arrêt ;
La condamne aux dépens ;
Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite des arrêts cassés ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix juillet deux mille deux.

Civ. 1ère, 7 octobre 1998, n°97-10.267

Attendu que, victime le 3 avril 1985 d'une chute lui ayant causé une fracture de la deuxième vertèbre lombaire, Mme X... a, en raison d'une cyphose lombaire persistante, subi le 3 février 1987, dans la matinée, une intervention, pratiquée par M. Y..., chirurgien à la Clinique du Parc, consistant en la mise en place d'un cadre de Hartchild ; que dans un deuxième temps cette intervention devait être suivie d'une greffe vertébrale ; que, dans l'après-midi, des troubles de l'oeil gauche se sont manifestés ; que, dès qu'il a été averti, M. Y... est venu au chevet de Mme X..., a modifié la thérapeutique prescrite et a organisé une consultation ophtalmologique en urgence ; que le diagnostic de thrombose du

sinus caverneux a été confirmé ; que cette affection a eu pour conséquence la perte fonctionnelle définitive de l'oeil ; qu'invoquant une faute médicale dans la surveillance post-opératoire de la part de l'anesthésiste M. Z..., du chirurgien, ainsi que du personnel de la clinique qui n'aurait pas provoqué l'intervention immédiate de M. Y... ou de toute autre personne qualifiée, Mme X... a recherché leur responsabilité ; qu'en cause d'appel, elle a prétendu que M. Y... avait manqué à son devoir d'information en ne l'avertissant pas du risque encouru ; que l'arrêt attaqué, confirmatif du chef de l'absence de faute a débouté Mme X... de l'ensemble de ses demandes ;
Sur le moyen unique pris en ses deux premières branches : (sans intérêt) ;
Mais sur la troisième branche du moyen :
Vu l'article 1147 du Code civil ;
Attendu qu'hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et qu'il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ;
Attendu que pour débouter Mme X... de ses demandes, l'arrêt énonce que l'information que doit donner le praticien n'est exigée que pour des risques normalement prévisibles, qu'en l'espèce, la complication de thrombophlébite du sinus caverneux bien que connue est très rare ; qu'il en déduit que le chirurgien n'avait pas à en avertir Mme X... ;
Attendu qu'en se déterminant ainsi qu'elle a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la quatrième branche du moyen :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 septembre 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble.

Civ. 1ère, 9 octobre 2001, n°00-14.564

Attendu qu'à partir du mois de juin 1974, M. Y..., médecin, a suivi la grossesse de Mme X... ; que, lors de la visite du 8e mois, le 16 décembre 1974, le praticien a suspecté une présentation par le siège et a prescrit une radiographie foetale qui a confirmé cette suspicion ; que, le samedi 11 janvier 1975, M. Y... a été appelé au domicile de Mme X... en raison de douleurs, cette dernière entrant à la clinique A... devenue clinique Z... le lendemain dimanche 12 janvier dans l'après-midi, où une sage-femme lui a donné les premiers soins, M. Y... examinant sa patiente vers 19 heures, c'est-à-dire peu avant la rupture de la poche des eaux, la naissance survenant vers 19 heures 30 ; qu'en raison de la présentation par le siège un relèvement des bras de l'enfant, prénommé Franck, s'est produit, et, lors des manoeuvres obstétricales, est survenue une dystocie de ses épaules entraînant une paralysie bilatérale du plexus brachial, dont M. Franck X... a conservé des séquelles au niveau du membre supérieur droit, son IPP après consolidation étant de 25 % ; qu'après sa majorité, ce dernier a engagé une action contre le médecin et la clinique en invoquant des griefs tirés des fautes commises lors de sa mise au monde et d'une absence d'information de sa mère quant aux risques inhérents à une présentation par le siège lorsque l'accouchement par voie basse était préféré à une césarienne ; que l'arrêt attaqué l'a débouté ;

Sur le moyen unique, pris en ses première et cinquième branches :

Vu l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que M. Y... a procédé à l'accouchement de Mme X... dans le lit de celle-ci, sur une bassine, lui-même et une sage-femme tenant chacun une jambe de la parturiente ; qu'eu égard à ces conditions de réalisation de l'accouchement, à propos desquelles le rapport d'expertise précisait que les manoeuvres réalisées sur la bassine pour traiter la dystocie " n'en ont certainement pas été facilitées ", M. Franck X... avait fait valoir dans ses conclusions qu'il existait à la clinique une " salle de travail " dotée d'une table d'accouchement et que les raisons de son absence d'utilisation pour un accouchement dangereux par le siège étaient restées inconnues ; qu'en ne répondant pas à ce moyen, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Et sur les deuxième, troisième et quatrième branches du moyen :

Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu que la cour d'appel a estimé que le grief de défaut d'information sur les risques, en cas de présentation par le siège, d'une césarienne et d'un accouchement par voie basse, ne pouvait être retenu dès lors que le médecin n'était pas en 1974 contractuellement tenu de donner des renseignements complets sur les complications afférentes aux investigations et soins proposés, et ce d'autant moins qu'en l'espèce le risque était exceptionnel ;

Attendu, cependant, qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement ; que la responsabilité consécutive à la transgression de cette
obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels ; qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 février 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble.

Civ. 3e, 8 juin 2006, n°05-14.774

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 18 janvier 2005), que les époux X..., propriétaires d'un appartement, ont fait assigner le syndicat des copropriétaires Les Jardins de Gorbella à Nice en annulation de la résolution de l'assemblée générale en vertu de laquelle le syndic de copropriété les avait assignés en référé afin que soit retirée la construction qu'ils avaient édifiée en végétaux sur leur balcon pour une semaine à l'occasion de la fête juive des cabanes ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu qu'ayant constaté que la communication de certaines pièces et le dépôt des conclusions étaient intervenus le jour même et postérieurement à l'ordonnance de clôture, sans permettre à la partie adverse d'être en mesure d'y répondre utilement, et qu'aucun motif grave survenu ultérieurement n'était invoqué pour justifier la demande de révocation de l'ordonnance, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision de ce chef ;

Sur les deuxième et troisième moyens, réunis :

Attendu que les époux X... font grief à l'arrêt de les débouter de leur demande, alors, selon le moyen :

1 / que le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation ; que les époux X... faisaient valoir que l'immeuble dans lequel ils étaient propriétaires d'un appartement étant à usage d'habitation, l'édification sur leur balcon, pendant une semaine, d'une cabane précaire et temporaire leur permettant de respecter les prescriptions de la religion juive, sans créer de nuisances ou de risques pour les autres copropriétaires, était conforme à la destination de l'immeuble ce dont il résultait que la résolution de l'assemblée générale des copropriétaires mandatant le syndic pour agir en justice afin d'obtenir l'enlèvement de cette cabane devait être annulée comme restreignant leur droit d'exercice d'un culte sans être justifiée par la destination de l'immeuble ; qu'en jugeant que l'assemblée générale des copropriétaires était en droit d'adopter la résolution litigieuse au seul motif que les époux X... avaient méconnu le règlement de copropriété, sans rechercher, comme il le lui était demandé, en quoi la restriction ainsi imposée aux droits d'un copropriétaire était justifiée par la destination de l'immeuble, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 8, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965 ;

2 / que les clauses d'un règlement de copropriété ne peuvent avoir pour effet de priver un

copropriétaire de la liberté d'exercice de son culte, en l'absence de toute nuisance pour les autres copropriétaires ; qu'en refusant à des copropriétaires le droit d'exercer leur culte par l'édification sur leur balcon, pendant une semaine, d'une cabane précaire et temporaire, au seul motif que cette construction serait contraire aux dispositions du règlement de copropriété, la cour d'appel a violé les articles 9 du Code civil et 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ;

3 / qu'ils avaient fait valoir que la résolution de l'assemblée générale des copropriétaires mandatant le syndic pour agir en justice afin d'obtenir l'enlèvement de la cabane édifiée temporairement pour l'exercice de leur culte avait été adoptée à partir d'un rappel tronqué du règlement de copropriété et dans le seul but de leur nuire ; qu'en s'abstenant de rechercher si l'adoption de cette résolution ne constituait pas un abus de droit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965 ;

Mais attendu, d'une part, que n'ayant pas soutenu devant les juges du fond que le règlement de copropriété ne pouvait imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, le moyen est nouveau, mélangé de fait et de droit ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu à bon droit que la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété et relevé que la cabane faisait partie des ouvrages prohibés par ce règlement et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, en a exactement déduit que l'assemblée générale était fondée à mandater son syndic pour agir en justice en vue de l'enlèvement de ces objets ou constructions ;

D'où il suit que le moyen, pour partie irrecevable, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les époux X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, condamne les époux X... à payer au syndicat des copropriétaires Les Jardins de Gorbella à Nice la somme de 2 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du huit juin deux mille six.

D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation - Variations normatives II*, JCP G. n°20, 2011, 603

Sommaire

La place de la jurisprudence justifie celle de l'interprétation, ses méthodes, son résultat. La consécration de la jurisprudence comme norme ne résout cependant pas la question de la conjonction de la jurisprudence avec la loi ou avec elle-même. L'originalité du droit français se pose précisément à travers cette double spécificité, celle de son système légal et celle de son système de droit jurisprudentiel. L'observation de l'interprétation de l'interprétation identifie ainsi trois litiges distincts, pour toute norme jurisprudentielle, qui tentent de rendre compte de cette spécificité.

- La question de l'interprétation des normes juridiques est l'un des thèmes centraux de la théorie du droit ; elle s'inscrit ainsi dans la théorie de la norme et dans celle de la décision judiciaire ; elle se concentre sur une difficulté majeure, celle de la fidélité de l'interprète à l'auteur de la norme, notamment lorsque cet interprète est une cour souveraine dans la mesure où le résultat de l'interprétation judiciaire est une norme, la norme jurisprudentielle, qui entre alors en concurrence avec la norme interprétée.

Cette question est souvent présentée de manière caricaturale, soit à travers des méthodes d'interprétation impérieuses, soit par la séparation formelle des fonctions : le juge est en charge de l'interprétation et cette interprétation est celle de la loi. Or si l'interprétation est bien de l'office du juge, cette fonction est très loin de se limiter à des hypothèses d'interprétation de la

loi ; le plus souvent le juge interprète sa propre interprétation, soit parce que le droit positif est constitué d'une interprétation particulière de la loi, obscure ou incomplète, soit parce qu'il est constitué d'une norme créée par le juge en l'absence de norme légale.
Le point de vue de l'interprétation de l'interprétation permet alors de rendre mieux compte de cette fonction, de manière à aborder son aspect le plus technique, celui de l'effet de la norme jurisprudentielle dans le temps.

- La question de l'interprétation prend corps dans une décision d'une cour souveraine, notamment dans la résolution d'un cas difficile, qui est à l'origine de ce que nous appellerons les trois litiges. Le premier litige est le litige concret, celui qui est à l'origine d'une interprétation. Il révèle la difficulté d'interpréter une norme, le passage du général au particulier, à laquelle est en général associée celle du choix de la méthode d'interprétation. Si on admet que le résultat d'une interprétation est une norme juridique nouvelle, qu'on appellera jurisprudence, le traitement du premier litige crée un deuxième litige. L'interprétation résultant du premier litige, la décision, est elle-même une norme, et cette norme est à son tour susceptible d'application à de nouveaux cas concrets et, ce faisant, d'interprétation. On est là au coeur du problème de l'interprétation de l'interprétation et d'une possible description de la place, originale, de la norme jurisprudentielle française dont on peut alors proposer quelques éléments d'explication. Il en résulte un troisième litige. Si en effet la décision rendue est une norme, se pose la question de son application, dans le temps notamment.

Le système juridique français est d'une complexité telle qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, de sérier de manière parfaite, chirurgicale, les normes selon leur nature : une norme jurisprudentielle se comprend peu de manière isolée, sans la rattacher à un ensemble légal voire à des expressions doctrinales et réciproquement. Ce qu'on appelle droit peut donc être présenté, sans doute de manière limitée, comme un ensemble complexe de normes qui ne saurait être réduit à la loi mais qui peut être étendu à la jurisprudence, c'est-à-dire au résultat d'une interprétation. Toute la théorie du droit est en général présentée à travers le prisme réducteur de la norme-loi : la question des caractères de la loi, norme générale et abstraite, celle de son interprétation ou de son application. Une théorie française de la norme, tenant compte de toutes les normes, suppose résolue la question de l'interprétation dans toute son ampleur, que l'interprétation de l'interprétation à travers, en cascade, les problèmes posés par les trois litiges tente rapidement de présenter ici, pour apporter une petite pierre à l'édifice considérable érigé par la doctrine contemporaine.

I. Premier litige : l'interprétation des normes

A. - Interprétation et technique

- Le problème de l'interprétation est souvent réduit à un ensemble de méthodes, de techniques d'interprétation, dont rend très mal compte la présentation de l'opposition entre l'École (prétendue) de l'Exégèse et la méthode dite de libre (prétendument) recherche scientifique de Gény, rapide, sinon fausse, parce que limitée à des termes techniques. Or la question de l'interprétation est d'abord une question politique (ou philosophique ou théorique), qui ne se résout pas simplement par l'appel à la source démocratique, à laquelle ne s'abreuveraient pas les juges. Elle pose, en amont, un problème de définition du système juridique et l'on s'arrêtera ici aux propositions positivistes.

Une conception positiviste formaliste décrit le droit comme un système cohérent et complet. C'est un système cohérent parce qu'il s'articule de manière logique. Ce peut être à la manière des exégètes parce que la loi est la seule norme possible, en raison de la modernité de l'idée même de loi, produit de la raison humaine et en raison de sa source, la volonté générale. De ce point de vue, le légalisme se transmute en légicratie : la raison incarne l'aboutissement ultime de la Justice et la loi en est le parangon. Il ne saurait y avoir de normes au-delà de la loi, au-delà du Code civil. Ailleurs, en Angleterre ou aux États-Unis, c'est le même souci de prétention scientifique qui fait des règles posées par le juge, la Common law, un objet d'analyse méthodique interdisant toute interprétation, selon la méthode posée par ses théoriciens, Austin ou Hart. Cette cohérence du producteur de la norme induit la pureté de la règle de telle manière que celle-ci est formellement identifiée au résultat de la procédure formelle d'adoption posée par la puissance de l'État. À la manière européenne des positivistes kelséniens le recours à une description hiérarchique du droit fonde les règles

valides comme celles qui sont le résultat d'une procédure d'adoption formellement conforme à celle posée par la règle supérieure.

Il en résulte en toute hypothèse que le système étant cohérent, les conflits de normes ou les difficultés d'interprétation qui y naissent sont de simples erreurs, marginales, du système que celui-ci est parfaitement à même de corriger, ce en quoi il est complet, grâce aux fameuses méthodes d'interprétation, toutes fondées sur l'idée que le système juridique est cohérent *Note 1*.

Inversement cependant, cette idée de cohérence peut faire l'objet d'une considération plus dubitative. On cherchera, en premier lieu, où sont écrites, posées, ces fameuses méthodes de résolutions des antinomies ou des difficultés d'interprétation : ce sont des adages au mieux, des formes de raisonnement prétendument logiques au pire dont on prétend qu'ils sont figés et incontestables et ce faisant des éléments d'un métadroit naturel (V. infra n° 10). On peut considérer que le système juridique est un produit humain donc imparfait, susceptible d'incohérences, de sorte que les solutions de ces incohérences sont difficiles, ce ne sont pas de simples bugs juridiques, et empruntent à des voies plus complexes que le respect d'une autorité ou d'une hiérarchie.

Soit donc l'interprétation est dévalorisée parce que la résolution des cas difficiles suppose que le système juridique est posé de manière cohérente, avec une hiérarchie claire et définitive des règles (les juges ne sont pas autorisés à créer des règles de droit, mais peuvent corriger les lacunes ou les antinomies du droit, par une norme d'habilitation). Soit au contraire il laisse place à une certaine incohérence et ce faisant, un certain chaos (les juges sont autorisés à créer des normes juridiques, bien au-delà d'un pouvoir de simple correction du droit), dont on peut alors tenter de mesurer les termes. Cela ne disqualifie en rien les adages et méthodes d'interprétation, qui imprègnent si fortement le raisonnement français, mais disqualifie leur impérativité et leur automaticité, vers une simple caractérisation de ces méthodes *Note 2* : les exceptions ne sont pas toujours d'interprétation stricte.

B. - Interprétation et interprètes

- La question de l'interprétation revêt une importance différente selon que la description du système juridique est formaliste ou réaliste. Dans le premier cas, la loi ne pouvant tout régler, des interprétations sont nécessaires et validées par la Constitution, mais elles se présentent comme un acte de connaissance du contenu d'un énoncé normatif et non un acte de volonté de l'interprète *Note 3*. Le juge découvre ; il n'invente pas, sauf à s'éloigner du présupposé selon lequel une démocratie suppose que seule la loi peut énoncer une norme. Ces interprétations se distinguent en deux catégories. D'une part, les interprétations scientifiques, notamment doctrinales, déterminent le champ du possible. Le juge choisit et délivre une interprétation authentique : celle qu'il est autorisé à donner pour compléter la norme. La jurisprudence serait donc une simple autorité. Il n'est pas question d'interprétation autonome ou encore moins créatrice par la jurisprudence et il n'est pas imaginable d'envisager la place de la jurisprudence autrement que comme une « norme » d'interprétation, qui fait corps avec la norme interprétée, et qui dispose de la même autorité.

Une conception réaliste considère au contraire que le travail d'interprétation est libre, en ce sens que l'interprète souverain dispose d'une liberté totale dans son interprétation, acte de volonté, de sorte que c'est cette interprétation qui donne corps à la norme, voire, chez Michel Troper, qui crée, établit la norme. Dans cette conception, la norme, c'est la jurisprudence, notamment dans les cas difficiles, où le juge est tout à la fois normateur et contrôleur de sa propre norme, librement, en ce sens que le juge n'a pas à se soumettre à une interprétation scientifique. Souvent d'ailleurs la doctrine est moins scientifique qu'avocat : elle ne présente pas les solutions de manière neutre, en offrande au juge, mais insiste sur une solution comme étant la meilleure et il n'est pas rare de lire des critiques lourdes contre une décision de jurisprudence qui rend une décision contraire à l'interprétation choisie par une majorité de la doctrine : l'exemple de l'affaire Perruche *Note 4*, celui plus discret mais très symptomatique de la question de la rétractation de sa promesse par le promettant constituent de bons exemples de cette autonomie du juge et de sa liberté, son pouvoir arbitraire.

Ces deux oppositions, radicales et positivistes, demeurent cependant compatibles dans la

mesure où la norme, brute et axiologiquement neutre, y tient toute la place : les valeurs n'y sont pas admises, opposition à travers laquelle peut tenter de se glisser une conception qui, sans n'être point positiviste, peut ne pas ignorer les valeurs *Note 5*.

II. Deuxième litige : l'interprétation substantielle de la norme interprétée

- Le schéma explicatif classique de l'interprétation repose sur une séparation nette des normes : il y a d'une part la norme interprétée, la loi, et d'autre part la norme d'interprétation, la jurisprudence. Ce faisant, l'interprétation assurerait un lien vivant entre deux normes distinctes : la jurisprudence serait la mise en pratique de la loi, son application au cas concret.

Cette présentation est cependant très réductrice. Elle révèle une volonté, consciente ou non, de présenter les normes de manière différenciée. Or, on peut envisager le droit de manière plus imbriquée, une distance entre la loi et la jurisprudence moins nette. Si l'on évoque l'ensemble droit des contrats par exemple et plus singulièrement l'article 1134 du Code civil, il est assez difficile de présenter ce texte sans évoquer les lois qui assurent des exceptions au principe de liberté contractuelle et surtout la jurisprudence complexe qui l'accompagne ou la doctrine qui s'oppose sur la méthode de son interprétation. À défaut, l'article 1134 serait un simple texte d'incantation, point une norme efficace. Lorsque le juge souverain est en charge de son interprétation dans un cas donné, par exemple dans une situation où le comportement d'un contractant doit être abordé et où ce comportement n'est pas directement contraire à un dispositif contractuel, il ne fait pas comme si c'était la première fois qu'il devait interpréter l'article 1134, alinéa 3 du Code civil ni ne fait abstraction des interprétations existantes. Tout au contraire, il présente son raisonnement comme une énième interprétation de ce texte, identique ou complémentaire, des interprétations précédentes, selon la technique parfois dite des petits pas, voire par un changement de jurisprudence. L'effet de sédimentation jurisprudentielle révèle que l'interprétation du juge est moins souvent l'interprétation de la norme légale qu'une interprétation d'une norme jurisprudentielle : une interprétation d'une interprétation.

- Ce constat justifie qu'on s'interroge, rapidement, sur la place de la norme jurisprudentielle au sein d'un droit commun de la norme. Une décision de jurisprudence se présente comme une norme qui est à la fois une norme d'application (elle permet de rendre une décision efficace et exécutable), une norme de conformité et une norme d'interprétation, le tout se présentant comme une norme (auto)révocable. Comme norme, elle est à son tour susceptible d'interprétation. Cet ensemble d'interprétations successives et enchevêtrées identifie un système français de droit jurisprudentiel, fondant avec le système légal, le droit français et la tradition romano-germanique de manière plus générale.

En cela, ce système français de droit jurisprudentiel est fondamentalement différent du système de Common law où règne le système du précédent. La norme qui résulte d'une décision doit y être appliquée à un cas voisin, par analogie. Cette analogie consiste ainsi à considérer que pour des faits identiques, il y a lieu d'appliquer le précédent déjà rendu, sans qu'une interprétation soit possible.Cette présentation est bien entendue caricaturale, aussi caricaturale que la présentation selon laquelle le juriste français se contenterait de réciter et appliquer le Code civil. De même qu'en France le normativisme kelsénien est critiqué, le positivisme hartien l'est pareillement, pour montrer que le juge, en réalité, interprète les précédents dans les cas difficiles. Toute l'oeuvre de Dworkin consiste précisément à montrer comment le juge doit interpréter le précédent face à un cas difficile et identifier la bonne solution *Note 6*. Or, une norme jurisprudentielle française se présente de manière radicalement différente : ce n'est pas un arrêt qui forme la norme jurisprudentielle, mais sa solution de droit, isolée de son contexte, des faits qui la constituent, et dont on apprécie qu'elle en soit délestée, qu'elle soit une « pure » solution de droit et qu'elle se présente comme une norme légiférée. Cette norme est alors susceptible de s'appliquer à de nouvelles situations, quand bien même ces situations seraient différentes, pour éventuellement former une nouvelle interprétation normative, et ainsi de suite. Les exemples sont si considérables qu'ils viennent à l'esprit de tous. L'efficacité de cette méthode est telle que la présentation du droit matériel applicable par la doctrine s'effectue en continu, sans rupture méthodologique selon qu'une règle relève d'une source ou d'une autre, comme c'est

le cas frappant du droit administratif ou de la responsabilité civile.

- La mécanique permettant cette « montée » vers la gamme des normes puis cette « descente » vers le cas concret emprunte à la double technique du jugement réfléchissant et du jugement déterminant qu'on retrouve par exemple dans la Critique de la faculté de juger de Kant (pour la détermination du jugement esthétique). Le jugement réfléchissant est celui qui à partir du particulier (le monde sensible, les faits), permet d'aboutir à une solution universelle, générale (la solution de droit). Ce jugement réfléchissant s'effectue de manière automatique : il n'y a pas de purgatoire entre la décision qui tranche le litige et sa considération comme norme, qu'elle bénéficie d'une forme de promulgation doctrinale ou d'une auto promulgation par ce jeu savant d'assemblage de lettres qui présentent les atours d'un arrêt important. Deux formes de jugements réfléchissants cohabitent : l'un subjectif (esthétique, chez Kant) résulte d'une sensation doctrinale qui loue une décision considérée comme banale par la Cour ou qui critique vertement un arrêt essentiel. L'autre, objectif (téléologique), s'impose de lui-même : c'est l'arrêt attendu, présenté par la Cour de cassation comme essentiel. L'un comme l'autre sont importants : l'ordre choisi par le juge pour valoriser ses décisions n'est pas plus valable que celui choisi par la doctrine : il est aussi vain de considérer qu'une décision s'intègre dans un tout merveilleux et organisé que de se réjouir, avec Alphonse Allais, que Dieu ait sagement posé des pommiers dans les pays où l'on fabrique du cidre. L'ordre jurisprudentiel n'est pas plus (ni moins) cohérent que l'ordre légal : il s'intègre dans le système juridique et c'est en fonction d'intérêts divers que le juge, le praticien, l'universitaire reconnaîtront la valeur d'un arrêt pour une nouvelle interprétation de l'interprétation, supposant une remise en cause, une discutabilité permanente de la valeur, de la légitimité de cet ordre. C'est d'ailleurs tout l'intérêt d'un système français de droit jurisprudentiel qui propose des solutions révocables. L'exemple des revirements de jurisprudence est finalement assez rare. La jurisprudence est davantage faite d'avancées jurisprudentielles, d'accommodements, de limites, de créations que de renversements de jurisprudence.
Les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence interprète sa propre jurisprudence sont ainsi considérables, même si cette manière d'interpréter est trop souvent noyée par cette impérieuse nécessité de toujours présenter une norme légale comme moyen de cassation : on songe ainsi à la construction jurisprudentielle de la responsabilité délictuelle, des actions directes dans les contrats, de l'obligation de sécurité, de l'élimination des clauses exagérées, de la cause, etc., qui invoquent imperturbablement les articles 1382, 1384, 1134 voire 1147 du Code civil qui n'en peuvent mais, alors que ce sont bien des interprétations jurisprudentielles qui sont l'objet des nouvelles interprétations.

- On peut alors regretter deux choses, déjà exprimées *Note 7*. En premier, le fait que les décisions de la Cour de cassation soient trop peu disertes, sinon à la lecture du rapport et l'avis lorsqu'ils sont publiés, sur les raisons d'une décision, sur les choix réalisés, sur les motifs politiques, économiques, sociaux qui sont à l'origine de celle-ci, les dissidences. Il est clair que ce serait une aide puissante pour l'interprétation de ces décisions et surtout une valorisation du pouvoir créateur du juge (sans doute est-ce d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour de cassation s'en garde bien). En second, le fait que le juge n'établisse pas clairement la décision précédente sur laquelle il s'appuie dans l'interprétation de l'interprétation qu'il livre, et non sur un texte insipide même si en général, les commentateurs s'y retrouvent assez bien.

On peut également faire observer que cette présentation offre une difficulté dans le discours de la théorie réaliste de l'interprétation. En effet, celle-ci pose qu'un texte, un énoncé, est toujours indéterminé et que sa détermination n'est réalisée que par l'interprétation d'une cour souveraine. Cependant une interprétation produit une solution de droit, un énoncé, indéterminé donc, qui suppose une nouvelle interprétation : l'indétermination normative serait donc sans fin, rien ne serait jamais déterminé ni normatif et l'interprétation de l'interprétation toujours en quête d'une détermination. C'est moins une difficulté qu'un constat : même la jurisprudence emporte des conflits d'interprétation, appelant alors une nouvelle interprétation, etc. Il est donc clair que cette présentation rend compte du caractère hésitant, imparfait, humain donc, de la portée normative du droit, dans sa généralité, en permanence en proie à la recherche d'une Vérité, d'une Justice, dont le juge est l'un des moyens.
Il reste, au-delà de ces critiques limitées, que le génie du droit français est ainsi concentré dans une forme de communion entre un système légal

qui imprime, à tort ou à raison, sa force et sonimperium sur les juristes comme sur les citoyens français mais sans pouvoir exister de manière autonome, et un système de droit jurisprudentiel riche, érudit, détaché de la contrainte de l'analogie qui s'attache au précédent de la Common law, et fort de son caractère révocable. Ce faisant, l'un des éléments de la richesse du droit français, mais aussi l'un des éléments de perplexité pour les observateurs étrangers réside dans l'imbrication de ces deux systèmes, leur combinaison. Contrairement à ce que l'on pense souvent, le droit français, dans sa généralité n'est pas un système fermé, mais au contraire mouvant, ouvert à la discutabilité permanente, ceci dit en songeant fortement au fâcheux mouvement dit du Legal Origins *Note 8*.

III. Troisième litige : l'interprétation temporelle de la norme interprétée

- Une décision qui se présente comme une interprétation nouvelle appelle une autre forme d'interprétation, dans le temps cette fois. C'est le débat, désormais classique et présenté comme portant sur la modulation des revirements de jurisprudence dans le temps. Lorsque, par exemple, le 10 juillet 2002, la Cour de cassation *Note 9* décide qu'une clause de non-concurrence doit, à peine de nullité, être rémunérée, elle tranche le litige qui lui est soumis, interprète les interprétations antérieures qui n'exigeaient pas cette condition et impose cette nouvelle condition par un arrêt qui identifie une norme nouvelle susceptible de s'appliquer à un nombre incalculable de situations juridiques en cours. Cet exemple est illustratif du troisième litige qui naît, en général, de l'interprétation, celui de son effet dans le temps et qui suppose acquises les réponses aux deux premiers litiges : la jurisprudence est normatrice, ces normes sont des interprétations d'interprétations. On observera au passage que l'arrêt de 2002 a bien créé une norme nouvelle sur la base de normes jurisprudentielles antérieures (aucune loi ne définit les clauses de non-concurrence) et qu'elle a créé une norme nouvelle dont la caractéristique est de se présenter comme une norme impérative : elle traite de la validité d'une situation juridique.

- La plupart des travaux récents sur l'interprétation se sont concentrés sur cette partie des trois litiges *Note 10*, principalement sous la conduite de Nicolas Molfessis *Note 11* sous le prisme des revirements de jurisprudence. Très sensible, et sans revenir sur des débats riches et parfois houleux *Note 12*, la question divise les tenants d'un « réalisme » contre ceux promouvant un prétendu « principe de sécurité juridique » qui s'intègre parfaitement dans la logique normativiste de la cohérence du système juridique, voire ceux niant tout pouvoir jurisprudentiel normatif.

La question n'est pas limitée aux revirements de jurisprudence ; elle se pose pour n'importe quelle norme jurisprudentielle, création, avancée ou revirement dans la mesure où, dans le temps, le droit change, on passe brutalement d'une situation donnée à une nouvelle situation. Par conséquent, toute interprétation emporte par nature une question d'application de la norme jurisprudentielle dans le temps et toutes les interprétations cumulées, ajoutées aux changements législatifs montrent que le droit, si son unité peut être identifiée, est en mutation permanente, de telle manière que le « prétendu principe de sécurité juridique » n'est qu'une illusion *Note 13*, à ranger parmi les fables juridiques.

Dès lors, les expériences savantes en matière d'application dans le temps de la loi doivent pouvoir s'appliquer à la norme, légale ou jurisprudentielle, sous réserve toutefois que l'on s'entende sur la nature de la norme jurisprudentielle. Ordinairement en effet, par un tropisme légicentriste, par vocation normativiste ou simplement par comparaison avec le système anglo-américain du précédent, on considère que la norme jurisprudentielle est une norme interprétative ou déclarative *Note 14*. Cette appellation peut sembler logique dans la mesure où il s'agit d'une norme d'interprétation : un mimétisme sémantique emporte alors de considérer que l'interprétation est interprétative. Dès lors, le régime des normes interprétatives ou déclaratives, calqué sur celui des lois, est celui de la rétroactivité. S'ajoute la considération que l'interprétation de la jurisprudence serait une interprétation de la loi : la norme jurisprudentielle ferait donc corps avec la loi qu'elle interprète et, interprétative, elle serait par nature une norme rétroactive. Il est alors logique et efficace de s'interroger sur la portée de cette solution : vers une modulation de l'effet rétroactif de la jurisprudence et pour un revirement pour l'avenir, ou revirement prospectif.

La comparaison avec le système de Common law *Note 15* repose sur une fiction assez proche de celle proposée par le normativisme. Celui-ci garantit en effet que le mécanisme de production légale des normes est valide parce qu'elle résulte de la hiérarchie des normes garantie par la Constitution, qui elle-même est le produit d'une décision conforme à la précédente Constitution et ainsi de suite, pour aboutir à la « norme fondamentale hypothétique », au-delà de la première Constitution historique, qu'on a beaucoup de mal à distinguer d'un droit naturel, la Cité idéale. Le système anglo-américain se fonde sur une légende voisine : le juge n'invente pas de norme, il ne fait que découvrir des normes préexistantes reposant sur un droit préexistant, juste, complet, cohérent, merveilleux : une norme fondamentale hypothétique là encore, ce qui implique que les décisions de jurisprudence sont rétroactives par principe de sorte que le juge anglo-américain a découvert (inventé ?) la technique du prospective orveruling pour limiter cet effet rétroactif.

On peut en outre noter qu'une considération réaliste des normes fait de la norme d'interprétation une création normative. La théorie réaliste de l'interprétation par exemple, observe qu'un énoncé souffre un principe d'indétermination normative, et qu'il ne devient déterminé que par l'interprétation assurée par le juge. Le résultat d'une interprétation n'est donc pas nécessairement de nature interprétative, mais peut être considéré comme une norme créatrice, exactement comme une loi. Si on ajoute le fait que l'interprétation est au moins aussi souvent une interprétation d'une interprétation et non d'un texte légal, alors le caractère nécessairement interprétatif ou déclaratif de l'interprétation devient moins impérieux : la norme jurisprudentielle est normativement originaire *Note 16*.

Dans l'arrêt du 9 octobre 2001 sur la responsabilité médicale *Note 17*, la Cour avait décidé qu'un médecin pouvait être condamné pour un fait réalisé en 1974, sur la base d'une décision rendue en 1998 parce que « nul ne peut prétendre à un droit acquis à une jurisprudence figée ». Ce n'est pas l'arrêt de 2001 qui pose difficulté, mais celui de 1998 qui avait interprété un arrêt de 1997 qui lui-même avait imposé que le médecin apporte la preuve de l'exécution d'une obligation d'information sur les risques encourus par le patient, à propos de risques exceptionnels. Si une loi avait imposé cette exigence en 1997 et en 1998, une situation ordinaire de conflits de normes dans le temps se serait posée : face à une situation contractuelle, la loi ne saurait présenter un effet immédiat, sauf à ce que la loi soit d'ordre public, ce qu'elle eût été. Rien de neuf ici : la norme jurisprudentielle de 1997 et 1998 est de nature impérative et elle est une création. Elle s'applique immédiatement aux situations en cours, ce qui n'est ni plus ni moins perturbant qu'une loi nouvelle.

C'est donc parce que la doctrine part du présupposé, partagé par le juge lui-même, que la norme jurisprudentielle présente une nature interprétative, donc rétroactive, que les plus grandes difficultés commencent. En outre, cela conduit la Cour de cassation à des circonlocutions désemparées, comme dans l'arrêt du 8 juillet 2004 *Note 18* ou celui de l'assemblée plénière de 2006 *Note 19*, pour tenter de moduler dans le temps les effets de ses décisions.

On peut tenter de convaincre à l'inverse que les normes jurisprudentielles ne sont pas interprétatives et donc ne sont pas rétroactives. Au demeurant, si elles l'étaient véritablement, cela permettrait d'ouvrir de nouvelles actions à un plaideur déçu par une décision ayant l'autorité de la chose jugée sous l'empire de la norme jurisprudentielle ancienne, ce dont il n'est évidemment pas question. Par conséquent la modulation de ses effets dans le temps répond aux principes classiques, quoique complexes et imprécis, valant pour la loi. Il en résulte que les formules selon laquelle, comme dans un arrêt du 17 décembre 2004 *Note 20*, la cour imposait l'application immédiate de la décision de 2002 sur la rémunération des clauses de non-concurrence, ne sont pas une consécration de la possibilité pour le juge de moduler ses décisions, ni une sorte de transgression. Tout au contraire : c'est dans la logique même de la norme, légale ou jurisprudentielle, de modifier le sens du droit, de créer une perturbation. Sans reprendre les arcanes des raisonnements de droit transitoire, il reste que la rétroactivité de la norme est en principe exclue, que l'application immédiate s'impose alors, avec des variantes selon les situations juridiques, variantes qu'il appartient au juge d'estimer, comme dans l'arrêt de 2006 *Note 21* où il avait écarté, au nom du droit à un procès équitable de l'article 6, § 1 de la Convention EDH, l'application immédiate d'une décision de jurisprudence, tout comme il avait imposé le contraire au nom du même principe dans l'arrêt de décembre 2004 *Note 22*.

Peu importent les situations particulières, la difficulté repose sur la considération de la norme dans sa généralité, et de ses effets, dans le temps, dans l'espace, de manière générale et particulière, c'est-à-dire la détermination d'un régime commun de l'application de la norme et d'éventuels régimes particuliers pour certaines normes, la loi, la jurisprudence. La non-rétroactivité de la norme et son effet immédiat sont de principe, il reste alors à élaborer ce droit transitoire jurisprudentiel et d'identifier ses critères parmi ceux qui sont déjà proposés : droit à accès au juge *Note 23*, respect d'un principe fondamental *Note 24*, équité *Note 25*, d'autres sans doute, sur la base d'un droit transitoire commun déjà bien riche.

- En conclusion, la question de l'interprétation est bien une clé essentielle de la connaissance du droit. Elle est à l'origine de théories doctrinales dont chacune prétend le mieux décrire le système juridique. Le réalisme juridique par exemple présente cet intérêt de donner à l'interprétation un nom et une force, la jurisprudence, mais c'est alors, en considération de cette interprétation, en elle-même et donc au travers de l'interprétation de l'interprétation, que la valeur, la vigueur, l'ampleur de la jurisprudence montre son intérêt, intérêt d'autant grand qu'il ne masque en rien l'intérêt et les atouts de la loi. Une présentation caricaturale voit dans la majesté du juge une tendance a-démocratique, le gouvernement des juges, voire un outil de subversion libérale. Il n'en est pas nécessairement ainsi : l'intérêt général, l'âme de la tradition juridique française, n'est pas plus dévalué par le juge que par le législateur. La complémentarité du génie juridique légal et du génie juridique jurisprudentiel permet, sans nier l'un ou l'autre, de donner véritablement corps à l'originalité, séculaire, du droit français *Note 26*.

Note 1 Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique* : Dalloz, 1979 ; Comp. D. Mainguy, *Introduction générale au droit* : LexisNexis, 5e éd., 2010, n° 200

Note 2 Pour un résumé, X. Magnon, *Théorie(s) du droit* : Ellipses, 2008, n° 83 et s.

Note 3 X. Magnon, op. cit. note (2), n° 66 et s.

Note 4 Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701 : JurisData n° 2000-006884 ; JCP G 2000, II, 10438, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas, rapp. P. Sargos.

Note 5 D. Mainguy, *De la légitimité des normes et de son contrôle* : JCP G 2011, doctr. 250.

Note 6 V. R. Dworkin, *L'empire du droit* : PUF, coll. Recherches politiques, 1994 ; *Prendre les droits au sérieux*, trad. P. Bourretz : PUF, coll. Léviathan, 1995.

Note 7 V. récemment P. Deumier et R. Encinas de Munagori : RTD civ. 2005, p. 83 et les réf.

Note 8 Sur lequel J.-F. Gaudreault-Desbiens, *La critique économiste de la tradition romano-germanique* : RTD civ. 2010, p. 683 et les réf.

Note 9 Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.334 à 99-43.336 : JurisData n° 2002 - 015269 à 015271 ; JCP G 2002, II, 10162, note F. Petit.

Note 10 P. Voirin, *Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences* (*à propos de l'arrêt du 18 juin 1958*) : JCP G 1959, I, 1467 ; J. Rivero, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle* : AJDA 1968, p. 15 ; Ch. Mouly, *Les revirements de jurisprudence*, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation : La Documentation française*, 1994, p. 123 ; Ch. Mouly, *Le revirement pour l'avenir* : JCP G 1994, I, 3776

Note 11 N. Molfessis (dir.), *Rapport sur les revirements de jurisprudence* : LexisNexis, 2005 ; N. Molfessis, *La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence* (à propos de Cass. 1re civ., 11 juin 2009, n° 07-14.932 et n° 08-16.914) : D. 2009, p. 2567 ; V. aussi Th. Revet, *La législprudence* in Mélanges Ph. Malaurie : Defrénois, 2005, p. 377 ; D. 2005, p. 247, note P. Morvan ; D. 2007, p. 835 ; Ch. Radé, *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence* : D. 2005, p. 988 ; X. Lagarde, *Jurisprudence et insécurité juridique* : D. 2006, p. 678.

Note 12 V. Heuzé, *À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence* : JCP G 2005, I, 130 ; P. Sargos, *L'horreur économique dans la relation de droit* : Dr. soc. 2005, p. 123.

Note 13 Comp. P. Morvan, note ss. Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493 [JurisData n° 2006-036604] in D. 2007, p. 835 ; JCP G 2007, II, 10040, note E. Dreyer ; Adde P. Morvan, *Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?* : Dr. soc. 2006, p. 707.

Note 14 Comp. D. 2005, p. 247, note P. Morvan ; Th. Revet, *La législprudence*, art. préc. note (11).

Note 15 P. Morvan, préc. note (14).

Note 16 Contra Th. Revet, *La législprudence*, art. préc. note (11).

Note 17 D. 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; JCP G 2002, II, 10045, note O. Cachard.

Note 18 Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426 : JurisData n° 2004-024681 ; D. 2005, p. 247, note P. Morvan.

Note 19 Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, préc. note (13).

Note 20 Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008 : JurisData n° 2001-026338 ; Bull. civ. 2004, V, n° 346.
Note 21 Préc. note (13)
Note 22 Préc. note (20).
Note 23 Cass. 1re civ., 11 juin 2009, préc. note (11)
Note 24 X. Lagarde, note ss. Cass. 1re civ., 11 juin 2009, n° 08-16.914 [JurisData n° 2009-048474] : JCP G 2009, note 237
Note 25 P. Morvan, préc. note (14).
Note 26 Comp. J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit français* : PUF, 1998.

D. Mainguy, *A propos d'un « principe » préexistant à une loi*, D. 2015, p. 246

L'une des illustrations de la question de l'interprétation des normes juridiques se présente en termes d'appréciation de l'effet dans le temps de celles-ci, tandis que celle de la relativité du pouvoir d'interprétation des cours souveraines, voire de l'immanence de règles de droit, naturel, qui s'imposeraient de tous temps et lieux, est souvent associée à l'existence de principes généraux du droit : le croisement de ces deux situations ne pouvait manquer de créer quelques difficultés, tandis que l'observation des solutions rendues permet, peut-être, d'affiner la description des normes juridiques.

Telle est l'une des facettes de l'important arrêt rendu par la Cour de cassation, le 29 octobre 2014, dans l'affaire *Our Body* (1), celle intéressant la manière dont la Cour de cassation se projette comme normateur, qui s'inscrit plus largement dans la description de la fonction « jurisprudence » de la Cour de cassation, déterminante pour celui qui tente cette description et ce pour plusieurs raisons.

La première repose sur la validation, ou l'invalidation de la méthode de description retenue. Celle-ci est souvent associée au « positivisme », terme qui, dans les ouvrages d'introduction au droit, est souvent présenté comme une sorte d'idéologie, l'idéologie positiviste, qui s'opposerait à une autre, l'idéologie jusnaturaliste, alors que la méthode positiviste n'a pas d'autre but que de tenter de proposer une description (*réaliste*) des normes, précisément hors toute idéologie, morale ou valeur. Les publicistes sont plus familiers avec l'expression de « théorie du droit », telle qu'on la retrouve chez Kelsen ou Michel Troper. Ces éléments de méthode, à valider, corriger ou invalider, se déclinent en plusieurs éléments. D'abord, les textes juridiques (textes de lois, arrêts), à supposer qu'ils soient présentés comme des normes juridiques valides, sont autant d'énoncés indéterminés et donc non immédiatement normatifs. Leur sens normatif réel ne peut être déduit du texte lui-même, y compris et surtout à l'invocation de la volonté de son auteur qui est lui-même indéterminé (*le* législateur, *le* juge). Ensuite, la détermination de ce sens vient de l'interprétation par un interprète dont la décision ne peut pas être contredite, souvent une cour souveraine, et donc, selon les cas, la Cour de cassation, le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel. De ces deux éléments, on peut déduire que les interprétations ne sont pas le résultat d'un acte de *connaissance* du contenu de l'énoncé, mais d'un acte de *volonté* des juges. Enfin, cette interprétation est libre, sous la réserve d'un certain nombre de contraintes, contraintes qui ne constituent pas des obligations au sens strict du terme, mais des situations de fait qui influencent les juges dans un sens ou dans un autre et qui pourront toujours, *in fine*, être écartées par les juridictions suprêmes. Parmi ces contraintes, il existe des contraintes juridiques (par exemple l'impossibilité pour le juge de s'autosaisir, l'interdiction de décider *infra* ou *ultra petita*, ce qui donne une importance considérable au travail des avocats dans la production de la norme interprétée, l'impossibilité de réformer, comme pourrait le faire le législateur, un pan entier du droit, etc.), dont certaines sont même des métanormes comme l'idée d'une logique ou d'une cohérence juridiques qui devraient être respectées, mais également des contraintes extra-juridiques, sociales, politiques, psychologiques, etc. Parmi ces dernières, on trouve, par exemple, la question de la formation des juges, des contraintes hiérarchiques, mais aussi des questions plus personnelles comme le caractère de tel juge, son conformisme ou, au contraire, son caractère rebelle, le rapport à la doctrine, etc. Il en résulte que la description du droit tel qu'il est réellement, indépendamment de toute valeur qui viendrait définir les éléments d'un jugement de validité, autre que celui de la conformité à la norme juridique valide supérieure, se fonde sur des interprétations et des interprètes qui ne sont pas des spectateurs scientifiques de leur propre activité, mais des acteurs. Observons ici qu'une partie du discours jusnaturaliste vise, de manière assez voisine, à fonder la juridicité d'une norme sur sa conformité à une loi naturelle qui n'est pratiquement jamais définie précisément, mais

objet d'une interprétation. Or, si le juriste scientifique peut tenter d'observer de manière la plus neutre possible son objet d'étude, cet objectif est inconnu du juriste acteur : celui-ci, au contraire, juge, plaide, commente, à la fois, en fonction des normes applicables, mais également avec ses valeurs, ses croyances, ses expériences. La production des normes est donc, quelles que soient ces normes, un acte de volonté, mais un acte de volonté dirigé. C'est en ce sens que la description est difficile car elle impose, en premier, que le juriste qui prétend décrire tente d'écarter son propre système de valeurs et, ensuite, d'écarter tout autre, dont celui qui pourrait être celui de l'auteur de la norme ou de l'interprète. Pas plus que les valeurs du législateur ne changent la nature de la norme-loi une fois votée, celles du juge ne modifient la nature de la norme interprétée. En revanche, ces valeurs peuvent influer le contenu ou la méthode d'adoption de la norme-loi ou le sens de la norme interprétée. C'est d'ailleurs, là, l'une des contraintes extrajuridiques majeures de la description. Ainsi, il n'est pas certain que les interprètes, et, notamment, les juges des cours souveraines, admettent que leur interprétation soit, d'une part, de nature à forger, créer, des normes applicables et, d'autre part, le résultat d'un acte de leur volonté, plus que d'un acte de connaissance. En d'autres termes, il faudrait être en mesure de déterminer si les juges ont le sentiment, en jugeant, d'appliquer des méthodes, des méthodes logiques, par exemple, ou bien des « principes » préexistants, pour identifier le contenu d'une norme, à partir d'un énoncé peu clair, incomplet voire inexistant (ce qui correspond à la méthode dite normativiste), ou bien s'ils établissent ce contenu librement par leur propre volonté (ce qui correspond à la méthode réaliste).

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté permet de se pencher sur ces questions. Elle concerne l'exposition « *Our Body*, à corps ouvert », très médiatisée, où des corps, sous la forme de cadavres polymérisés, étaient exposés, dans le monde entier, et notamment à Paris, entre 2008 et 2009. Saisi en référé, le tribunal de grande instance de Paris avait interdit l'exposition sur le fondement de l'atteinte au respect dû aux morts(2), tandis que la cour d'appel avait fondé son interdiction sur l'absence de consentement avant le décès et la difficulté d'identifier l'origine de ces corps(3) : il aurait donc suffi de recueillir le consentement des futurs décédés pour valider l'exposition. La Cour de cassation, dans son arrêt du 16 septembre 2010, précisait, en revanche, comme le juge de première instance, que, « aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence »(4). En effet, une loi (n° 2008-1350) du 19 décembre 2008 avait introduit un nouvel article 16-1-1 dans le code civil selon lequel : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». La loi impose le principe du respect dû au corps humain après la mort, considéré comme incompatible avec la mise en situation de cadavres à des fins commerciales, et ce, même si un consentement avait été donné avant le décès : l'article 16-1-1 du code civil est d'ordre public.

Par conséquent, les conventions qui auraient été conclues en ayant pour objet, ou pour cause, cette exposition seraient illicites, pour cette même raison, par exemple le contrat d'assurance souscrit par l'organisateur de l'exposition, comme en décidait la cour d'appel de Paris(5).

Mais voilà, l'article 16-1-1 du code civil résulte d'une loi du 19 décembre 2008, postérieure à la conclusion des contrats d'assurance couvrant l'exposition, de sorte que se pose une difficulté en termes d'entrée en vigueur, éventuellement rétroactive, de la loi, serait-elle impérative. La norme impérative peut avoir un effet immédiat, y compris pour les contrats en cours, dès lors qu'elle est d'ordre public, mais point d'effet rétroactif. Par conséquent, selon les auteurs du pourvoi, le contrat d'assurance ne pouvait être considéré comme nul : il pouvait éventuellement être considéré comme caduc, du fait de l'absence de cause constatée après l'entrée en vigueur du contrat, mais pas comme nul, raisonnement qui fondait la demande d'exécution du contrat, au moins pendant le temps de validité de ce dernier, entre sa conclusion et la date d'entrée en vigueur, immédiate, de la loi nouvelle.

La Cour de cassation tranche toutefois en faveur de la nullité sur un fondement particulièrement difficile à apprécier. L'arrêt du 29 octobre 2014 considère que : « le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-

1 du code civil ; qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 par la société Encore Events avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 précité, le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul ». Au-delà de la valeur de la solution, il manque, dans ce raisonnement, un élément fondamental d'explication, à savoir l'identification de la « source » de ce principe dont l'arrêt indique qu'il est antérieur à la loi, qu'il lui *préexistait*. Or, par hypothèse, ce n'est pas la loi de 2008 qui précise, sauf à subir le grief de rétroactivité, que ce « principe », d'une part, existait avant sa reconnaissance légale et, d'autre part, qu'il aurait été normatif, obligatoire et d'ordre public.

Et c'est bien là que le mystère de l'interprétation retenue par la Cour de cassation s'épaissit. Ou bien, en effet, la loi identifie un principe faisant du respect du corps humain, avant ou après la mort, un interdit, ou bien cette loi n'existe pas. Or il ne fait de doute que, avant la loi du 19 décembre 2008, aucune norme législative ne posait de manière claire et évidente un droit au respect dû au corps humain après la mort, ce que démontre le premier pan de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 2010. Dans ce dernier cas, la question se pose de savoir comment ce « principe » peut préexister, normativement, à la loi qui le pose. Il semble y avoir là une incohérence dans le raisonnement, sauf à considérer que des « principes » normatifs puissent exister indépendamment de leur formulation par une « source » plus officielle. C'est bien ce qui ressort de la formule de l'arrêt : « le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi ». La Cour se contente de cette formule lapidaire et n'indique pas en quoi et comment ce principe préexistait à la loi. Une première hypothèse invite à considérer la formule de manière littérale, ne serait-ce que pour vérifier que cette hypothèse est sans doute erronée (I), tandis qu'une seconde permettrait de tenter d'identifier une solution plus complexe, plus spectaculaire : le « principe » est en fait une solution jurisprudentielle préalablement identifiée (II).

I - L'hypothétique reconnaissance de l'existence d'un « principe » normatif extralégal

À prendre la formule de la Cour à la lettre, en effet, le principe, ici celui du respect dû au corps humain après la mort, *préexistait* à la loi qui l'a expressément reconnu. Particulièrement difficiles à identifier(6), les principes peuvent être considérés comme un contenu normatif, tiré d'une norme juridique distincte, loi, jurisprudence, voire coutume, ou comme une norme autonome. C'est souvent la première formule qui est identifiée : les principes se déduisent d'une règle ou d'un ensemble de règles en étant, ou non, expressément formulés, comme l'illustrent l'exemple du principe, formulé, de la légalité des peines ou, au contraire, celui, informulé, de liberté contractuelle. *A priori*, le principe que la Cour de cassation révèle dans l'arrêt de 2014 s'inscrit entre les deux : il est formulé dans la loi de 2008 pour devenir l'article 16-1-1 du code civil, mais il correspond plutôt à un principe informulé tel qu'il est exposé par la Cour, dans la mesure où, d'une part, il ne correspond pas à un ensemble de règles préexistant et, d'autre part, qu'elle indique clairement que ce principe préexistait à sa formulation légale, de sorte que ce principe pourrait correspondre à la deuxième formule. Celle-ci correspond à la figure des *principes généraux du droit*. Ceux-ci sont souvent identifiés par la Cour de cassation pour résoudre un cas difficile comme le principe d'indisponibilité de l'état des personnes dans l'affaire *Alma Mater* en 1989 et 1991. Ceux-ci posent un délicat problème. En effet, la Cour de cassation présente le plus souvent ces principes, la première fois qu'ils sont formulés en l'absence d'une règle légale préalable, comme une *reconnaissance* de l'existence de ce principe. Par exemple, dans l'arrêt du 31 mai 1991, la Cour censurait l'arrêt d'appel qui avait validé l'existence d'une convention de gestation pour autrui au visa des articles 6, 353 et 1128 du code civil et indiquait ensuite le véritable motif de cassation (« Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »), à peu près de la même manière que dans le premier arrêt de la première chambre civile, le 13 décembre 1989, comme si ce principe, déjà, préexistait à sa formulation

jurisprudentielle. Là se situe le problème lié à l'existence de ces principes. En effet, le principe se présente alors comme une norme qui préexistait à la solution jurisprudentielle et que le juge découvre, reconnaît. Le juge assurerait alors une telle fonction visant à identifier des principes, en gestation, à découvrir. Cette explication correspond à la fonction du juge dégagée, par exemple, dans la logique anglo-américaine, par Dworkin(7), de manière à identifier une solution juste. Deux difficultés surgissent. La première est classiquement l'intrusion d'une logique naturaliste dans la présentation des principes, dans la mesure où leur formulation ne dépend pas d'une source officielle et valide, mais d'une présentation, au mieux doctrinale, au pire médiatique, ou sociale, en toute hypothèse d'une opinion, d'une valeur. Or cette explication ne peut être retenue dans une tentative réaliste de description, indépendante de toute valeur. La seconde est que cette présentation se heurte à une contradiction majeure. En effet, si le juge *reconnaît* l'existence d'un tel principe, il s'ensuit que le principe existait auparavant et qu'il existait donc une norme avant que celle-ci soit expressément formulée. On ne voit pas bien comment le principe pourrait exister normativement avant son identification et en même temps n'exister réellement qu'après cette formulation expresse, sauf à imaginer une forme d'extralégalité, voire de supranormativité, reposant sur l'existence de principes, informulés mais bien présents et obligatoires. Si on admet, au contraire, que le principe n'existe que parce que la Cour le formule, il en résulte que celle-ci crée le principe, et ne le découvre point et que l'interprétation des normes relève d'un acte de volonté des juges : ils auraient aussi bien pu identifier ou ne pas identifier la règle, qu'ils désignent parfois comme un « principe », notamment lorsqu'ils n'ont pas à interpréter une règle existante mais à rendre une solution en l'absence de règle, de sorte que, avant cette décision, le « principe » n'était pas une norme mais une proposition de norme, formulée par la doctrine (ou par les avocats aux conseils).

La mécanique jurisprudentielle s'articule alors avec davantage de pertinence : la Cour de cassation ne réalise pas un acte de connaissance, par l'identification de « principes » qui seraient dégagés avant qu'elle ne les formule, mais bien un acte de volonté créatif. Avant sa décision, la norme n'existe pas, elle ne prend forme qu'avec la décision qui identifie le principe. Dans le cas de l'arrêt de 2014, il en résulte qu'un principe de respect du corps humain y compris au-delà de la mort n'existait pas avant qu'une décision de jurisprudence ne le formule et donc que la Cour de cassation a bien créé le principe et en même temps considéré qu'il existait avant que la loi ne le formule. Il reste alors à tenter de mesurer comment cette formulation est possible.

II - La reconnaissance d'une norme jurisprudentielle préexistante

Si on admet qu'avant la loi du 19 décembre 2008, les règles posées dans le code civil se limitaient aux articles 16-1 et suivants du code civil, il en résulte que la formule de la Cour demeure assez mystérieuse, lorsqu'elle considère que la règle, existant après la loi de 2008, lui préexistait, sous la forme d'un « principe ».

Ce « principe », serait-il largement présenté par une formulation doctrinale, n'est pas une norme, tout juste une « proposition de norme » qui n'a, bien entendu, pas - encore - de valeur normative ; elle est ou bien une interprétation scientifique, au sens de Kelsen, ou bien une opinion, une opinion politique ou un propos de droit naturel. Une tentation, ou une explication de la réalité des normes, repose, en effet, parfois, sur une présentation supposément positiviste qui prétend que de tels principes existent. On doit notamment à Ripert leur théorisation dans l'ouvrage *Les forces créatrices du droit* par exemple (LGDJ, 1955). Cette conception n'est que prétendument positiviste, et donc descriptive du réel, et ce, pour deux raisons. En premier, cette conception, qu'on lit dans les premières pages de Ripert, considère que le droit existe de manière intemporelle, statique, qu'une notion, qu'il désigne comme « droit » est supérieure à des notions qu'il désigne comme « loi », par exemple, ce droit étant, par ailleurs, objectif et globalement associé au code civil, lequel serait l'héritier direct de conceptions techniques ayant toujours eu cours (« un contrat sera toujours un contrat »), comme si ces désignations techniques (contrat, famille, etc.) portaient en elles-mêmes des normes, naturellement, que les juristes seraient chargés de conserver. Cette conception peut être identifiée comme celle d'un positivisme nostalgique renvoyant à un « âge d'or » où des principes cohérents, ordonnés, mais perdus, auraient existé et que des qualités comme la force de l'étude scientifique et le principe conservateur permettraient de redécouvrir. En second, cette conception se prétend positiviste

en ce qu'elle regarde le droit existant comme juste en tant que tel, avec des explications variables : il est juste parce que le code civil est la transposition juridique de la modernité politique et philosophique, ou bien parce que la loi est adoptée de manière démocratique, ou encore parce qu'il correspond à des valeurs consensuelles, ou bien encore parce qu'il en a ou aurait toujours été ainsi, etc. Peu importe alors, la confusion saute aux yeux. Ce sont bien des valeurs qui déterminent la juridicité des normes et assurent la sélection de celle-ci : c'est une conception naturaliste, assez pauvre et cependant très répandue, dite « légaliste ».

On ne peut cependant nier que la reconnaissance de tels principes répond à un besoin de cohérence du droit, afin de corriger telle absence, criante, dans le *corpus* légal. Mais il conviendrait cependant d'identifier une norme juridique ou métajuridique imposant que le droit doive être cohérent, pour que ce besoin de cohérence, qui est une valeur inconnaissable, se traduise par une exigence juridique de cohérence impliquant l'apparition (ou la découverte) de principes juridiques.

On ne peut non plus nier, alors, que ces principes, par hypothèse, ne sont pas posés : ils sont invoqués, expliqués, présentés comme élément de justification, jusqu'à ce qu'une norme, légale ou souvent jurisprudentielle, fasse d'une telle proposition une norme.

Si, donc, on peut concevoir qu'une « proposition de norme », dite « principe d'ordre public du respect dû au corps humain après la mort », préexistait à la norme juridique qui la fonde, ce principe n'était pas une norme avant qu'elle ne soit posée. Or ce principe a, apparemment tout au moins, été posé par la loi du 19 décembre 2008 ; auparavant, ce « principe » n'était pas une norme juridique, mais une proposition de norme.

Pourtant, la Cour de cassation affirme, en 2014, tout le contraire : un tel principe normatif préexistait à la loi du 19 décembre 2008.

Une première conséquence consiste à considérer que la Cour de cassation donne raison à la conception du « positivisme nostalgique » : il existerait donc bien des principes, plus ou moins formulés, qui ont une valeur normative, dont le juge reconnaît ici l'un d'eux. Cette conception doit être écartée pour les raisons déjà dites. En outre, ces principes sont précisément informulés, et leur formulation suppose l'existence d'intercesseurs entre les juristes et les sources du droit naturel, des aruspices. En effet, les règles du droit naturel ne sont que rarement explicites : le passage à la norme, si tant est qu'il est possible, suppose donc une capacité de connaissance et de traduction du message supérieur pour l'expliciter, mais cette explicitation n'a rien d'objectif, elle n'est que le résultat des préférences subjectives, de la volonté de ces intercesseurs, des aruspices. Une autre conception consiste, au contraire, à considérer que ce principe pourrait préexister, non point parce que telle autorité l'aurait énoncé, mais parce qu'une norme juridique valide préexistant à la loi de 2008 avait déjà posé ce principe. Ce principe, norme juridique, ne peut alors être qu'une norme jurisprudentielle.

Deux hypothèses alors. La première consiste à observer que c'est la première fois, en 2014, qu'une cour souveraine pose ce principe. Le principe est donc né le 29 octobre 2014 tandis que la Cour le fait entrer en vigueur à une date imprécise mais en tout cas située « avant » la loi du 19 décembre 2008. Une telle solution pose dès lors la difficulté du caractère véritablement rétroactif d'une norme, serait-elle de source jurisprudentielle(8). Dans la seconde, c'est l'inverse, ce n'est pas la première fois qu'une cour souveraine pose ce principe où, dans une version moins nette, ce principe peut se déduire de décisions rendues avant la loi de 2008, par exemple par des cours d'appel. Ce flou est entretenu par la méthode de rédaction des décisions de justice françaises, où l'exigence de motivation est considérée comme respectée par la seule identification d'un motif juridique, voire légal, sans considération pour d'autres éléments de motivation, plus substantiels, des explications voire des justifications et, notamment, l'identification de la ou des décisions qui avaient posé ce principe. Observons alors que ce « précédent » ne s'identifie pas à son homonyme anglo-américain en ce qu'il n'a pas pour objectif de figer les normes à compter de son apparition, mais simplement de faire entrer en vigueur la norme, dite principe, telle qu'elle a été créée par une autre cour souveraine.

Ce « précédent », en l'espèce, peut notamment être identifié dans un arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 1993(9) qui s'était prononcé sur la validité d'une sanction infligée par le Conseil de l'Ordre des médecins à l'un d'entre eux qui avait

pratiqué des expérimentations sur un corps après le décès, sans consentement préalable et sans nécessité thérapeutique, dans des termes voisins de ceux de la Cour en 2014 : « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci ».

Dès lors, la formule de la Cour de cassation s'éclaire si on la traduit ainsi : « Mais attendu que [l'arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 1993 a posé le principe d'ordre public selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, qui] préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ». Cette explication permet de considérer, d'une part, que la Cour ne s'affranchit pas des règles de non-rétroactivité des normes juridiques, y compris ses propres normes, et, d'autre part, qu'elle s'inscrit dans une continuité normative qui confirme l'efficacité de la description réaliste des normes juridiques. On peut alors identifier une nouvelle fonction des « principes » : un principe est invoqué par la Cour de cassation pour éviter de fonder une interprétation sur une interprétation préalable et de citer ainsi un arrêt d'une cour souveraine. Cette « timidité » est dommageable dans la mesure où l'exigence de motivation des décisions de justice posée par l'article 455 du code de procédure civile est vague : « le jugement doit être motivé » et rien n'interdit que cette motivation repose sur une autre décision de justice, notamment de la Cour de cassation. Cette timidité se fonde sur une interprétation sans doute erronée de l'article 5 du code civil et de la prohibition des arrêts de règlement, largement présente dans la doctrine, parfois de manière péremptoire : « on sait que la motivation doit être intrinsèque et que la jurisprudence proscrit toute motivation par référence aux motifs d'une décision rendue dans une autre instance »(10). Une chose cependant est la question de savoir si un juge peut utiliser les motifs, de fait et de droit, tirés par exemple d'un jugement ayant condamné une personne à des dommages et intérêts pour les reprendre à son compte, une autre est la motivation, en droit, d'une solution, par application d'une solution rendue par la Cour de cassation(11). Or il ne fait pas de doute que la Cour de cassation propose des interprétations qui sont autant de créations de normes, et que les juges, les juges du fond et la Cour de cassation elle-même sur la base d'un arrêt de principe, les appliquent (ou les ignorent, ou se trompent, ou les rejettent au contraire, ce qui justifie l'institution du pourvoi en cassation), et il serait sans doute moins hypocrite, plus éclairant et plus pédagogique que la Cour s'autorise à citer un arrêt de principe sur lequel elle fonde une décision, plutôt que d'identifier une formule vague, telle qu'un principe, ou de rechercher un fondement légal parfois très éloigné, voire bonne à tout faire des pourvois en cassation, comme les articles 1131, 1134, 1147, 1165, 1382 ou 1384 du code civil, largement utilisés pour fonder des solutions qui n'ont parfois que très peu à voir avec les textes invoqués. La timidité de la Cour en la matière traduit vraisemblablement la conscience, durable, des propositions révolutionnaires visant à imposer le primat de la loi sur l'expression normative de la jurisprudence et l'idée du « juge automate » selon laquelle le juge est la bouche de la loi, alors même que cette idée est une opinion, de droit naturel.

Nous conclurons donc que l'arrêt de 2014 peut s'expliquer ainsi : la Cour considère que le principe de dignité du corps humain s'étend au-delà du décès de la personne ; que ce principe a sans doute été légalement posé par la loi du 19 décembre 2008, mais qu'il préexistait à cette loi parce qu'une décision d'une cour souveraine l'avait posé, en 1993. Toutefois, elle désigne cette norme comme un « principe » afin de ne pas invoquer expressément la norme jurisprudentielle qui est la source de cette norme, désignée comme un principe.

(1) D. 2015. 242, note A.-S. Epstein.
(2) TGI Paris, ord. réf., 21 avr. 2009, n° 09/53100, D. 2009. 1278, 1129, édito. F. Rome, et 1192, entretien X. Labbée; AJDA 2009. 797; Constitutions 2010. 135, obs. X. Bioy; RTD civ. 2009. 501, obs. J. Hauser; JCP 2009. Actu. 225, obs. G. Loiseau.
(3) Paris, 30 avr. 2009, n° 09/09315, D. 2009. 1278, obs. C. Le Douaron, 2019, note B. Edelman, et 2010. 604, obs. J.-C. Galloux; AJDA 2009. 910; Constitutions 2010. 135, obs. X. Bioy; RTD civ. 2009. 501, obs. J. Hauser; JCP 2009. 23, note G. Loiseau.
(4) Civ. 1re, 16 sept. 2010, n° 09-67.456, Bull. civ. I, n° 174 ; D. 2010. 2157, obs. C. Le Douaron, 2750, note G. Loiseau, 2754, note B. Edelman, 2145, édito. F. Rome, et 2011. 780, obs. E. Dreyer; AJDA 2010. 1736; RTD civ. 2010. 760, obs. J. Hauser; JCP 2010, n° 1239,

note B. Marrion.
(5) Paris, 5 févr. 2013, JCP 2013. 411, note G. Loiseau.
(6) Cf. P. Morvan, Le principe de droit privé, préf. J.-L. Sourioux, éd. Panthéon-Assas, 1999 ; S. Caudal (dir.), Les principes en droit, Économica, 2008.
(7) Prendre les droits au sérieux, Puf, 1997.
(8) Comp. D. Mainguy, L'interprétation de l'interprétation, JCP 2011. 603.
(9) N° 124960, D. 1994. 74, note J.-M. Peyrical, et 352, chron. G. Lebreton; AJDA 1993. 579, et 530, chron. C. Maugüé et L. Touvet; RFDA 1993. 1002, concl. D. Kessler; RDSS 1994. 52, concl. D. Kessler; RTD civ. 1993. 803, obs. J. Hauser; JCP 1993. II. 22133, note P. Gonod.
(10) Cf. A. Lepage, (dir.), Le droit de savoir, *in* Rapport C. cass. 2010, p. 63 s., spéc. p. 225.
(11) D. Mainguy, L'interprétation de l'interprétation, préc.

C. Jamin, *Juger et motiver,* RTD Civ. 2015, p. 263

L'essentiel

Dans une série d'interventions récentes, le premier président Bertrand Louvel a relevé que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme bouleversait l'économie du pourvoi, dans la mesure où cette juridiction exerce un contrôle de proportionnalité au cours duquel elle aborde les questions en droit, mais aussi en fait. Ce constat a en partie contribué à sa décision d'instituer une Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation dont il a confié la coordination des travaux au président Jean-Paul Jean. Dans le prolongement d'un article que l'auteur avait publié avec MM. Jestaz et Marguénaud (Révolution tranquille à la Cour de cassation, D. 2014. 2061), le président Jean l'a invité à prononcer, le 30 mars 2015, une conférence aux fins d'évaluer, à partir d'une comparaison entre un arrêt de la Cour de cassation française et un jugement de la Cour suprême du Canada rendus à propos d'un cas identique et portant sur une question qui met en jeu des droits fondamentaux, les implications du contrôle de proportionnalité sur les modes de raisonnement des Hauts magistrats et la motivation de leurs décisions. Le présent texte reproduit cette conférence.

*

Je vous remercie pour votre invitation qui m'honore, mais qui m'effraie aussi beaucoup pour deux raisons. D'une part, pour une raison qui tient à l'idée que je me fais du rôle d'un universitaire. Il me semble que celui-ci consiste à poser des questions ; or vous attendez des réponses. Il est vrai, néanmoins, que bien poser les questions aide à trouver les réponses. D'autre part, je ne suis pas un fin spécialiste de la technique de cassation, même si je lis et commente des arrêts depuis fort longtemps ; or je parle devant les plus grands spécialistes de cet art, car il s'agit vraiment d'un art très subtil et pour lequel j'ai le plus grand respect. Vous prendrez donc mes observations pour ce qu'elles sont : celles d'un amateur...

Nous allons procéder ensemble à un exercice de lecture comparée de deux décisions de justice émanant de deux juridictions suprêmes : la Cour de cassation française, d'un côté, la Cour suprême du Canada, de l'autre. Et nous allons le faire à propos d'un cas qui présente des caractères factuels à peu près similaires, ce qui constitue la raison pour laquelle je l'ai choisi.

Cet exercice devrait nous permettre de réfléchir à la question suivante : est-ce que le contrôle de proportionnalité auquel procède la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), contrôle qui doit être mis en oeuvre par les juridictions nationales quand elles abordent des questions relatives aux droits fondamentaux, est susceptible de changer le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation, autrement dit leur structure et leur motivation ?

Je suis certain que l'on peut maintenir le mode de rédaction actuel. On est toujours libre de ne pas jouer le jeu. L'histoire jurisprudentielle fourmille de décisions qui ont masqué un contrôle de proportionnalité sous les apparences d'un syllogisme et qui s'en sont tenus à une motivation brève et abstraite. Néanmoins, si l'on joue le jeu qui est celui fixé par les termes de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH), il me semble qu'il est beaucoup plus difficile de s'en tenir au *statu quo.* C'est précisément ce que nous allons essayer de voir en procédant à cette comparaison. Non pour en déduire que telle manière de faire est supérieure à telle autre, mais avant tout pour produire un effet de contraste et mieux voir peut-être ce qui peut être modifié dans la manière française.

Lire de manière comparative deux décisions de justice qui s'inscrivent dans deux traditions juridiques différentes ne peut se faire sans prendre d'importantes précautions préalables. Sinon les juristes français que vous êtes risquent de rejeter d'emblée le jugement de la Cour suprême du Canada que nous allons étudier. Pensez donc : voici des juges qui mettent plus de 110 pages à régler une question que la Cour de cassation traite en 2 pages ! Pour vous faire comprendre la logique du jugement canadien, mais aussi celle de l'arrêt de la Cour de cassation, je procéderai donc en deux temps. Je commencerai par replacer les deux décisions dans leurs contextes respectifs. Ce qui me permettra d'expliquer de façon générale ce qui est en jeu avec la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux (I). Puis, grâce à la grille de lecture que je vous aurai présentée, je procèderai à proprement parler à l'analyse de ces deux décisions (II).

I - Les deux décisions placées dans leurs contextes respectifs

Je crois qu'il faut commencer par revenir sur la nature juridique de la Cour de cassation qui est très particulière. Mon éminent collègue Frédéric Zenati l'avait disséquée ici même en 2002 dans une conférence remarquable(2). Selon lui, la nature juridique de la Cour de cassation est triple : répressive, herméneutique et législative. Je voudrais reprendre ces trois points pour procéder à une comparaison entre les deux juridictions suprêmes.

Nature répressive d'abord. Pour résumer son propos, je m'exprimerai de manière un peu brutale : la Cour de cassation n'est pas tout à fait une juridiction, écrit-il, mais plutôt le bras armé du législateur contre les juges. Malgré les années, elle demeure encore le produit de son acte de naissance : faire en sorte que les juges du fond se bornent à appliquer la loi et ne fassent pas oeuvre normative, et faire en sorte qu'ils appliquent la loi uniformément sur l'ensemble du territoire national. En ce sens, la Cour de cassation est opposée à l'idée même, sinon de jurisprudence, du moins de « jurisprudence des arrêts » (celle des cours d'appel) : elle a été instituée pour que les tribunaux n'en créent pas.

J'ajouterai que ce caractère répressif est facilité ou accentué par le fait que la magistrature française est un corps hiérarchisé, même si le droit positif accorde un droit de rébellion aux juridictions du fond. Ce qui permet à la Cour de cassation de donner en quelque sorte des ordres, sans avoir à se justifier trop longtemps. Il lui suffit d'être comprise ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit convaincante. Son autorité lui vient plus de son statut que de la rhétorique qu'elle est susceptible de déployer.

En cela, la Cour de cassation française se distingue de la Cour suprême du Canada qui s'inscrit dans une autre tradition. Je rejoins ici le propos de Frédéric Zenati. La Cour suprême du Canada sanctionne moins des sentences qu'elle sert de modèle aux autres juridictions. Douée de la pleine juridiction, ayant pour fonction de trancher un litige, elle officie pleinement sur un mode « prudentiel ». Et elle officie dans un contexte où la hiérarchie que nous connaissons n'est pas la même.

Je reprendrai ici les propos d'un auteur des années 1960 qui essayait d'expliquer à ses lecteurs la spécificité du monde judiciaire de *Common Law* (3). On ne peut le comprendre, écrivait-il, que si l'on perçoit qu'il est composé de « gentlemen » qui sont familiers les uns des autres et proches des membres du barreau. Les grandes figures du barreau et les juges, indépendamment de leurs positions hiérarchiques, sont des égaux et se perçoivent comme des égaux. Et ce fait explique que le processus judiciaire soit une continuelle discussion entre des gens éduqués, informés et raisonnables. Les arguments qui sont avancés de part et d'autre peuvent bien être remis en cause, cela ne signifie pas pour autant que ces arguments soient à proprement parler condamnés. C'est simplement l'expression d'un désaccord. Et d'un désaccord qui existe à propos d'arguments qui sont étroitement liés à des faits.

Il y a quelque chose d'un peu caricatural et dépassé dans ce propos, mais il explique encore partiellement la façon dont procède la Cour suprême du Canada : celle-ci tient son autorité tout autant de sa position hiérarchique que de la qualité des arguments qu'elle avance au soutien des positions qu'elle prend.

À propos de la Cour de cassation, Frédéric Zenati parle en second lieu de sa *nature herméneutique*, c'est-à-dire de son pouvoir

d'interprétation de la loi. À partir de 1837, écrit-il, la Cour de cassation dispose du pouvoir souverain de décider du sens qu'il faut donner aux lois. Et elle le fait concurremment à l'École qui s'était arrogée ce pouvoir par le biais de l'exégèse. Au point d'ailleurs de l'emporter : on voit apparaître la « jurisprudence » (celle issue des arrêts de la Cour de cassation) qui sera bientôt collectée dans des revues savantes dont l'objet sera de l'analyser. Son travail n'est d'ailleurs pas loin d'être doctrinal : la Cour de cassation procède à une interprétation des textes à partir d'un cas défini en termes relativement abstraits, tout comme pourrait le faire un professeur. Sa méthode n'a rien de prudentiel parce qu'elle n'examine pas la question au fond. Ce qui lui importe, c'est moins le débat concret qu'il faut trancher que la règle de droit à laquelle elle donne un sens au-delà même du cas. Comme l'écrit Frédéric Zenati, son objectif est de produire « une doctrine officielle et uniforme à l'usage des juridictions » qu'elle construit à partir du produit de la prudence des juridictions inférieures. Comme il l'écrit encore, son « rôle est de mettre en forme herméneutique... le produit de la prudence judiciaire et non pas de produire une prudence suprême ».

C'est précisément cela qui distingue la Cour de cassation française de la Cour suprême du Canada. Celle-ci étant saisie du litige dans sa totalité, elle réalise elle-même un acte de « prudence suprême » qui peut donc servir de modèle pour les autres juridictions.

Nous sommes ainsi dans deux logiques différentes. Au rebours de la Cour suprême qui peut de ce fait se contenter d'une théorie du précédent, poursuit l'auteur, la Cour de cassation tire des décisions des juridictions inférieures des principes généraux qu'elle présente sous une forme quasi-législative, c'est-à-dire sous la forme de règles générales et impersonnelles, principes qu'elle articule entre eux sous forme de « système », tout comme le fait l'École.

La spécificité de la Cour de cassation présente un avantage certain : dans la mesure où elle agit à un niveau relativement élevé d'abstraction propre à permettre son travail herméneutique, la solution qu'elle retient est plus facilement généralisable, ce qui permet une unification plus efficace du droit. Néanmoins, elle présente deux sérieux inconvénients. Le premier est apparu dès l'origine. Le second nous réunit aujourd'hui.

Premier inconvénient : ce procédé suppose une séparation claire et nette du fait et du droit, la Cour de cassation ne connaissant que celui-ci. Néanmoins, comme le reconnaît Frédéric Zenati, avec et après d'autres, « la séparation du fait et du droit est vite apparue, au contact de la réalité, comme une vue de l'esprit ». Au fil du temps, la Cour de cassation a donc procédé à des montages juridiques complexes et très raffinés pour prendre en considération les faits : en surveillant la motivation des juges du fond, en contrôlant la qualification juridique des faits, en exerçant aussi un certain contrôle sur l'interprétation des pièces. La Cour de cassation s'est en partie « juridictionnalisée ». Et cette résurgence des faits a fait grossir le flot des recours en cassation.

Le second inconvénient, qui tient aussi à une juridictionnalisation croissante de la Cour de cassation est issu du contrôle de conventionnalité. Voici ce qu'en dit Frédéric Zenati : « Un autre facteur de juridictionnalisation, outre qu'il dénature la cassation, va jusqu'à menacer la sauvegarde des cours suprêmes de type herméneutique. Le contrôle de conventionnalité des décisions rendues par ces cours est assuré par une institution qui, si elle fonde ses propres sentences sur l'interprétation d'un texte, n'en est pas moins une instance de pleine juridiction qui statue au fond alors que les cours de cassation se bornent à contrôler la légalité et à interpréter la loi. Le choc des systèmes juridiques qu'incarne ce conflit de logiques est susceptible de remettre en cause la nature des cours suprêmes de type romano-germanique. Faire de la Cour de cassation une juridiction conduit inéluctablement à réduire de manière drastique son activité et, par voie de conséquence, à condamner le contrôle législatif de l'activité juridictionnelle, qui est pourtant au coeur du système juridique ».

Je crois que nous sommes là au coeur de notre débat et des interrogations actuelles de la Cour de cassation. Néanmoins, on peut ne pas être d'accord avec le constat fait par l'auteur.

D'abord parce que ce constat repose sur une opposition caricaturale entre les deux traditions visées. D'une part, la Cour suprême du Canada fonde aussi ses jugements sur l'interprétation de la loi. C'est même une part essentielle de son travail. Pour parler comme Frédéric Zenati, elle dispose aussi d'une nature herméneutique.

D'autre part, la nature juridique de la Cour de cassation n'est pas pleinement herméneutique : au cours de son histoire (et de longue date), elle s'est déjà juridictionnalisée, en particulier en intégrant les faits dans son processus de raisonnement. On peut donc vouloir moins opposer deux traditions que de voir un continuum entre les deux : les deux juridictions suprêmes exercent une fonction herméneutique, mais avec un plus fort degré de juridictionnalisation d'un côté de l'Atlantique (le Canada) que de l'autre (la France).

On peut ensuite être en désaccord avec les conséquences que Frédéric Zenati tire de son analyse puisqu'il en déduit qu'il faudrait revenir « au référé sous sa forme édulcorée qu'est le renvoi préjudiciel ». Si je le comprends bien, la solution tiendrait dans le retour à un mécanisme antérieure à antérieure à 1800 qui n'a jamais fait ses preuves, ce qui n'est peut-être pas tout à fait réaliste. En outre, l'appréciation de l'auteur minore le fait que le système de la cassation prend en compte les faits de longue date (autrement dit qu'il ne s'agit plus tout à fait d'un « contrôle législatif de l'activité juridictionnelle ») et que ce système ne s'est pas effondré. Encore une fois, en intégrant les faits, il s'est simplement « juridictionnalisé ». On peut donc imaginer qu'il se « juridictionnalise » un peu plus quand il s'agit de statuer - et seulement quand il s'agit de statuer - sur des questions de droits fondamentaux liés à la Conv. EDH. Et cela afin que la Cour de cassation ne soit pas en porte à faux par rapport à la CEDH.

Mais revenons à la nature juridique de la Cour de cassation. Frédéric Zenati retient en troisième et dernier lieu sa *nature législative* qui est au confluent de ses deux précédentes dimensions (répressive et herméneutique). Il fait de la cassation un acte législatif dérivé qui emprunte à la loi ses caractères. À ce titre, la cassation constituerait un acte de souveraineté qui aurait été parachevé par la loi de 1837. Ce caractère souverain se retrouve d'ailleurs dans le style des arrêts de la Cour de cassation. Frédéric Zenati le rappelle à juste titre : le laconisme des arrêts de la Cour de cassation n'est pas le produit d'un choix esthétique ou d'un particularisme culturel, mais un indice structurel de souveraineté. Je cite l'auteur, car cette question est essentielle quand on veut procéder à une comparaison entre les sentences de la Cour de cassation française et de la Cour suprême du Canada : « Une institution chargée de poser des règles de nature législative n'a pas vocation à motiver sa décision comme un juge. Le jugement est un acte rhétorique qui tend à convaincre les plaideurs du bien-fondé de la décision qu'il contient, ce qui explique que le juge soit enclin, en dehors de toute obligation légale, à motiver ses sentences. Tel est le style des arrêts rendus par les cours suprêmes de pleine juridiction et en particulier de celles de *Common Law*, dont le caractère ampliatif est bien connu. L'autorité chargée de donner l'interprétation officielle de la loi n'a, au contraire, pas lieu de se justifier, pas plus que n'a à le faire le législateur lui-même. Bien mieux, le faire affaiblirait son interprétation ; l'*imperatoria brevitas* des arrêts suprêmes emprunte le style concis et ferme des lois ».

Je crois cette idée profondément ancrée dans l'esprit des juristes français, qu'ils soient privatistes ou publicistes. Je n'ai rien à y redire, sauf à formuler deux remarques mais qui me paraissent très importantes.

Première remarque : ce texte ne dit rien sur la raison qui permet d'assimiler la Cour de cassation au législateur, ou plutôt d'en faire un co-législateur. Affirmer que la cassation est un acte législatif ou que la Cour de cassation est souveraine depuis la suppression du référé législatif ne tient pas lieu d'explication. Il existe au moins une différence majeure entre le législateur et la Cour de cassation : le premier est le produit de l'élection, ce que n'est pas la seconde. Autrement dit, ce texte laisse de côté la question de la légitimité démocratique.

Comment répondre à cette question ? Les travaux que mène depuis plusieurs années aux États-Unis le professeur Mitchel Lasser nous montrent comment cette question a pu être traitée des deux côtés de l'Atlantique(4). De ce côté-ci, nous avons privilégié un système qu'il qualifie de « républicain » : nous sélectionnons une élite à laquelle nous confions le pouvoir d'interpréter la loi. Nous sélectionnons les magistrats par le biais d'un concours difficile et prestigieux, nous les insérons dans une hiérarchie centralisée qui exerce un contrôle minutieux sur la qualité de leur travail, qui organise méticuleusement leur promotion, etc. De la base jusqu'au sommet. Tout ce montage institutionnel (le fameux « élitisme républicain ») est censé conférer sa légitimité au juge et la plus grande des légitimités revient à celles et ceux qui sont situés au sommet de la hiérarchie judiciaire. En contrepartie, il n'est pas demandé au

magistrat de se justifier outre mesure - et encore moins quand il est au plus haut de la hiérarchie. Les questions qu'il se pose, les doutes qu'il exprime, les justifications de tous ordres qu'il donne pour fonder sa décision n'ont pas besoin d'être exposées au grand jour. Il n'est pas vraiment nécessaire qu'il argumente pour que ses décisions s'imposent.

De l'autre côté de l'Atlantique, le système est très différent. Il est dénué de structure hiérarchique puissante et décentralisé à l'extrême. Les juges n'y font pas à proprement « carrière ». La question de la légitimité s'y résout autrement : essentiellement par le biais de l'argumentation. Les juges (dont on rappellera qu'ils ne sont pas tous élus) s'expriment à titre individuel et ils sont censés donner les raisons pour lesquelles ils retiennent telle interprétation plutôt que telle autre. L'opinion judiciaire produit sa propre légitimité en étant placée sous les yeux de tous et soumise au débat public. Et tous les arguments doivent être mis en avant : aussi bien les arguments techniques qu'un ensemble d'arguments et de considérations qui n'en relèvent pas. En ce sens, Mitchel Lasser a pu parler d'un système « démocratique », mais il aurait tout aussi bien pu parler d'une « démocratie républicaine » (la France) et d'une « démocratie de l'opinion publique » (les États-Unis).

La question que vous devez vous poser s'agissant de la structure et de la motivation des arrêts de la Cour de cassation et de leur évolution est donc à mon sens celle-ci : le modèle « républicain »est-il encore suffisant pour produire de la légitimité ou doit-il désormais se combiner avec une logique « argumentative » ? Autrement dit, ajouter ce qu'on pourrait appeler « l'autorité argumentative » à « l'autorité statutaire » ? Question qui en sous-tend une autre de nature très politique. « Le modèle républicain » et « l'autorité statutaire » trouvent certainement leur origine dans le prestige de l'État. La question pourrait donc être : pensez-vous que ce prestige soit toujours tel qu'il puisse soutenir l'autorité de vos décisions ou pensez-vous que celle-ci doit être aussi fondée sur la qualité des arguments avancés, comme c'est le cas dans les démocraties d'opinion ?

Seconde remarque : l'extrait du texte de Frédéric Zenati que je vous ai cité minore à mon sens le problème, pourtant central, lié à l'interprétation de la loi. L'auteur perçoit bien que l'interprétation peut être créatrice, mais il en déduit seulement que, dans ce cas, « la règle qu'elle produit emprunte à la loi sa valeur, ses caractères et sa force ». Cette analyse n'est peut-être pas inexacte, mais elle passe sous silence une autre question majeure : si l'interprétation est créatrice de droit, comment justifier que la Cour de cassation privilégie telle interprétation plutôt que telle autre ?

Cette question a acquis une importance majeure depuis que la question de l'interprétation a elle-même acquis une importance majeure. Ce qu'on a appelé le « tournant herméneutique » a rendu problématique l'affirmation selon laquelle un texte dispose d'un sens unique et que sa détermination constitue simplement une oeuvre de connaissance. La Cour de cassation peut bien conférer un sens uniforme à un texte, il faut être conscient que ce sens n'est pas le seul possible et que c'est le résultat d'un choix. Et d'un choix qui dépend très souvent d'un contexte factuel.

Je ne prendrai ici qu'un seul exemple tiré d'un texte canonique du célèbre théoricien du droit Herbert Hart(5). Imaginez ce panneau : « Pas de véhicule dans le parc ». Interprété hors de tout contexte factuel, on lui confèrera peut-être une portée radicale : aucun véhicule, quel qu'il soit, n'est autorisé à pénétrer dans le parc. Prenons maintenant le cas où une personne vient de se blesser gravement au milieu du parc et qu'il faille la transporter d'urgence à l'hôpital. Poursuivra-t-on l'ambulancier qui aura pénétré dans le parc avec son véhicule ? J'en doute. Le juge trouvera bien dans la grande boîte à outils des arguments juridiques le moyen de faire une « exception », ce qui ne confèrera plus une portée aussi radicale à la prohibition figurant sur le panneau, mais ce qui affinera dans le même temps le sens du texte.

Ce qu'il faut comprendre, et qui explique que j'ai mis le mot « exception » entre guillemets, c'est que le texte n'est pas prédéterminé et que le juge, s'il le souhaite, peut lui donner une multiplicité de sens en fonction des nombreuses questions concrètes qu'il aura à trancher, car l'exemple de l'ambulancier n'est évidemment pas le seul. Je pourrais ajouter celui de la poussette d'enfant, de la poubelle à roulettes ou encore de l'éléphant sur lequel serait perché un cornac... Dit autrement, il n'existe pas un texte qui dispose d'un sens unique, mais qui ne s'applique pas à certaines situations de fait. Ce qui nous renvoie à

une logique principe/exception. Il existe un texte dont le sens n'est pas prédéterminé et dont la détermination dépend au moins en partie du contexte dans lequel il est appliqué et à condition que le juge décide de tenir compte de ce contexte pour lui donner un sens particulier.

Comment va-t-il faire ? Reprenons l'exemple de l'ambulance. Pour statuer, le juge peut tenir compte de « considérations » relevant de la santé publique qui commandent que l'ambulance puisse entrer dans le parc ; il y a aussi l'intérêt privé et tout aussi légitime de la personne qui vient de se blesser gravement ; il y a de même la valeur morale qui tient à la nécessité de sauver la vie de quelqu'un. En sens inverse, il y a l'intérêt des jardiniers qui devront refaire l'allée de graviers si l'ambulance s'y engage un peu rapidement ; il y a la sécurité des enfants dont les pères et mères ne souhaitent pas voir débouler une ambulance dans des allées où jouent leurs enfants. Il y a encore l'intérêt politique du maire de la ville qui ne souhaite pas être embêté par des parents qui sont des électeurs, mais qui ne veut pas non plus se voir reprocher la mort éventuelle d'un individu. Eh bien, tous ces intérêts, toutes ces valeurs, donnent lieu à ce qu'on appellera par convention des « considérations juridiques », dont vous voyez qu'elles sont en conflit - en ce sens, ce sont des « considérations juridiques conflictuelles ». Reformulés dans le langage du droit, tous les intérêts, toutes les valeurs et bien d'autres choses encore feront l'objet d'un débat *pro* et *contra*. On mesurera la portée de chacun d'eux, *intrinsèquement et relativement les uns par rapport aux autres*. C'est ce qu'on appelle précisément la « balance des intérêts »(6). Exemple : certes la sécurité des enfants est importante, mais elle pèse moins que la valeur morale tenant au fait de sauver une vie en danger. Conséquence : le panneau n'interdira pas à l'ambulance de rentrer dans le parc. Nous avons ici mis en opposition deux considérations en conflit (sécurité des enfants, préservation de la vie). Si maintenant nous sommes en présence d'autres considérations, dans un autre contexte factuel, nous donnerons un autre sens au texte. Imaginons que l'on souhaite faire entrer cette ambulance dans le parc pour y transporter une personne âgée qui a du mal à se déplacer. Cette fois-ci, il est possible qu'on fasse prévaloir la sécurité des enfants sur le bien-être de cette personne. Conséquence : le même panneau interdira à l'ambulance de rentrer dans le parc. Vous m'avez évidemment compris : non seulement le sens d'un texte dépend de son contexte, mais en outre la question de droit que doit résoudre le juge est imprégnée de considérations de fait. En ce sens, la séparation entre le droit et le fait devient intenable, car le droit est toujours gorgé de fait (et inversement) !

Les spécialistes des questions d'interprétation me pardonneront le caractère très fruste de mon exemple et de mes réflexions. En toute hypothèse, le fait que l'interprétation soit le produit d'un choix me fait douter de la pertinence de cette affirmation très prégnante dans la culture juridique française selon laquelle une argumentation un peu développée affaiblit l'interprétation que donne le juge d'un texte. Une telle brièveté peut faire au contraire apparaître ce choix pour ce qu'il est : non pas un acte de souveraineté, mais un acte arbitraire (au sens le plus péjoratif du terme) qui masque les raisons qui y ont abouti. Une fois encore, on doit se poser la question de savoir si « l'autorité statutaire » de la Cour de cassation suffit pour légitimer le choix de telle interprétation par rapport à telle autre, et si elle ne doit pas se combiner avec une autorité argumentative.

Voici donc où je veux en venir : la motivation très restreinte des arrêts de la Cour de cassation française s'explique par des raisons institutionnelles. Nous avons privilégié certains montages sur d'autres. Si vous devez faire évoluer la motivation de vos arrêts, vous devez à mon sens vous poser la question en ces termes : est-ce qu'une motivation brève, abstraite et syllogistique, suffit pour fonder l'autorité de vos arrêts ? Est-ce que le système « républicain » fondé sur « l'autorité statutaire » et derrière elle sur l'autorité de l'État suffit *encore et pour très longtemps* à asseoir la légitimité de vos décisions ? Et je ne vous dis pas cela uniquement pour des raisons théoriques et parce qu'un « tournant herméneutique » aurait eu lieu. Aujourd'hui, chacun voit tous les jours que vous décidez des questions de société importantes et chacun voit bien que personne ne connaissait l'état du droit positif avant que vous ne vous prononciez(7). Chacun voit bien que c'est vous qui décidez. Il suffit pour cela d'ouvrir les journaux ! Et c'est cela qui rend à mes yeux ces deux questions fondamentales.

En toute hypothèse, vous pouvez comprendre pourquoi les jugements de la Cour suprême du

Canada sont plus développés que les arrêts de la Cour de cassation. Je ne doute pas un instant que vous débattiez des « considérations juridiques » dont je viens de parler. Nous en avons parfois un avant-goût en lisant les plus importants rapports des conseillers rapporteurs. Néanmoins, ces débats restent à l'arrière de la scène. Vous ne les mettez jamais en avant, non en raison du secret du délibéré (il existe aussi à la Cour suprême du Canada), mais parce que vous considérez - nous considérons collectivement - que le bras armé du législateur que vous êtes, qui tient son autorité de l'État, n'a pas besoin de plus que du syllogisme, des motivations brèves et cryptiques, des affirmations exclusivement techniques pour être légitime. Dans un autre système, celui de la démocratie d'opinion, ça n'a jamais suffi parce que les juges ne sont pas le bras armé du législateur, que leur autorité n'est pas statutaire, etc. Ils ont donc été obligés de s'intéresser de très près, et surtout ouvertement, aux diverses « considérations juridiques conflictuelles » qui sont en jeu et de justifier le destin qu'ils réservent à chacune d'elles. Et pour cela, il leur a fallu analyser, étudier, argumenter - sans pouvoir s'en tenir à un syllogisme.

Maintenant, nous allons voir concrètement comment cela fonctionne. Et dans un contexte particulier : celui des droits fondamentaux. Ce contexte change radicalement la donne, car il place dans vos reins l'épée de la Convention et de la CEDH qui vous permet de moins en moins aisément de vous en tenir à un certain type de présentation de vos arrêts, parce que l'une et l'autre vous contraignent à mettre au jour et à départager ces « considérations juridiques » en vous demandant de bien vouloir « balancer les intérêts » en jeu, et surtout de *faire voir* comment vous les balancez...

II - L'analyse comparée des deux décisions

J'ai choisi cet arrêt et ce jugement parce que l'un et l'autre abordent une question juridique identique dans un contexte factuel à peu près similaire, mais aussi parce qu'il s'agit d'une question qui a trait à des droits fondamentaux.

Nous regarderons rapidement l'arrêt de la Cour de cassation, puis nous analyserons un peu plus dans le détail le jugement de la Cour suprême, ce qui me permettra de tirer quelques conclusions de cette comparaison.

La décision de la Cour de cassation est un arrêt de rejet de la troisième chambre civile du 8 juin 2006(8). En l'espèce, des époux sont propriétaires à Nice d'un appartement situé au sein d'une copropriété. À l'occasion de la fête juive que la Cour de cassation qualifie de fête « des cabanes », ils édifient sur leur balcon, durant une semaine, une « construction » en végétaux. L'assemblée générale des copropriétaires vote une résolution autorisant le syndic de copropriété à les assigner en référé afin que cette construction soit retirée. Le couple de copropriétaires assigne le syndicat des copropriétaires en annulation de la résolution de l'assemblée générale. Les époux sont déboutés de leur demande par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et forment un pourvoi en cassation. Dans leur moyen, une des branches vise les articles 9 du code civil et 9 de la Conv. EDH. La voici dans son intégralité : « ... que les clauses d'un règlement de copropriété ne peuvent avoir pour effet de priver un copropriétaire de la liberté d'exercice de son culte, en l'absence de toute nuisance pour les autres copropriétaires ; qu'en refusant à des copropriétaires le droit d'exercer leur culte par l'édification sur leur balcon, pendant une semaine, d'une cabane précaire et temporaire, au seul motif que cette construction serait contraire aux dispositions du règlement de copropriété, la cour d'appel a violé les articles 9 du code civil et 9 de la Conv. EDH... ». Et voici la réponse de la Cour : « Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu à bon droit que la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété et relevé que la cabane faisait partie des ouvrages prohibés par ce règlement et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue, la cour d'appel, qui n'était pas tenue à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit que l'assemblée générale était fondée à mandater son syndic pour agir en justice en vue de l'enlèvement de ces objets ou constructions ».

Le style est classique des arrêts de la Cour de cassation : affirmation quasi-législative en majeure du syllogisme (la liberté religieuse ne peut rendre licite la violation d'un règlement de copropriété), une reprise du constat factuel en mineure (il y a bien eu violation des dispositions du règlement puisque la cabane portait atteinte à l'harmonie de l'immeuble) et une conclusion qui

s'en évince « logiquement » (l'assemblée générale était fondée à mandater son syndic pour agir en justice). D'où le rejet du pourvoi.

Mais pour le coup l'arrêt a été immédiatement critiqué sur un plan méthodologique. Ma collègue Dominique Fenouillet l'a fait en termes d'une très grande clarté en reprochant à la Cour de cassation de ne pas avoir respecté les prescriptions de la Conv. EDH(9). Pour rejeter un argument fondé sur une violation de l'article 9 de la Conv. EDH, écrit-elle, « ... la Cour de cassation aurait dû vérifier que la restriction apportée à la liberté de conscience répondait bien aux exigences de ce texte. Les conditions apportées par l'article 9, alinéa 2, de la Conv. EDH pour admettre une limite à la liberté de conscience étaient-elles réunies en l'espèce ? L'atteinte à la liberté religieuse était-elle prévue par une loi ? Poursuivait-elle une fin légitime ? Un rapport de proportionnalité existait-il entre l'atteinte à la liberté de conscience et la fin poursuivie ? ».

Il est inutile de revenir dans le détail sur la riche analyse à laquelle elle procède à partir de ce constat, sauf pour signaler certains points en essayant de vous faire toucher du doigt ce qui est vraiment en jeu dans le contrôle de proportionnalité.

Elle reconnaît d'abord que l'atteinte à la liberté religieuse est prévue par une loi car, derrière le règlement de copropriété, il y a la force obligatoire du contrat qui s'impose aux parties telle une loi au regard de l'article 1134 du code civil.

S'agissant de la « fin légitime » poursuivie, elle soutient que, d'un point de vue abstrait, il est possible d'admettre qu'un règlement de copropriété constitue une restriction aux droits individuels. Et de préciser : « S'agissant, ainsi, des règles relatives à l'utilisation des balcons, elles visent à préserver l'esthétique de l'immeuble (pas de véranda), ou la tranquillité du voisinage (pas de barbecue), ou la sécurité au sein de la copropriété (pas d'installation dangereuse) ». Néanmoins elle ajoute tout de suite qu'au regard du droit européen, il ne fallait pas s'en tenir à une vue abstraite, mais « vérifier concrètement l'existence, en fait, d'une finalité légitime ». À ce propos, elle retient que c'était probablement le cas en l'espèce et que l'arrêt d'appel avait d'ailleurs relevé que la cabane, qui « fait partie des ouvrages prohibés » par le règlement, « portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue ». Et elle ajoute que cet argument aurait pu être invoqué explicitement pour écarter le grief tiré de l'article 9 de la Conv. EDH.

Je vous cite ce passage, car il me semble ne pas faire de doute aux yeux de l'auteure que l'analyse concrète du cas d'espèce aurait permis d'écarter la violation d'un droit fondamental, et donc qu'il ne s'agit que d'une question de motivation. Or, nous allons bientôt voir que cette question fait l'objet de longs développements de la part des juges de la Cour suprême du Canada qui se demandent, entre autres, si le fait que la cabane soit visible de la rue suffit pour retenir qu'elle porte atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble et donc permettre au règlement de copropriété de l'emporter sur la liberté religieuse. Mme Fenouillet a perçu l'existence de « considérations juridiques » servant de fondement au débat - le règlement de copropriété sert différentes fins (l'esthétique, la tranquillité du voisinage, la sécurité) -mais elle n'en tire pas vraiment les conséquences. Continuons de la lire.

L'auteure s'interroge sur le « rapport suffisant de proportionnalité entre l'atteinte à la liberté de conscience constatée et l'intérêt protégé ». Et elle s'exprime en ces termes : « L'atteinte à la liberté de conscience était ici bien réelle, puisque le règlement de copropriété empêchait purement et simplement les époux de confession juive de se conformer à leur religion, qui "prescrit" effectivement une telle édification. Il est vrai que les exigences de la Thora restent assez souples : la religion recommande certes de construire des cabanes et d'y vivre pendant sept jours ; mais en cas d'impossibilité, la construction peut n'être pas réalisée et l'habitation peut être limitée (ainsi en cas de fortes pluies...). Il n'en demeure pas moins que l'impératif juridique (ne réaliser aucune des constructions interdites au règlement de copropriété) empêchait purement et simplement les fidèles de satisfaire à l'impératif religieux. La limite à la liberté de conscience était donc assez grave ». Vous verrez bientôt que cette question, qui est ici évacuée en quelques lignes, fait à nouveau l'objet de débats très approfondis de la part des juges de la Cour suprême du Canada. Ceux-ci s'y interrogent longuement sur ce que l'auteur qualifie d'abord de « recommandation », puis d'« impératif » religieux. Et ils s'interrogent aussi longuement sur ce que recommande vraiment la religion juive et aussi

sur les limites de ces recommandations. Autrement dit, ils s'interrogent sur la portée intrinsèque des « considérations juridiques » contenues dans le principe général de liberté religieuse : la construction des cabanes est-elle une obligation ou une recommandation ? Doit-on même se demander s'il s'agit objectivement d'une obligation ou d'une recommandation ? etc. Ici l'auteur ne s'interroge pas vraiment sur cette portée intrinsèque, sauf pour dire rapidement qu'elle lui semble relative, puisque l'habitation peut être limitée en cas de pluie.

En fait, l'auteure avait sous la main toutes les « considérations juridiques » propres à lui permettre d'opérer une « balance des intérêts », mais elle n'y procède pas vraiment, du moins à la manière des juges canadiens. On s'en aperçoit quand on lit ce qu'elle écrit un peu plus loin à propos du rapport de proportionnalité suffisant (qui implique cette fois de déterminer la portée, non plus intrinsèque, des considérations juridiques en jeu, mais relative les unes aux autres). Elle retient justement que la Cour de cassation aurait dû « vérifier que la restriction à la liberté de conscience admise n'était pas disproportionnée au but poursuivi. Ou au moins que les juges du fond avaient procédé à une telle vérification ». Mais cette fois-ci elle ne procède pas à cette analyse, car il n'y a précisément rien dans l'arrêt qui pourrait constituer un point de départ. Elle se borne à regretter que ce contrôle n'ait pas eu lieu, tout en indiquant qu'elle est tout à fait consciente de la difficulté qu'il engendre : « l'inconvénient d'un tel contrôle de proportionnalité est bien connu : il résulte de ce que la règle de droit générale se dilue dans des solutions d'espèces toujours plus proches des circonstances du cas ».

Je voudrais dire un mot sur cette appréciation, car elle est partagée par la plupart des juristes français : la balance des intérêts aboutirait à un droit casuistique, purement factuel. Or ce n'est pas le cas. Si vous m'avez suivi, vous aurez compris que la balance des intérêts ne porte pas sur des faits, mais sur des normes. Pour mettre en balance ces normes (règlement de copropriété *v.* liberté religieuse), il faut les décomposer en tenant compte des situations factuelles auxquelles elles se rapportent. Reprenons notre cas : le règlement de copropriété peut servir de multiples intérêts (harmonie de l'édifice, sécurité, tranquillité du voisinage) et il s'appuie sur un principe d'une portée certaine (la force obligatoire des contrats). Quant à la liberté religieuse, il faut aussi la décomposer : l'installation de cabanes constitue-t-elle une recommandation ou un impératif dans la religion juive ? Et quelle est la portée de cette recommandation / obligation ? etc. On aura ce faisant apprécié la portée intrinsèque des normes en conflit. Ensuite, il faudra en apprécier la portée relative. En l'occurrence, côté règlement de copropriété, c'est l'harmonie de l'édifice qui est mis en avant en l'espèce. Question : cette fin particulière peut-elle s'imposer à la liberté religieuse, et plus spécialement à son incarnation (si j'ose dire) dans l'installation de cabanes ? Ici la réponse dépendra de la portée intrinsèque que l'on confère à cette installation : s'agissant d'une simple recommandation, on peut imaginer qu'elle soit primée par la préservation de l'harmonie de l'immeuble. Mais il pourrait ne pas en être de même si l'on considérait qu'elle constitue un impératif absolu. Et l'on peut continuer : si c'est non plus l'harmonie de l'immeuble qui est mise en avant, mais la sécurité des copropriétaires, on peut imaginer que la solution ne soit pas identique, même si l'on retient que l'installation des cabanes est un impératif absolu. Ajoutons que, pour répondre à ces questions, il faudra faire entrer dans le débat des considérations de nature très variées qui ne sont pas toujours retenues comme proprement juridiques, plutôt morales, politiques, religieuses ou économiques, mais qui deviennent juridiques dès l'instant qu'elles sont mises dans la balance, et elles le sont toujours. Ce que nous allons voir bientôt en analysant le jugement de la Cour suprême.

On peut bien qualifier cet ensemble de « casuistique ». Cependant, celle-ci n'est pas purement factuelle. Elle combine des éléments factuels et juridiques, des éléments juridiques et des éléments qui ne le sont pas. Et c'est à vrai dire cela qui peut être embarrassant, pour ne pas dire très perturbant : la balance des intérêts fait exploser la distinction du droit et du fait, d'un côté, ce qui relève de l'argumentation que nous qualifierions de « juridique » de ce qui n'en relève pas, de l'autre.

En même temps, si l'on y réfléchit un peu, ce que remet en cause cette balance des intérêts, c'est l'absolutisme des solutions, la distinction binaire principe/exception, car ce qui est exigé du juge, c'est de réaliser un compromis entre des normes en conflit en créant une norme nouvelle, qui intègre en l'espèce des éléments de la liberté religieuse et certaines des prérogatives des

copropriétaires, qui en enlève quelques-unes et qui en conserve d'autres, le tout variant selon les situations en jeu et les prérogatives invoquées (ex. : le juge pourra ne pas raisonner de la même façon selon que le syndicat invoquera l'harmonie de l'immeuble ou sa sécurité, selon que les copropriétaires souhaiteront installer une cabane pour une semaine ou pour six mois)(10).

Nous allons maintenant le voir concrètement en allant regarder d'un peu plus près le jugement de la Cour suprême du 30 juin 2004 dans l'affaire *Syndicat Northcrest c/ Amselem* (11).

Les faits ne sont pas très éloignés de ceux ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation. Quatre juifs orthodoxes sont copropriétaires au sein d'immeubles luxueux situés à Montréal. Ils installent des « *souccahs* » (les « cabanes » de la Cour de cassation) sur leurs balcons respectifs pour se conformer aux prescriptions de la Bible pendant la fête religieuse juive du *Souccoth*. Le syndicat des copropriétaires demande le démantèlement de ces *souccahs*, au motif qu'elles contreviendraient au règlement de copropriété qui interdit notamment d'installer des décorations sur les balcons, d'apporter des modifications à ceux-ci et d'y faire des constructions. Différence par rapport à la situation française : le syndicat avait proposé de permettre aux quatre copropriétaires d'installer une *souccah* commune dans le jardin de l'immeuble. Les quatre copropriétaires ont rejeté cette proposition en soutenant qu'une *souccah* commune aurait pour effet, non seulement de leur créer des difficultés excessives dans l'observance de leur religion, mais également d'aller à l'encontre de leurs croyances religieuses personnelles qui, selon leurs affirmations, requièrent qu'ils installent chacun leur propre *souccah*, sur leur propre balcon. Le syndicat a alors sollicité l'interdiction d'installer des *souccahs* et au besoin l'autorisation de démolir les *souccahs* existantes. La demande de quatre copropriétaires est accueillie par la Cour supérieure (l'équivalent de nos juridictions de première instance) dont la décision est confirmée par la cour d'appel.

La Cour suprême retient l'affaire. Une précision : le juge Iaccobucci, qui rédige l'opinion majoritaire, a voulu donner une certaine ampleur à ce dossier pour fixer la politique de la Cour en matière de liberté religieuse, ce qui explique l'ampleur et la longueur du jugement.

La Cour va en particulier y retenir que les clauses du règlement de copropriété qui prohibent les constructions sur les balcons portent atteinte à la liberté de religion garantie par la charte québécoise. En conséquence, elle va annuler la décision de la cour d'appel et, comme elle est une pleine juridiction, déclarer que les quatre copropriétaires ont le droit d'installer une *souccah* sur leurs balcons respectifs pendant la fête annuelle du *Souccoth*, « sous réserve [précisera-t-elle] des engagements qu'ils ont pris relativement à l'emplacement et à l'esthétique générale de ces *souccahs* ».

Regardons le jugement d'un peu loin. Tout d'abord, il est précédé d'un long « sommaire », c'est-à-dire d'un résumé en plusieurs pages (14 en l'espèce). Commençant avec des mots-clés et donnant une synthèse des motifs (en l'occurrence majoritaires et minoritaires) suivie de l'énumération de la jurisprudence et de la doctrine citée. De manière générale, ces sommaires sont rédigés par les juristes au service de la Cour et sont revus par le « registraire ». Les juges ne le relisent pas avant publication. Ces sommaires sont utiles pour prendre connaissance rapidement de la teneur générale des jugements qui sont parfois fort longs, mais il est mal vu dans le milieu de les citer. Ne sont toujours mentionnés que les motifs eux-mêmes sous le nom de leur auteur (par ex. « le juge Iaccobucci ») dans le texte intégral de l'arrêt. Néanmoins, si les motifs sont unanimes, l'auteur n'est pas toujours nommément identifié.

Le jugement est long. Mais sa structure et sa longueur ne nous sont pas complètement étrangères. À certains égards, on a l'impression de lire le rapport d'un juge rapporteur dans une affaire de même calibre. C'est un peu comme si la Cour de cassation décidait demain de ne pas rédiger d'arrêt, mais de faire en sorte que le rapport, l'intégralité du rapport, tienne lieu d'arrêt (avec la note d'avis qui est aujourd'hui inconnue du public parce qu'elle relève du secret du délibéré). Eh bien, nous ne serions pas très loin du résultat obtenu par la Cour suprême dans notre affaire. Il faut d'ailleurs savoir qu'une fois que le délibéré a eu lieu, le juge en chef désigne parmi les juges qui ont emporté la majorité des suffrages celui ou celle qui rédigera le projet de jugement, projet qui est amené par la suite à circuler parmi les juges (qui n'auront plus l'occasion d'en reparler oralement), ce qui est un peu une façon de désigner un rapporteur, non pas avant, mais après l'audience.

Avec une réserve de taille : c'est que le rapport devient ici la position de la juridiction et qu'il est mis sous les yeux de tous et donc soumis au débat public. Bien plus, ce rapport est soumis à d'éventuelles critiques de rapports concurrents ! En l'espèce, au lieu d'avoir un seul rapport nous en avons trois : l'opinion majoritaire rédigée par le juge Iaccobucci à laquelle s'est ralliée la juge en chef et trois autres juges, ce qui fait au total cinq juges, une opinion minoritaire rédigée par le juge Bastarache à laquelle se sont ralliés deux juges, et enfin une opinion dissidente du seul juge Binnie.

La structure des opinions n'est par ailleurs nullement rigide et leurs plans ne sont pas identiques, en particulier parce qu'ils ne présentent pas les faits (tels qu'ils ont été établis par les juges de première instance) et ne posent pas les questions de droit exactement de la même manière.

Autre observation générale, cette fois non plus sur la structure du jugement, mais sur son style. Il est beaucoup plus libre que celui des arrêts de la Cour de cassation. Le jugement ne se présente évidemment pas sous la forme d'un syllogisme, mais plutôt sous celui d'une discussion ou d'un débat direct, franc, le plus souvent abordable par un public savant (qui ne se confond pas avec le public des seuls experts, et l'on sait qu'il faut être un grand expert pour comprendre les arrêts de la Cour de cassation française). Les opinions des juges de la Cour supérieure et de la cour d'appel y sont présentées longuement et réfutés le plus souvent avec un sens évident de la courtoisie. Comme je vous le disais, c'est une conversation entre juges qui se perçoivent comme des égaux.

Abordons maintenant le fond. Je vous propose d'étudier l'une après l'autre les trois opinions émises par les juges Iacobucci, Bastarache et Binnie.

Commençons par l'opinion majoritaire du juge Iacobucci. Je ne vais pas l'analyser dans le détail ; elle est déjà suffisamment détaillée comme cela ! Je vous donnerai seulement un aperçu de la manière dont les arguments sont agencés.

Le juge Iaccobucci commence par s'interroger sur la notion de liberté de religion qu'il va disséquer pour en fixer la portée que je qualifierai (pour conserver la terminologie que j'ai déjà employée) d'intrinsèque. À ce titre, il critique la vision très restrictive qu'en ont les premiers juges qui ont sollicité l'avis de deux rabbins. Il en retient une version subjective et personnelle. Pour lui, la liberté de religion ne protège pas « uniquement les aspects d'une croyance ou d'une conduite religieuse qui sont objectivement reconnus par les experts religieux comme des préceptes obligatoires d'une religion. Par conséquent, ceux qui invoquent la liberté de religion ne devraient pas être tenus d'établir la validité objective de leurs croyances en apportant la preuve que d'autres fidèles de la même religion les reconnaissent comme tels... » (n° 43). Et d'étayer son analyse en étudiant longuement la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis qui souscrit à une définition subjective de la liberté religieuse. Il en tire cette conséquence que « la protection de la *Charte* québécoise (et de la *Charte* canadienne) devrait s'appliquer tant aux expressions obligatoires de la foi qu'aux manifestations volontaires de celle-ci. C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle » (n° 47). Ainsi, écrit-il un peu plus loin, les femmes juives ne sont pas à proprement parler soumises à l'« obligation » d'habiter dans une *souccah* pendant la fête du *Souccoth*, mais si une femme juive croit sincèrement que le fait de s'asseoir dans une *souccah* et d'y prendre ses repas la rapproche de son créateur, sa croyance n'en est pas moins digne de protection.

Si je vous donne ces précisions, c'est parce que le débat ne semble pas même avoir été perçu en France. Souvenez-vous de ce qu'écrivait Mme Fenouillet à propos de l'arrêt de la Cour de cassation : elle parlait d'impératif religieux puis de recommandation de nature religieuse, intégrant du fait même une conception objective de la liberté religieuse, mais sans pousser plus loin l'analyse qui ne semblait pas dans le débat (ni le pourvoi ni le rapport n'y font référence).

Cela dit, dès l'instant que l'on retient une conception subjective de la liberté religieuse, on verse dans une autre discussion : il faut se demander si les plaignants étaient sincères dans leur conviction. Autre discussion majeure qui n'est pas escamotée. Les juges majoritaires se rallient ici à la doctrine d'un célèbre constitutionnaliste étatsunien qui soutient que l'examen de la sincérité du demandeur doit être aussi restreint que possible si l'on veut donner à

la liberté religieuse un périmètre suffisamment large. Conséquence pour le juge Iaccobucci : le tribunal doit s'assurer que « la croyance religieuse qui est invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice » (n° 52).

Nous n'en sommes ici qu'à la première étape de l'analyse : une personne qui présente un argument fondé sur la liberté religieuse doit démontrer (a) qu'elle possède une pratique ou une croyance qui est liée à la religion (un paragraphe de son opinion est consacré à ce qu'il faut entendre par « religion ») et requiert une conduite particulière, (b) que sa croyance est sincère.

Seconde étape : le juge détermine si l'entrave à l'exercice de ce droit est suffisante pour constituer une atteinte à la liberté de religion garantie par la Charte. Ce qui veut dire concrètement, selon lui, que le demandeur doit démontrer que la disposition législative ou contractuelle, ou la conduite, contestée entrave d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité d'agir en conformité avec ses croyances religieuses. Le juge Iacobucci s'interroge alors sur les justifications qui ont été invoquées pour limiter l'exercice de la liberté de religion des copropriétaires, afin de savoir si cette limite était plus que négligeable ou insignifiante. Il relève que le syndicat a entendu limiter la liberté religieuse en soutenant que les copropriétaires avaient droit à la jouissance paisible de leurs biens et à la sûreté de leur personne. On voit ici apparaître les « considérations juridiques » contenues dans le règlement de copropriété. Le travail de mise en balance peut commencer.

Une question est évacuée : il n'est pas nécessaire de rechercher si le fait d'habiter dans une *souccah* est ou non une obligation. Les premiers juges s'étaient focalisés sur cette question et avaient saisi à cet effet les autorités rabbiniques. En retenant qu'il ne s'agissait pas vraiment d'une obligation, ils pouvaient résoudre la question, en quelque sorte en amont, au profit du règlement de copropriété. En ayant une conception plus « libérale » ou plus extensive de la liberté religieuse, le juge Iaccobucci place le débat à un autre niveau : il y a bien eu atteinte à la liberté religieuse. Il faut donc analyser les justifications avancées par le syndicat des copropriétaires pour y porter atteinte.

Le juge Iaccobucci commence par la jouissance paisible qu'il analyse sous deux angles : la dépréciation éventuelle de l'immeuble et le maintien de son apparence uniforme et harmonieuse. Passons sur le premier angle qui n'aurait été pris en compte que si de nombreux copropriétaires avaient installé une *souccah* pendant une longue période. Arrêtons-nous un instant sur le second, ne serait-ce que parce qu'il nous permettra de comparer point pour point les considérations de nos deux Cours. Souvenez-vous de l'arrêt de la Cour de cassation qui fonde sa décision sur le fait que les cabanes portaient atteinte à l'harmonie de l'immeuble. Pour sa part, le juge Iaccobucci retient une solution exactement inverse en s'appuyant sur des arguments qui seraient incontestablement qualifiés d'« extra-juridiques » de ce côté-ci de l'Atlantique.

Je me permet de la citer un peu longuement : « (86) De même, il est impossible de concilier le fait de protéger la jouissance par les copropriétaires de leur bien en préservant l'apparence esthétique des balcons et en rehaussant ainsi l'harmonie externe de l'immeuble avec l'interdiction totale frappant l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. Bien que les copropriétaires puissent préférer vivre dans un immeuble présentant toute l'année une apparence extérieure uniforme et harmonieuse, la contrariété que pourrait causer l'installation de quelques *souccahs* pendant neuf jours chaque année serait sans doute bien insignifiante. (87) Dans un pays multiethnique et multiculturel comme le nôtre, qui souligne et fait connaître ses réalisations en matière de respect de la diversité culturelle et des droits de la personne, ainsi qu'en matière de promotion de la tolérance envers les minorités religieuses et culturelles - et qui constitue de bien des manières un exemple pour d'autres sociétés -, l'argument de l'intimé selon lequel le fait que de négligeables intérêts d'ordre esthétique subissant une atteinte minime devraient l'emporter sur l'exercice de la liberté de religion des appelants est inacceptable. De fait, la tolérance mutuelle constitue l'une des pierres d'assise de toute société démocratique. Vivre au sein d'une communauté qui s'efforce de maximiser l'étendue des droits de la personne requiert immanquablement l'ouverture aux droits d'autrui et la reconnaissance de ces droits. À cet égard, je dois dire que le fait de qualifier d'« intransigeance » le fait pour une personne d'observer strictement ses croyances religieuses, comme l'a fait le juge Morin au paragraphe 64,

ne contribue pas à l'élaboration d'une solution éclairée au litige dont nous sommes saisis ».

On peut être d'accord ou pas avec ce genre d'affirmation(12). Il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas factuelle. En l'occurrence, le juge Iaccobucci retient que l'esthétisme constitue une part négligeable du droit de propriété. Dit autrement : dès l'instant que le droit de propriété est confronté à la liberté religieuse, il ne se déploie plus intégralement. En ce sens, le juge Iaccobucci crée une norme nouvelle qui constitue en quelque sorte un compromis entre les considérations principales qui sont portées par les deux normes en conflit. D'un autre côté, il fait entrer dans son raisonnement des considérations de nature politiques (mais aussi morales) qui ne sont pas strictement « juridiques ». Avec la balance des intérêts, c'est aussi la frontière du « droit » et du « non-droit » qui devient poreuse.

Le juge Iaccobucci continue son analyse, cette fois au regard de la sécurité. Pour lui, cette « considération juridique » est importante et elle pourrait faire échec à l'exercice de la liberté religieuse : « J'estime moi aussi que, si l'existence d'inquiétudes touchant à la sécurité était solidement établie, elle devrait être prise en compte dans l'appréciation de toute limite imposée à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion » (n° 88). On voit ici que la liberté religieuse étant confrontée à un autre type de considération, le compromis juridique pourrait être différent. Néanmoins, le juge Iaccobucci résout la question en amont en observant qu'elle ne se posait pas en fait, puisque les appelants avaient proposé d'installer leur *souccah* de manière à ne bloquer aucune porte ni voie d'évacuation en cas d'incendie.

À ce stade, la balance penche du côté de ces derniers et les intimés sont privés d'une partie des prérogatives juridiques issues de leur droit de propriété (dont on voit qu'il est donc à contenu variable). Reste une question à résoudre que n'avait pas abordée la Cour de cassation puisqu'elle n'en était pas saisie : le juge Dalphond, de la Cour d'appel du Québec, avait retenu que les appelants avaient renoncé à leur droit à la liberté religieuse en signant la déclaration de copropriété.

Cette fois, c'est une autre considération juridique que le juge Iacobucci met en balance avec la liberté religieuse : la force obligatoire du contrat. L'argument qu'il retient est pour le coup assez classique : en un mot, il relève que les termes du contrat étaient assez ambigus et ne permettaient pas de justifier une prohibition absolue du droit d'installer une *souccah* sur les balcons et que cette ambiguïté faisait « obstacle à tout argument fondé sur l'existence d'un quelconque accord implicite ou renonciation de la part des appelants » (n° 95). Ce qui est une façon de dire qu'on ne peut renoncer à l'exercice d'un droit que de manière certaine et univoque. Il y ajoute néanmoins un argument de nature morale en ajoutant qu'en l'espèce « les appelants n'avaient pas d'autre choix que de signer la déclaration de copropriété s'il voulaient habiter [au sein de la copropriété] et que ce serait un geste à la fois indélicat et moralement répugnant que de suggérer que les appelants aillent tout simplement vivre ailleurs s'ils ne sont pas d'accord avec la clause restreignant leur droit à la liberté de religion » (n° 98).

Regardons maintenant l'opinion dissidente du juge Bastarache (un peu plus difficile à suivre). Il va à son tour reprendre la présentation des faits et des décisions antérieures, ce qui ajoute à la longueur de la décision. S'appuyant sur plusieurs jugements de la Cour suprême, il manifeste ensuite un premier désaccord avec son collègue Iaccobucci en soutenant qu'« un requérant doit faire la preuve que la conduite ou pratique réclamée au nom de la liberté de religion découle bien d'un précepte de sa religion » (n° 140) et qu'il doit établir « qu'il adhère sincèrement à ce principe » (n° 141). Puis il estime que la liberté de religion doit s'analyser au regard de l'article 9.1 de la *Charte* québécoise dont je vous rappelle les termes : « Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Après quelques pages où il essaie de fixer la portée de cet article, il retient que le tribunal qui se livre à un travail de conciliation doit se poser deux questions : « (1) Y a-t-il atteinte à un droit fondamental ? (2) Si oui, cette atteinte est-elle licite, compte tenu des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général ? Une réponse négative à cette deuxième question indique qu'il y a violation d'un droit fondamental » (n° 155).

Ce travail théorique effectué, le juge Bastarache l'applique aux faits. S'appuyant sur les éléments de preuve qui sont à sa disposition (encore une fois, il n'est pas question qu'il revienne sur les

faits tels qu'ils ont été établis par les premiers juges), il retient que les appelants ne commettraient pas un écart par rapport à leur précepte religieux que de ne pas construire leur propre *souccah*. Le débat s'arrête donc à ce stade : « l'interdiction de construire sa propre *souccah* ne porte pas atteinte à l'objet du droit à la liberté de religion des appelants » (n° 162). Pour reprendre les termes de ma grille d'analyse, le débat s'arrête après que le juge a mesuré la portée intrinsèque de la liberté de religion. Il n'est pas nécessaire de concilier la déclaration de copropriété et la liberté de religion à la lumière de l'article 9.1 de la *Charte* québécoise.

Le juge Bastarache fait néanmoins une exception pour un des appelants, M. Amselem, dont il a été établi en première instance qu'il est « le seul qui conçoit en termes d'un commandement divin l'obligation de faire une *souccah* sur son propre terrain » (n° 163). Pour lui seulement, le juge Bastarache passe donc à la seconde étape du raisonnement : l'atteinte au droit fondamental étant acquise, celle-ci est-elle licite au regard de l'article 9.1 ? Il aborde cette question sous l'angle du droit des copropriétaires à la jouissance paisible et à la libre disposition de leurs biens, ainsi que de leur droit à la sûreté. Il y ajoute ce qu'il nomme les « droits contractuels », car il ne conteste pas que la déclaration de copropriété interdisait la construction d'une *souccah*. Et il oppose cet ensemble au droit à la liberté religieuse.

Après avoir identifié ces « considérations juridiques » en conflit, le juge Bastarache semble manifester une certaine gêne pour les concilier. Il ne parle guère de l'harmonie de l'immeuble et prête plutôt attention à la sécurité. C'est ainsi qu'il relève que « la *souccah* individuelle, quant à elle, présente aussi de véritables inconvénients pour les autres copropriétaires : notamment elle obstrue une voie de secours, et, pendant la construction, les ascenseurs se trouvent bloqués à cause du transport de matériaux » (n° 177). En définitive, ce qui semble emporter sa conviction, c'est le fait que les appelants ne se soient guère montrés coopératifs, alors que le syndicat leur avait proposé un « accommodement raisonnable » (expression qui ne doit pas rebuter le lecteur français, celui-ci ne devant pas en profiter pour renvoyer le jugement de la Cour suprême à une forme d'exotisme interdisant toute comparaison, car elle aurait été qualifié en France de simple arrangement) : « En fin de compte, les appelants n'ont pas accepté l'offre du syndicat, soulevant plutôt une multitude des problèmes et de détails, sans jamais proposer quoi que ce soit d'autre qu'une *souccah* sur leur balcon » (n° 177). Ce qui lui fait conclure qu'il n'y a pas vraiment eu de violation du droit à la liberté religieuse.

Vient enfin l'opinion du juge Binnie (la plus incisive). Même si lui aussi rédige une opinion dissidente, il se distingue de son collègue Bastarache en ce qu'il se montre attaché, d'un côté, « au contrat privé dont ont volontairement convenu les parties (...), notamment les règles contractuelles énoncées dans la déclaration de copropriété » (n° 184), et, de l'autre, à la mesure d'accommodement proposée par le syndicat de copropriétaires(13). À ce titre, il reproche un peu plus loin aux appelants de prôner « une conception généreuse à l'égard des convictions religieuses et une vision restrictive des mesures d'accommodement raisonnables » (n° 191).

En définitive, il résume l'essentiel de son argumentation dans un seul paragraphe : (n° 185) « Il existe selon moi une énorme différence entre le fait d'utiliser la liberté de religion comme un bouclier contre les atteintes portées par l'État à la liberté de religion et le fait de l'utiliser contre des cocontractants dans un immeuble privé. Il appartenait aux appelants et non aux autres copropriétaires de déterminer, avant d'acheter leur appartement, quelles exigences étaient liées à leurs croyances religieuses. Il y avait plusieurs immeubles où ils pouvaient acheter. Ils se sont engagés par contrat envers les propriétaires de *cet* immeuble à respecter les règles de *cet* immeuble, même si (comme c'est apparemment le cas) ils ont accepté les règles sans les avoir lues. Ils ont ensuite rejeté la mesure d'accommodement proposée par les copropriétaires, en l'occurrence l'utilisation d'une *souccah* commune dans les jardins de l'immeuble, parce que cette proposition ne satisfaisait pas entièrement leurs opinions religieuses, bien que, comme nous le verrons plus loin, elle n'était pas incompatible avec ce que M. Moïse Amselem lui-même considérait être ses obligations religieuses dans le cas où il ne lui est tout simplement pas possible de disposer de sa propre *souccah* ».

En effet, le juge Binnie ira rechercher dans les éléments de fait établis par le premier juge la preuve que M. Amselem lui-même, le plus religieux des appelants, n'était pas absolument attaché à la construction d'une *souccah* commune, puisqu'il avait admis qu'il trouvait « des solutions

de rechange » et qu'il allait à la synagogue quand il n'avait pas la possibilité de construire une *souccah* individuelle.

Dans le long paragraphe où le juge Binnie justifie sa position, on retrouve la même structure argumentative que précédemment : celui-ci fait valoir une multitude de « considérations juridiques » (des principes, des règles, des faits, des valeurs morales, etc.), il apprécie leur portée intrinsèque (la portée d'un contrat librement consenti) et relative (la liberté religieuse n'a pas la même portée selon qu'elle intervient dans des rapports privés et dans des rapports avec l'État, ce qui fait que la liberté de religion n'a pas la même portée selon son contexte). Et, avec ce matériau, il essaie de fixer une règle nouvelle qui ne s'identifie pas totalement au droit de propriété avec tous ses attributs, ni à la liberté religieuse avec tous ces attributs. L'absolutisme juridique n'est ici plus de mise. Et cela parce que droits et libertés sont analysés *en contexte*, les uns par rapport aux autres.

Néanmoins une chose est certaine : le juge Binnie est loin de raisonner sous la forme d'un syllogisme. À mon sens, le voudrait-il qu'il ne le pourrait pas. Pour balancer toutes ces considérations en conflit, il fait de la *cuisine* avec l'ensemble des ingrédients (divers) dont il dispose. On pourrait cependant imaginer qu'il fasse autrement. Ailleurs qu'en France, certains essaient de *formaliser* la balance des intérêts, par exemple en mettant systématiquement au premier plan le critère de l'efficacité économique (le mouvement *Law & Economics* aux États-Unis). Mais c'est une autre question qui nous mènerait trop loin...

*

Ainsi est-il est temps de conclure. La Cour de cassation peut-elle aller dans le même sens que la Cour suprême ? Je crois vous l'avoir montré : le recours à la balance des intérêts qui est aujourd'hui imposé par la Conv. EDH, mais aussi par la CEDH, ne permet plus de s'en tenir au syllogisme. En ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 2006 a montré les limites de l'exercice. Est-ce si difficile que cela ? Je n'en suis pas certain. Sur le fond, vous vous posez souvent toutes les questions qui apparaissent en pleine lumière sous la plume des juges canadiens, mais ensuite vous espérez traduire le résultat de vos cogitations et de vos débats internes sous la forme d'un syllogisme. Ce qui n'est plus tenable dès lors que la « balance des intérêts » est création d'une norme nouvelle qui réalise un compromis entre des considérations juridiques conflictuelles que le contexte factuel fait apparaître. À mon sens, la question qui vous est posée est donc moins une question de fond qu'une question de forme : devez-vous conserver une forme abstraite et syllogistique au risque de vous faire accuser de ne pas assez « balancer », ou devez-vous faire évoluer le style et la structure de vos décisions, non seulement pour balancer (ce que, une nouvelle fois, vous faites très souvent), mais pour montrer comment vous balancez et soumettre ainsi vos solutions au débat public ? Sur le terrain de la forme, je crois que vous disposez des moyens de répondre à la question posée. Si, comme je le pense, les rapports des conseillers rapporteurs ressemblent parfois aux jugements de la Cour suprême du Canada, vous pourriez décider qu'ils constituent le point de départ de vos arrêts, du moins quand des questions de droits fondamentaux sont en jeu, et peut-être pas pour tous les dossiers où des droits fondamentaux sont en jeu, mais pour les plus importants seulement (ceux que vous pourriez soumettre à l'assemblée plénière). Quitte à chacun des conseillers à retravailler ce rapport après le délibéré pour lui donner sa forme définitive (un peu à la manière de la Cour suprême du Canada), ce qui exigera néanmoins de vous tous un grand sens du compromis, si vous ne souhaitez pas vous réserver la possibilité de rédiger des opinions séparées (qui, bien utilisées, sont un moyen de contrôler et d'améliorer la qualité des jugements).

Vous êtes les seuls juges (si j'ose dire) de la faisabilité de la méthode. Je conçois que c'est une petite révolution (et peut-être pas si « tranquille » que cela), mais il n'y aurait pas pire argument à y opposer que de dire que c'est contre notre tradition, car les traditions ne sont pas figées dans le marbre.

À ce propos, laissez-moi conclure par un point d'histoire. Lors des travaux du centenaire du code civil, en 1904, le Premier Président Ballot-Beaupré n'avait pas hésité à dire que la tradition devait évoluer. Prenant appui sur les travaux de Gény et Saleilles, il avait soutenu qu'en l'absence d'un texte législatif clair et précis, le juge disposait des pouvoirs d'interprétation les plus étendus et que la justice et la raison lui commandaient d'interpréter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne(14). À l'époque -

c'est-à-dire à une époque qui avait assez largement oublié les enseignements de Portalis - ce n'était pas rien de soutenir que le juge devait se libérer de l'emprise de la loi et qu'il devait en faire un texte vivant ! Aujourd'hui, de quoi s'agit-il ? À mon sens, essentiellement, en matière de droits fondamentaux, de mettre sur le devant de la scène des arguments qui n'apparaissent aujourd'hui qu'au cours du délibéré.

C'est à mon sens la question centrale, même si ce n'est pas une question simple. Il y a un siècle, Saleilles et Gény, et Ballot-Beaupré, ont voulu nous affranchir de cette fiction consistant à croire que la loi pouvait suffire à tout et qu'elle était dotée d'un sens immuable. Aujourd'hui, peut-être faut-il affranchir le public de cette autre fiction qui consiste à lui faire croire qu'un simple emprunt à la forme législative suffit à légitimer vos arrêts. C'est pour ma part l'enseignement que je tire de cet exercice de comparaison.

(1) Le style oral de la conférence a été en partie conservé et les références bibliographiques ont été limitées au maximum.
(2) F. Zenati, La nature juridique de la Cour de cassation, Cour de cassation, Bull. info n° 575 du 15 avr. 2003.
(3) J. G. Wetter, *The Styles of Appellate Judicial Opinions : a Case Study in Comparative Law*, A. W. Sythoff, Leyden, 1960, p. 32, cité par J. D. Heydon, Threats to Judicial Independence : the Enemy Within, (2013) 129 L.Q.R. 205, 206.

(4) V. en particulier M. Lasser, *Judicial Deliberations - A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford UP, 2004.

(5) H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, spéc. p. 155-168.
(6) Sur ce thème, et sur la question des « considérations juridiques conflictuelles », on peut très utilement consulter D. Kennedy, A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law, in R. Brownsword, Hans-W Micklitz, L. Niglia and S. Wheatherhill (ed.), *The Foundations of Europe Private Law*, Hart, 2011, p. 185 s.
(7) V. à ce propos les réflexions tirées par M. Jestaz du fameux arrêt *Perruche* qui suscita tant de critiques : Une question d'épistémologie - À propos de l'affaire *Perruche*, RTD civ. 2001. 547et s.
(8) Civ. 3e, 8 juin 2006, n° 05-14.774, D. 2006. 2887, note C. Atias AJDI 2007. 311, obs. P. Capoulade; *ibid.* 2006. 609, point de vue J. Raynaud; RTD civ. 2006. 722, obs. J.-P. Marguénaud; RJPF 2006, n° 10, p. 12, note E. Putman ; LPA 5 juill. 2006, n° 133, p. 9 et s., note D. Fenouillet.
(9) D. Fenouillet, note préc., spéc. I, B.
(10) On voit ici que le contrôle de proportionnalité a beaucoup à voir avec la théorie de l'abus des droits en ce que celle-ci remet aussi en cause le caractère absolu des droits et fait appel à la même technique de balance ou de « pesée des intérêts », selon l'expression de MM. Ghestin et Goubeaux (*Traité de droit civil - Introduction générale*, 4e éd., LGDJ, avec le concours de M. Fabre-Magnan, 1994, nos 804-805). Les deux paragraphes visés traduisent d'ailleurs fort bien la gêne qui fut celle de la doctrine française vis-à-vis d'une théorie (celle de l'abus des droits) qui, en faisait pénétrer dans l'ordonnancement du droit positif des considérations qualifiées d'« équité » et de « politique juridique », était susceptible de perturber fortement une pensée juridique française qui n'a jamais rompu avec un certain classicisme, ce qui explique que cette théorie ait été en définitive confinée à un rôle somme toute marginal (v. leur propos final au n° 805 : « Il est difficile sous peine d'accroître dangereusement les incertitudes, de lui faire jouer [à la théorie de l'abus des droits »] un rôle beaucoup plus important » que celui d'un « *correctif* apporté à la mise en oeuvre des droits »). À un siècle de distance, c'est peut-être la même pièce qui se joue à nouveau avec le contrôle de proportionnalité, mais à une échelle beaucoup plus vaste, ce qui expliquerait la virulence de certaines réactions doctrinales à l'égard des efforts de la Cour de cassation pour faire évoluer sa jurisprudence.
(11) Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c/ Amselem*, 30 juin 2004 [2004] 2 R.C.S. 551.

(12) Il est en particulier possible d'adopter une position exactement inverse, ce que laisse d'ailleurs entendre Mme Fenouillet dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation quand elle soutient qu'il est tentant de l'approuver pour une raison de « politique juridique » qui « tient dans le communautarisme religieux qui se développe dans la société contemporaine. La multiplication des revendications religieuses, parce qu'elle éprouve l'unité de la société, est de nature à justifier la

fermeté de la Cour de cassation : la règle de droit générale doit prévaloir sur les exigences de telle ou telle conscience ». L'ennui est que l'arrêt ne dit rien de cette considération de politique juridique, en laissant accroire que « c'est le Droit qui parle »...

(13) Ainsi que me l'a fait remarquer très justement l'un de mes auditeurs, le juge Binnie ne s'explique pas plus avant sur les raisons pour lesquelles il est attaché au contrat privé, le tout pour soutenir que, quelle que soit la longueur et la précision de la motivation, elle contient toujours une part d'ombre. Ce qui amenait cet auditeur à renvoyer dos-à-dos Cour de cassation française et Cour suprême du Canada. Je souscris en partie à cette opinion, car tout jugement est à mon sens fondé sur une « décision » et l'art du juge est peut-être de masquer le point (à défaut de meilleure expression) où il aurait pu pencher d'un côté ou de l'autre. Les juges français le masquent en procédant à des affirmations de facture syllogistique (le récent livre de Mme Céline Roux contient à ce propos une page très intéressante où elle écrit que, pour masquer la complexité des choses, elle allège, déleste, technicise « en usant et abusant du syllogisme » : *La juge de trente ans*, Seuil, 2014, p. 29). Les juges anglais de leur côté usent d'une autre méthode en refoulant les principes et en prétendant souvent s'en tenir à des appréciations qui se veulent « purement » factuelles. C'est en partant de considérations de ce genre que, durant les années 1930, les réalistes étatsuniens les plus radicaux ont soutenu qu'il n'était plus nécessaire de s'intéresser aux considérations doctrinales pour comprendre leurs décisions, mais qu'il convenait plutôt de regarder du côté de la psychologie des juges (« qu'ont-ils mangé au petit-déjeuner ? ») ou d'autres considérations non juridiques. Ce qui nous a valu, outre-Atlantique, près d'un siècle de recherches « comportementalistes ».

(14) Discours de M. Ballot-Beaupré, *Le centenaire du Code civil (1804-1904)*, Société d'études législatives, 1904, spéc. p. 26-28.

SÉANCE 9
LA PREUVE

Exercice :

- **Commentaire (méthode Mousseron) des arrêts :**
  - **Civ. 1ère, 27 novembre 1961**
  - **Civ, 1ère, 25 février 1997**
- **Analyse des arrêts : Soc., 7 juin 2006 et Civ. 1ère, 11 février 2010**
- **Commentaire de l'article 1315 du Code civil**
- **Lire :**
  - **J. Mestre, *Simplicité des principes gouvernant la charge de la preuve mais difficultés concrètes d'application*, RTD Civ. 1991, p.746**
  - **E. Vergès, *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer*, D. 2014, p.617**

Soc., 7 juin 2006, n°04-43.866

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 432-2-1 du code du travail ;

Attendu que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas fait l'objet, préalablement à son introduction, d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise ;

Attendu que M. X..., engagé le 3 août 1970 en qualité d'employé de commerce, a été licencié pour faute grave le 1er juin 2000 par son employeur, la société Continent France groupe Carrefour ;

Attendu que pour dire le licenciement fondé sur une faute grave, la cour d'appel a déclaré recevable la production d'un enregistrement du salarié effectué par l'employeur à l'aide d'une caméra de vidéo surveillance, estimant qu'il ne pouvait être sérieusement prétendu que le salarié ignorait l'existence de caméras vidéo destinées à détecter les vols perpétrés dans l'entreprise et utilisées depuis 1996 ainsi qu'il ressort de la consultation du CHSCT produite par l'employeur et annoncée par des affichettes dans le magasin ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le système de vidéo surveillance de la clientèle mis en place par l'employeur était également utilisé par celui-ci pour contrôler ses salariés sans information et consultation préalables du comité d'entreprise, en sorte que les enregistrements du salarié constituaient un moyen de preuve illicite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autre branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 octobre 2003, entre les parties, par la cour d'appel de Bourges ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans ;

Condamne les sociétés Continent France groupe Carrefour aux dépens ;

Civ. 1ère, 27 novembre 1961

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :
Attendu qu'a la fin de l'année 1948, dame E... a adresse un mandat télégraphique de 50.000 francs a Lesort-Pajot qui était a l'époque fiance a la fille de son mari ;

Que dame E... ayant assigne Lesort-Pajot en restitution, le défendeur, sans denier la réception du mandat télégraphique, fit valoir d'une part que la somme litigieuse avait, par lui, été versée a une agence immobilière a titre d'arrhes sur le prix d'une propriété rurale qui fut ultérieurement achetée au nom de dame e..., d'autre part qu'il s'était dessaisi

entre les mains de ladite dame du D... que lui avait délivré l'agence immobilière ;

Attendu qu'il est fait grief au tribunal, qui a débouté veuve E... de son action en remboursement, d'avoir admis que Lesort-Pajot était en droit de rapporter par présomption la preuve de la remise qu'il aurait faite a la demanderesse du d... constatant l'emploi de cette somme au profit de cette dernière, au motif qu'il avait été dans l'impossibilité de se procurer la preuve par écrit de cette remise en raison de ses liens de parente avec les époux E... et des bonnes relations existant entre les parties, alors d'une part que l'impossibilité de se réserver une preuve littérale ne saurait être fondée sur des liens d'alliance et qu'en l'espèce il n'y avait même aucun lien d'alliance entre Lesort-Pajot et dame E... qui n'était pas la mère de sa fiancée, et alors d'autre part que la remise d'un d... ne figure pas au nombre des actes énoncés par l'article 1348 du code civil et dont la preuve peut être faite par présomption lorsqu'il y eu impossibilité de se réserver une preuve écrite ;

Mais attendu que les juges du fond apprécient souverainement l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale de l'obligation au sens de l'article 1348 du code civil ;

Qu'en l'espèce le tribunal a déduit cette impossibilité "des rapports de parente qui étaient sur le point de s'établir" entre Lesort-Pajot, fiance a la fille du sieur e... et les époux e..., x... que "des bonnes relations qui existaient entre eux" ;

Qu'ainsi le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le second moyen : attendu que selon le pourvoi le jugement attaque a tenu pour constant a... que Lesort-Pajot aurait verse la somme litigieuse a titre d'arrhes de la vente consentie dans la suite par un tiers a veuve e..., fait qui était seulement allégué mais non prouve, sans répondre aux conclusions de ladite dame c... démontraient qu'il n'avait pas ete verse d'arrhes a l'occasion de ladite vente ;

Mais attendu que le tribunal n'était pas tenu de répondre par des motifs spéciaux aux arguments des parties et notamment a celui que veuve e... prétendait tirer de ce que l'acte de vente de la propriété ne faisait pas mention d'un versement antérieur d'arrhes ;

Que par les autres motifs, les juges du fond ont justifie leur décision ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fonde ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi forme contre le jugement rendu le 31 mars 1954 par le tribunal civil de Dieppe. no 1.793 civ. 54. Dame veuve E... c/ Roger b.... président : M. Bornet. - rapporteur : m. janvier. - avocat général : M. Ithier. - avocats : MM. Y... et Z.... a rapprocher : 22 octobre 1956, bull. 1956, i, no 364 (1er), p. 292. 17 mars 1958, bull. 1958, i, no 153, p. 117. 12 juillet 1960, bull. 1960, i, no 388, p. 318.

Civ. 1ère, 25 février 1997, n°94-19.685

Sur le moyen unique pris en ses deux dernières branches :

Vu l'article 1315 du Code civil ;

Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ;

Attendu qu'à l'occasion d'une coloscopie avec ablation d'un polype réalisée par le docteur X..., M. Y... a subi une perforation intestinale ; qu'au soutien de son action contre ce médecin, M. Y... a fait valoir qu'il ne l'avait pas informé du risque de perforation au cours d'une telle intervention ; que la cour d'appel a écarté ce moyen et débouté M. Y... de son action au motif qu'il lui appartenait de rapporter la preuve de ce que le praticien ne l'avait pas averti de ce risque, ce qu'il ne faisait pas dès lors qu'il ne produisait aux débats aucun élément accréditant sa thèse ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deux premières branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 juillet 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Angers.

Civ. 1ère, 11 février 2010, n°09-12372

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

Vu l'article 1348 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... qui avait entretenu une liaison avec M. Y... l'a fait assigner en paiement d'une somme d'argent qu'elle prétendait lui avoir avancée ;

Attendu que pour la débouter de cette demande, l'arrêt, après avoir constaté qu'il n'était pas contesté qu'aucun acte répondant aux prévisions de l'article 1341 du code civil n'étant intervenu entre les parties qui se trouvaient en raison de leur relation affective dans l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale de l'avance de frais alléguée, écarte les attestations produites, "en l'absence de tout commencement de preuve par écrit" ;

Qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les deux autres branches :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 janvier 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Douai, autrement composée ;

Condamne M. Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne M. Y... à payer la somme de 2 000 euros à Mme X... ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par Mme Crédeville, conseiller le plus ancien faisant fonction de président en son audience publique du onze février deux mille dix.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Blanc, avocat aux Conseils pour Mme X....

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Madame X... de sa demande en paiement contre Monsieur Y...,

Aux motifs, propres, qu'aucun écrit répondant aux prévisions de l'article 1341 du code civil n'était intervenu entre Madame X... et Monsieur Y..., lesquels se trouvaient en raison de leurs relations affectives dans l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale de cet acte juridique qui pouvait être prouvé par tout moyen ; qu'en l'absence de tout commencement de preuve par écrit, les attestations rédigées par des amis de Madame X... n'étaient pas de nature à démontrer l'existence de l'obligation de remboursement pesant prétendument sur Monsieur Y... ; qu'il ressortait de l'examen des pièces produites que Madame X... avait réglé certaines factures établies à son nom ; qu'elle avait aussi acquitté des sommes dues par Monsieur Y..., au titre notamment de la location de l'emplacement de la caravane ou de dettes de loyers ; que cependant, l'appelante ne démontrait pas avoir, de cette manière, enrichi son concubin dont la situation financière justifiait, selon ses dires, le dépôt d'un dossier de surendettement ; qu'elle était par conséquent mal fondée à se prévaloir de la théorie de l'enrichissement sans cause au soutien de sa demande en paiement ; qu'il fallait considérer que les versements effectués régulièrement par Madame X... pour le compte de Monsieur Y..., durant la vie de couple, principalement en règlement de dépenses courantes (courses, gas-oil, loyers, assurances) témoignaient d'une intention libérale de Madame X... à son égard ;

Et aux motifs, adoptés du tribunal, que n'étaient pas contestées les relations affectives ayant existé entre les parties permettant de faire application de l'article 1348 du code civil ; que constituait un commencement de preuve par écrit tout acte écrit émanant de celui contre lequel la demande était formée ; que les attestations produites par la demanderesse ne répondaient pas à ces conditions, car rédigées par des amis du couple, elles ne pouvaient en aucun cas être regardées comme des écrits émanant de Monsieur Y... ;

Alors que 1°) l'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite rend recevable la preuve par témoins sans que soit nécessaire la production d'un commencement de preuve par écrit ; que la cour d'appel, qui a relevé l'impossibilité morale de se

procurer une preuve littérale et a écarté les attestations de témoins en l'absence de tout commencement de preuve par écrit, a violé les articles 1341, 1347 et 1348 du code civil ;

Alors que 2°) l'action en enrichissement sans cause est recevable et fondée dès lors que celui qui l'engage démontre l'avantage qu'il a, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit ; que la cour d'appel, qui a constaté que Madame X... avait acquitté des sommes dues par Monsieur Y... et a rejeté sa demande au motif inopérant que la situation financière de son concubin justifiait le dépôt d'un dossier de surendettement, a violé l'article 1371 du code civil ;
Alors que 3°) la charge de prouver l'intention libérale incombe à celui qui s'en prévaut ; qu'en ayant énoncé que les versements effectués régulièrement par Madame X... pour le compte de Monsieur Y... devaient être considérés comme témoignant d'une intention libérale quand Monsieur Y... n'avait ni démontré ni même allégué une quelconque intention libérale dans ses conclusions, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil.

Décision attaquée: Cour d'appel de Douai du jeudi 15 janvier 2009

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du sept juin deux mille six.

DOCTRINE

- **J. Mestre, *Simplicité des principes gouvernant la charge de la preuve mais difficultés concrètes d'application*, RTD Civ. 1991, p.746**

Comme on l'a déjà plusieurs fois constaté (cette *Revue* 1985.733 et 1988.755), la Cour de cassation veille très attentivement au respect par les juges du fond des termes de l'article 1315, alinéa 1er : à celui qui réclame l'exécution de l'obligation de la prouver ; à lui, dès lors, de succomber s'il ne le fait pas ou si, plus généralement, « la lumière n'est pas faite sur l'existence de l'obligation » (R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil*, *permanences et transformations*, 1955, p. 101). Plusieurs arrêts illustrent à nouveau ce risque de la preuve en même temps d'ailleurs que ses difficultés concrètes d'application.

Ainsi, un arrêt de *la première chambre civile du 15 novembre 1989* (*Bull. civ.* I, n° 349, p. 236). Un négociant en matériaux avait assigné un maître d'ouvrage en paiement d'une somme de 38 000 F, représentant le solde de factures établies du 5 août au 12 décembre 1981 pour diverses fournitures, mais le défendeur objecta que c'était le maçon, auquel il avait confié une partie de la construction de sa villa, qui devait faire son affaire des matériaux. La cour d'Aix (19 mai 1987) le condamna cependant au motif qu'il ne contestait ni la livraison desdites fournitures sur le chantier, ni leur prix, qu'il avait accepté le règlement de l'une des factures litigieuses à concurrence de 35 000 F, acquittée par chèque le 14 octobre 1981, et que ce paiement partiel effectué sans réserve impliquait reconnaissance de sa qualité de débiteur du prix des matériaux dès lors qu'il ne justifiait pas avoir agi au nom et en l'acquit du maçon, dont aucun élément n'établissait l'intervention dans la commande des fournitures litigieuses. En d'autres termes, les juges du fond avaient implicitement mais clairement fait peser la charge de la preuve sur le prétendu débiteur, en déduisant l'existence de son obligation du défaut de preuve de son inexistence. La Cour de cassation exerce logiquement sa censure sous le visa de l'article 1315 : « en statuant ainsi, mettant à la charge de B. (le maître de l'ouvrage) la preuve de ce qu'il n'avait effectué le paiement partiel qu'au nom et en l'acquit de G. (le maçon), alors qu'il appartenait à F. (le négociant en matériaux) de rapporter la preuve de ce que B. était engagé envers lui à payer l'ensemble des fournitures objet des factures, obligation dont l'existence ne pouvait être déduite du seul paiement partiel effectué par B. qui niait avoir passé commande, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé le textes susvisé ». Le message est clair : c'est au créancier d'établir l'existence de l'obligation ; ce n'est pas au

débiteur à en prouver l'existence (rappr. Com. 6 mai 1980, *Bull. civ.* IV, n° 176, p. 140).

Même enseignement dans un arrêt de la *chambre commerciale du 23 octobre 1990* (*Bull. civ.* IV, n° 251, p. 175). Assignée en paiement de marchandises qu'elle avait achetées à Mme de Bouter, la société Arnaud soutenait n'avoir reçu qu'une partie de sa commande et en avoir payé le prix. Le tribunal de commerce de Marseille accueillit cependant l'intégralité de la demande de la venderesse en observant que la société ne rapportait pas la preuve de ce que les marchandises restant dues n'avaient jamais été livrées. Mais la Cour de cassation l'a censuré pour violation, ici encore, de l'article 1315 : au créancier d'établir qu'il a bien rempli son obligation de livraison et qu'il est donc à présent fondé à réclamer celle corrélative de l'acquéreur de payer le prix (rappr. Civ. 2e, 9 oct. 1975, *Bull. civ.* II, n° 248, p. 199 ; Com. 9 nov. 1984, *ibid.* IV, n° 235, p. 176). Solution très justifiée et qui a le mérite de rappeler aux juges du fond qu'ils ne doivent pas se laisser en quelque sorte emporter, dans le jeu de l'article 1315, par certains moyens de défense : dès lors que le défendeur ne reconnaît pas sa dette, c'est au créancier de supporter entièrement la preuve, peu important dès lors l'argumentation développée par son adversaire...

Ou encore l'inexistence de son argumentation ! C'est ce que souligne un autre arrêt de la Cour de cassation, rendu cette fois par *la première chambre civile* (*6 nov. 1990*, *Bull. civ.* I, n° 234, p. 167). Le tribunal de Vence (24 mars 1989) avait condamné M. Bucher à payer à EDF une somme de 2 819 F représentant le montant d'une facture d'électricité pour les consommations du 2 octobre 1985 au 13 octobre 1986 après déduction de paiements intermédiaires, en se bornant à énoncer que la facture datée du 20 octobre 1986 au nom de M. Bucher était produite par EDF et que celui-ci n'avait émis aucune protestation à la réception de la facture. Mais la Cour de cassation l'a désavoué au regard de l'article 1315 : « en statuant ainsi, après avoir constaté que les « abonnements EDF » ne sont pas matérialisés par un contrat écrit et sans rechercher de quel élément résultait la preuve de l'engagement de M. Bucher, lequel soutenait ne pas avoir souscrit d'abonnement, la production par la demanderesse de la facture et le fait que son destinataire n'a pas protesté lors de sa réception étant insuffisants à cet égard, le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Le point est important : l'article 1315, alinéa 1er et son principe ne doivent pas être occultés par l'absence de réserves ou les difficultés de « contre-preuve » du débiteur. Les juges du fond n'ont pas, en effet, à s'engager dans une sorte de pesée des preuves fournies spontanément par chacun des plaideurs, ou encore sur la voie d'une intime conviction vers laquelle ils pourraient assez naturellement incliner. La Cour de cassation y est très attentive comme en témoigne encore, dans un domaine décidément propice à l'exercice de la cassation, un arrêt de censure rendu par *la chambre commerciale le 18 juin 1991* (*SA Etablissement Fabre c/ SA Veyret*, inédit). La société Fabre, concessionnaire de la marque Ford, avait vendu à MJ. une voiture d'occasion, que celui-ci fit réparer peu après chez un autre concessionnaire de la marque, la société Veyet. Or, en vertu d'un protocole national de garantie de certains véhicules d'occasion interne au réseau Ford, le concessionnaire vendeur doit prendre en charge, pendant la période de garantie, le coût des réparations effectuées par l'un de ses collègues, mais sous la condition que celui-là ait préalablement donné son accord. La société Veyet ayant demandé le prix des réparations effectuées à la société Fabre, celle-ci contesta qu'elle ait donné un tel accord, mais les juges du fond passèrent outre en observant que la société Veyet avait précisé qu'elle avait obtenu l'accord téléphonique du responsable du service après-vente de la société Fabre, laquelle se bornait à contester cet accord sans fournir aucun élément qui l'infirmait, ni aucune preuve contraire. La chambre commerciale les censure car « en se déterminant par de tels motifs, alors qu'il appartenait à la société Veyet d'apporter la preuve de l'accord dont elle se prévalait, le tribunal a violé l'article 1315, alinéa 1er ».

Il reste naturellement que si la preuve de l'obligation est apportée par le créancier, c'est au débiteur, placé en situation de contre-attaquant, d'établir ensuite sa libération : par exemple, le remboursement si son adversaire a prouvé le prêt comme le rappelle très banalement *la première chambre civile* dans un arrêt du *6 juin 1990* (*Bull. civ.* I, n° 143, p. 102). Deux précisions intéressantes toutefois dans la mise en oeuvre de l'article 1315, alinéa 2 : d'abord, l'énonciation dans un acte notarié que le prix a été payé dès avant la signature de l'acte et hors la comptabilité du notaire, par la remise d'un chèque, laisse à l'acquéreur la charge de prouver qu'il s'est effectivement libéré (*Civ. 3e, 7 nov. 1990, Bull. civ.* III, n° 225, p. 129, reprenant la solution de Civ. 3e, 7 mars 1973, *ibid.* III, n° 185, p. 134) ; ensuite, l'application de ce texte conduit à faire peser sur le débiteur qui se prévaut d'une

exception d'inexécution la preuve que celle-ci est bien fondée et donc que le créancier qui lui réclame aujourd'hui paiement n'a pas lui-même exécuté sa prestation. Autrement dit, le demandeur doit simplement établir que, sur la base du contrat, il a une créance contre le défendeur ; s'il y parvient, c'est à ce dernier récalcitrant de prouver à son tour l'inexécution du
premier. La solution est logique, qui dispense le créancier d'établir initialement l'accomplissement de sa propre prestation, mais n'est pas toujours là encore d'une mise en oeuvre sans problème, comme en témoigne le nombre des arrêts de cassation (V. ainsi par ex. Civ. 3e, 7 déc. 1988, *Bull. civ.* III, n° 181, p. 98), auxquels on rajoutera un arrêt de la *première chambre civile* du *18 décembre 1990* (*Bull. civ.* I, n° 296, p. 207).

Selon une lettre d'engagement du 13 mars 1986, le président du festival de Carpentras avait chargé M. Maeso d'assurer la promotion des manifestations du festival auprès des médias sur le plan national, voire international afin d'obtenir des flashs. La rémunération de l'intéressé avait été fixée à 40 000 F, 15 000 F devant être versés à la signature du contrat, 15 000 le mois suivant, et le solde à la fin du festival. Or, M. Maeso ne perçut que le premier acompte, son cocontractant refusant de lui régler le reste au motif qu'il n'aurait rempli ses obligations que de façon très partielle, et les juges du fond le déboutèrent de son action en paiement en observant qu'il ne rapportait pas la preuve qu'il ait accompli lui-même toutes les diligences souhaitées et indispensables susceptibles de justifier un règlement intégral des honoraires, et qu'il ne démontrait pas suffisamment qu'il avait normalement rempli l'obligation de moyens lui incombant. Mais la Cour de cassation a logiquement rétabli l'ordre naturel des choses : « en statuant ainsi, alors qu'il appartenait au festival de Carpentras, qui invoquait l'exception d'inexécution en alléguant que M. Maeso n'avait rempli que partiellement l'obligation de moyens par lui contractée, d'établir cette inexécution, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve ».

- **E. Vergès, *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer*, D. 2014, p.617**

La réforme du droit des obligations anime la communauté juridique depuis le début des années 2000. Après avoir suscité de nombreux avant-projets et rapports, elle se trouve au coeur d'une controverse politique entre le gouvernement, qui souhaite légiférer par voie d'ordonnance, et le Parlement, qui entend débattre d'une réforme fondamentale du code civil. On comprend que des sujets aussi essentiels que la disparition de la cause, la généralisation des clauses abusives ou la reconnaissance de la théorie de l'imprévision suscitent l'intérêt et la discussion, tant dans les milieux académiques que politiques. Toutefois, la réforme engagée contient en son sein un pan fondamental du droit civil, qui échappe largement à la controverse et à l'attention des juristes. Il s'agit de la réforme de la preuve civile, qui apparaît dans le document de travail présenté par le ministère de la justice, le 23 octobre 2013 (1), sous le masque de la « preuve de l'obligation ».

Le droit de la preuve civile se situe étrangement, depuis l'origine du code civil, dans un chapitre VI placé en toute fin du titre relatif aux contrats et aux obligations conventionnelles. Pourtant, la doctrine s'accorde à dire que les règles contenues dans ce chapitre ne sont pas réservées à la preuve des obligations, mais décrivent plus généralement le droit civil de la preuve. On trouve l'explication de cette situation chez plusieurs auteurs, qui décrivent comment le code civil a reproduit un plan imaginé par Pothier (2). Certains ont vu dans cette organisation un « vice de méthode » et n'ont pas hésité à parler, à propos des règles du code civil, d'une « théorie des preuves » qui domine l'ensemble du droit privé (3) et qui doit être enseignée dans les ouvrages et cours d'introduction au droit (4). Cette tradition est d'ailleurs respectée aujourd'hui dans l'enseignement du droit civil à l'Université.

Le droit de la preuve civile peut être regardé comme une discipline à part entière, à cheval sur le fond et la forme, à l'instar de la prescription. Pourtant, alors que la prescription a bénéficié d'une réforme autonome (5), issue d'une réflexion théorique et pratique, le droit de la preuve demeure le chapitre négligé du droit des obligations. Il n'a pas été oublié par les réformateurs, puisque cinq projets de réforme relatifs aux obligations intègrent des dispositions sur la preuve civile (6). Mais, si l'on entre dans le détail de ces projets, on s'aperçoit que les standards communs aux grandes réformes du code civil y sont absents. D'abord, la théorie de

la preuve résulte, non pas du code civil, mais de l'accumulation des travaux doctrinaux depuis deux siècles. Pourtant, le résultat de cet effort théorique et conceptuel ne se retrouve pas dans les projets de réforme. Ensuite, depuis 1804, la jurisprudence a considérablement fait évoluer les structures générales du droit de la preuve. Des principes aussi essentiels que le droit à la preuve ou la loyauté de la preuve ont été consacrés. A l'instar de la responsabilité civile, le droit de la preuve est aujourd'hui largement dominé par des principes jurisprudentiels, qui devraient trouver leur place dans le code civil. Toutefois, ces principes sont omis dans le projet du gouvernement. Enfin, de nombreuses règles de preuve reposent sur des valeurs ancestrales et dépassées. Il en est ainsi de l'aveu et du serment, qui traduisent une conception historique et mystique de la vérité. La valeur de ces preuves doit être repensée dans le contexte de la justice rationnelle contemporaine.

Le projet actuel a pour principal objectif de toiletter les dispositions du code civil relatives à la preuve. Issu d'une combinaison des propositions des différents groupes de travail, il vise à supprimer les articles inutiles ou datés, à remplacer des expressions anciennes par d'autres plus modernes, à gommer certaines imperfections marginales. Pourtant, le traitement de la preuve dans le code civil comporte plusieurs omissions et imperfections de taille qui méritent d'être corrigées ; et cela nécessite une réforme de grande ampleur. Comme toute grande réforme, celle du droit de la preuve doit s'appuyer sur des fondements théoriques (I) et proposer un contenu nouveau, issu des évolutions du droit positif et adapté à une conception moderne de la justice (II).

I - Fondements et méthode de la réforme du droit de la preuve

Le droit de la preuve, en raison de sa dispersion, doit reposer sur des fondements théoriques solides, que l'on peut trouver dans la *summa divisio* entre la théorie générale de la preuve et le droit des preuves spéciales (A). Au-delà de cette construction, il est nécessaire de tenir compte de certains éléments clés qui donnent à une réforme son ampleur et sa modernité (B).

A - La *summa divisio* : théorie générale de la preuve et droit des preuves spéciales

Exposé de la *summa divisio* . Le droit de la preuve trouve sa structure fondamentale dans une *summa divisio* entre la théorie générale de la preuve et le droit des preuves spéciales (7). Cette structure est identique à celle du droit des contrats. Les modes de preuve sont des preuves spéciales, dont le régime juridique est défini par un texte. On peut les comparer à des contrats nommés et les désigner par l'expression « preuves nommées ». Au-delà de ce droit spécial, il existe une théorie générale qui domine l'ensemble des preuves, nommées et innomées (8). Cette théorie est composée de règles transversales, organisées en quatre grands ensembles thématiques : l'objet de la preuve, la charge de la preuve, la constitution du dossier probatoire (9) et l'appréciation de la preuve. Le projet du gouvernement scinde les règles de preuve en trois sections : I. Dispositions générales, II. L'admissibilité des modes de preuve, III. Les différents modes de preuve. Les deux premières sections peuvent être rattachées à la théorie générale, mais elles comportent de nombreuses lacunes. Par exemple, on n'y trouve pas un principe aussi général que l'interdiction de se constituer une preuve à soi-même. A l'inverse, les principes généraux sur l'appréciation de la preuve sont éparpillés en autant de règles spéciales que de modes de preuve, sans esprit de système. Cet éparpillement emporte des confusions qui conduisent les juges à appliquer le principe de légalité de la preuve, dans les domaines où la preuve est libre (10). Il existe ainsi, dans le droit positif, une confusion entre les règles générales et les règles propres à chaque mode de preuve. Cette confusion pourrait être éliminée en clarifiant les relations entre le code civil et le code de procédure civile.

Le droit de la preuve : droit substantiel et droit processuel. Dans l'esprit juridique commun, les règles de preuve se divisent entre celles qui relèvent du droit substantiel et celles qui relèvent du droit processuel. Le projet de réforme conforte ce cloisonnement par un article qui dispose que « l'administration de la preuve et les contestations qui s'y rapportent sont régies par le code de procédure civile » (11). S'agissant de la preuve, cette distinction pèche par manque de fondement théorique, car il n'existe pas de frontière entre ces catégories. Ainsi, les principes relatifs à la charge de la preuve figurent dans les deux codes (12), sans que l'on puisse dire que la charge de la preuve est une règle de fond ou de procédure. Dans le même esprit, le principe de licéité des preuves est exprimé à l'article 9 du code de procédure civile, mais le projet de réforme du code civil prévoit de créer une section relative à l'admissibilité des modes de preuve (13). Or ces deux questions sont intimement liées, puisque les preuves illicites sont écartées des débats. Elles ne sont donc pas

admissibles. Plus précisément encore, les règles relatives au désaveu d'écriture figurent à la fois dans le code civil et dans le code de procédure civile (14), et le projet de réforme reprend cette organisation (15). Dès lors, il est bien délicat de trancher la question de savoir si le régime du désaveu d'écriture est composé de règles de fond ou de forme.

Une autre organisation des règles de preuve est pourtant possible. Elle prendrait appui sur la *summa divisio* entre la théorie générale de la preuve et le droit des preuves spéciales. Le code civil pourrait regrouper l'ensemble des principes qui composent la théorie générale de la preuve. Le code de procédure civile contiendrait les modes de preuve et les procédures afférentes à ces preuves spéciales. L'écrit, l'aveu, le serment, trouveraient ainsi leur place naturelle dans le code de procédure civile, à côté des mesures d'instruction, de la comparution des parties ou des déclarations des tiers.

Le droit de la preuve dans le code civil. Les règles de la preuve civile ne sont pas liées uniquement au droit des obligations. Elles doivent trouver leur place dans un titre autonome du code civil. Les principes relatifs à la charge de la preuve, à la liberté de la preuve ou au droit à la preuve concernent toutes les branches du droit civil (16). Cette idée est exprimée dans certains projets doctrinaux, sans jamais être concrétisée (17). Créer un titre dédié aux règles de preuve ne présente pourtant aucune difficulté, ni technique, ni politique. En revanche, cela donnerait une cohérence et une accessibilité à la matière. Un titre du code civil intitulé « La preuve » pourrait ainsi regrouper l'ensemble des règles relatives à la théorie de la preuve. La portée générale de ces règles en serait confortée.

B - Les clés de la réforme du droit de la preuve

Transposer les évolutions jurisprudentielles. Comme d'autres branches du droit civil, le droit de la preuve est marqué par une évolution jurisprudentielle de grande ampleur. L'actuel projet de réforme ignore la plupart des décisions qui ont marqué cette évolution. Par exemple, l'arrêt rendu le 5 avril 2012 par la première chambre civile consacre le principe du droit à la preuve (18), que la doctrine avait dégagé depuis la fin des années 70 (19). Parallèlement, dans un esprit d'équilibre, la Cour de cassation a développé les applications du principe de licéité des preuves, comme l'illustre la montée en puissance du droit au respect de la vie privée depuis l'arrêt *Nikon* (20), jusqu'à ses derniers développements dans le contentieux familial (21) ou celui de l'assurance (22). Au fil de ces décisions, la Cour de cassation a construit un raisonnement fondé sur le rapport de proportionnalité qui permet de concilier le droit à la preuve et le principe de licéité de la preuve. Ce raisonnement mérite d'être consacré dans un texte. La Cour de cassation a également apporté des innovations sur la question de la force probante de certains modes de preuve. Ainsi, l'expertise privée produite par une partie a-t-elle désormais valeur de demi-preuve, au sens où le juge ne peut se fonder sur ce mode de preuve que s'il est corroboré par d'autres éléments (23). La liste des innovations jurisprudentielles est longue et l'une des clés de la réforme consisterait à intégrer ces évolutions dans le droit écrit.

Trancher les controverses. La réforme devrait également permettre de trancher les grandes controverses du droit de la preuve. Certaines d'entre elles animent les débats doctrinaux depuis plusieurs décennies, sans avoir reçu de réponse jurisprudentielle claire. Il en est ainsi de la distinction entre charge de la preuve et risque de la preuve (24). La théorie du risque de la preuve connaît un fort succès en doctrine, mais elle est ignorée par la Cour de cassation et ne se retrouve que de façon sporadique dans les pourvois contre certains arrêts d'appel. La question se pose, dès lors, de savoir si le risque de la preuve traduit une règle de droit positif ou une description scientifique de l'état du droit. Dans le premier cas, la règle devrait figurer dans un code. Dans le second, elle devrait rester dans le champ doctrinal. Cette controverse mérite d'être tranchée.

Instaurer un esprit de système. Le code civil donne le sentiment que le droit civil est dominé par le système des preuves légales. En réalité, il n'en est rien. La doctrine et la jurisprudence énoncent de concert que la preuve des faits juridiques est libre (25). La preuve légale se réduit aux actes juridiques et le projet de réforme prévoit d'ailleurs de consacrer ce principe (26). Mais cette consécration conserve toute son ambiguïté. Il s'agit uniquement de reconnaître la liberté de produire et non celle d'apprécier les preuves. Le système des preuves libres comprend pourtant ces deux règles complémentaires (27).

Dans le code civil, l'esprit de système fait défaut. La lecture des travaux préparatoires montre que les rédacteurs ont réglementé chaque mode de preuve, sans rechercher la logique des systèmes de preuve. Ils ont ainsi marqué leur confiance dans l'écrit et

leur défiance dans le témoignage (28). L'aveu et le serment y ont pris une place de choix, sans explication particulière (29). L'esprit du système des preuves légales est apparu plus tard, dans les travaux de Bentham sur la preuve préconstituée (30). L'auteur montre que les preuves préconstituées présentent un double intérêt. D'une part, elles ont un effet préventif en établissant à l'égard des parties la preuve des droits ; de sorte que la contestation de leur existence devient difficile. D'autre part, en établissant un fait de façon incontestable, elles apportent de la « sûreté » au juge. Le système des preuves légales est imprégné par cette théorie de la préconstitution. Le code civil restreint l'admissibilité de certains modes de preuve à des fins de sécurisation des situations juridiques. Le contrat constitue ainsi le terrain d'élection de la preuve légale. On retrouve de telles restrictions à propos de la preuve non contentieuse de la filiation (31) ou du recours à l'expertise génétique (32), car le droit de la filiation est, partiellement, imprégné d'un esprit de sécurité. Mais la sécurité est aussi une forme d'entrave à la recherche de la vérité. Par exemple, donner pleine foi à une quittance de paiement inscrite dans un acte notarié permet d'anticiper tout litige sur l'existence d'un paiement, mais cela n'apporte aucune certitude sur l'existence réelle du paiement. Lorsque l'impératif de sécurité n'existe pas, le droit s'ouvre à la liberté de la preuve, car cette liberté multiplie les chances de s'approcher de la réalité. La preuve par tous moyens, et son corollaire la liberté d'apprécier les preuves, sont les deux principes qui permettent au juge de se forger une conviction, en accumulant les preuves sans limite légale.

Ces deux systèmes de preuve sont dominés par un esprit radicalement différent : sécurité d'un côté, vérité de l'autre. Aussi, toutes les fois que la sécurité n'impose pas la légalité des preuves, la liberté doit dominer : celle de produire des preuves et celle de les apprécier. Dès lors, on comprend mal que le code civil puisse lier le juge par certains modes de preuve dans des domaines où la preuve est libre. Par exemple, on peut s'interroger sur l'intérêt qu'il y a à conférer une force probante décisive à l'aveu judiciaire (33). Cette preuve sacralisée n'est pas plus fiable qu'un témoignage. La force probante de l'aveu judiciaire est une survivance d'un rapport ancestral et irrationnel à la preuve (34). On peut encore se demander pourquoi l'aveu a une valeur probante spécifique en matière civile, alors qu'il en est dénué en matière pénale. Le rapport du droit civil et du droit pénal à la vérité serait-il aujourd'hui si différent ? Dans ces deux domaines, la recherche de la vérité constitue pourtant un objectif d'égale valeur. Cette asymétrie de force probante se retrouve si l'on compare des modes de preuve, sinon similaires, tout au moins comparables, tels que le constat d'huissier et l'expertise judiciaire. Le premier fait foi jusqu'à preuve contraire (35), alors que l'expertise n'est dotée d'aucune force particulière. Pourtant, les garanties de compétence et d'indépendance de l'expert et les règles permettant de contrôler l'exercice de sa mission confèrent une fiabilité à l'expertise, qui n'a rien à envier au constat d'huissier (36). Une dernière illustration d'incohérence peut être relevée en droit positif. La preuve du paiement, qui est un fait juridique, est libre (37). Mais la preuve du non-paiement est soumise à la preuve légale. Ainsi, le créancier qui a délivré une quittance à la suite d'une erreur informatique ne peut plus prouver par tout moyen le non-paiement. La preuve contre la quittance doit se faire par écrit, alors que le non-paiement est un fait juridique (38).

Ainsi, le droit civil de la preuve n'est pas guidé par un esprit de système. Chaque mode de preuve possède sa propre force probante. Cette force ne dépend pas de l'objet de la preuve (39). La liberté de la preuve concerne la production, mais pas l'appréciation des preuves. Cette solution n'est ni cohérente, ni souhaitable. Certes, il existe des domaines dans lesquels la preuve doit être préconstituée et d'autres dans lesquels les situations juridiques doivent être sécurisées (40). Lorsqu'un impératif impose de limiter l'admissibilité des preuves, alors la légalité de la preuve trouve sa justification. Dans tous les autres domaines, seule la liberté permet de s'approcher des faits et donc de l'objectif de recherche de la vérité. Dès lors, il n'existe aucun intérêt à lier le juge par certains modes de preuve. La cohérence d'une réforme réside dans sa capacité à mettre fin à des règles ancestrales, dont la survie ne tient qu'à la force de la tradition et de l'inertie. Cette cohérence peut être trouvée dans l'organisation du droit de la preuve autour de principes généraux.

II - Les principes généraux de la réforme du droit de la preuve

Le contenu de la réforme doit prendre appui sur la théorie générale de la preuve. Cette méthode est au coeur des mécanismes de construction du droit français. Le code civil doit aux théoriciens une partie de sa longévité. De même, le code de procédure civile est une construction qui prend appui directement sur la pensée d'Henri Motulsky. Le droit de la preuve n'a, quant à lui, pas trouvé sa structure théorique.

Cette structure pourrait consister à intégrer dans le code civil les principes généraux du droit de la preuve. Ces principes ne dessinent pas un droit commun, mais une théorie générale qui se compose de règles transversales applicables à toutes les preuves. En regroupant ces principes, il est possible de proposer une réforme du droit de la preuve construite en quatre pans : l'objet de la preuve (A), la charge de la preuve (B), la constitution du dossier probatoire (C) et l'appréciation des preuves (D).

A - L'objet de la preuve

L'objet de la preuve est totalement oublié dans le projet de réforme. Pourtant, les auteurs ne manquent pas d'évoquer ce thème essentiel du droit de la preuve (41). L'objet de la preuve nécessite *a minima* de trancher deux grandes questions, l'une relative à la règle du fait pertinent, l'autre à la théorie du fait constant.

Le fait pertinent. Il existe, en droit français, une grande ambiguïté sur la règle du fait pertinent. Cette règle peut être définie de la façon suivante : sont seules admissibles les preuves qui tendent à établir l'existence d'un fait pertinent pour la résolution du litige. Les définitions du « fait pertinent » varient. Certains auteurs évoquent un fait qui « fait avancer le débat », qui « présente un lien logique avec le litige » (42) ou qui est susceptible d'influencer la décision (43). La règle selon laquelle la preuve des faits non pertinents doit être écartée des débats repose sur plusieurs fondements. Il s'agit d'abord d'éviter que le dossier probatoire gonfle artificiellement et que le travail du juge en soit alourdi. Il s'agit ensuite d'empêcher que le débat soit obscurci par un nuage de faits périphériques au litige. Il s'agit enfin d'éviter qu'une partie tente de déplacer le débat vers des faits qui lui sont favorables, mais qui ne portent pas directement sur l'objet du litige.

La question se pose donc de savoir s'il faut admettre toutes les offres de preuve, même celles qui s'éloignent des faits pertinents, ou s'il est nécessaire d'opérer un tri. Dans certains systèmes juridiques, la règle de la pertinence figure parmi les principes essentiels du droit de la preuve. Tel est le cas dans les systèmes de *common law*. Aux Etats-Unis, les *federal rules of evidence* contiennent un chapitre intitulé « *relevance and its limits* » (44). La règle est encore exprimée dans le code civil québécois (45). On la retrouve dans les procédures mixtes, telles que la procédure espagnole (46). En droit français, la règle de la pertinence est marquée par une ambivalence. Certains auteurs n'hésitent pas à affirmer qu'une offre de preuve qui ne porte pas sur un fait pertinent doit être « repoussée » (47). De son côté, la Cour de cassation est loin d'être aussi radicale et il faut distinguer, à cet égard, l'offre et la demande de preuve. S'agissant de l'offre de preuve, la Cour de cassation semble laisser la question de la pertinence à l'appréciation souveraine des juges du fond, mais les arrêts en la matière sont loin d'être clairs, car la haute juridiction ne dit rien sur la recevabilité des preuves non pertinentes (48). S'agissant de la demande de preuve, la situation est différente, car le plaideur ne dispose pas de la preuve et il demande au juge de l'aider à l'obtenir. Il doit donc démontrer que le fait à prouver est pertinent pour que le juge fasse droit à une demande d'enquête ou de mesure d'instruction (49).

Le futur projet de loi devrait clarifier la règle de la pertinence de la preuve en répondant aux questions suivantes : cette règle doit-elle être consacrée en droit français ? Doit-elle conduire à écarter des débats la preuve portant sur un fait non pertinent ? Doit-elle concerner uniquement la demande de preuve ou s'étendre à l'offre de preuve ?

Le fait constant. La théorie du fait constant (50) est également évoquée sous la formule de la nécessité de prouver uniquement les « faits contestés » (51). Les faits allégués, qui ne sont pas contestés par l'adversaire, devraient ainsi s'imposer au juge comme des faits constants et donc établis. Cette solution ancienne ne correspond plus à l'état du droit positif. La Cour de cassation a adopté une jurisprudence stable selon laquelle les juges du fond ne sont pas tenus de considérer que les faits allégués par une partie sont constants, au seul motif qu'ils n'ont pas été contestés (52). Toutefois, comme le rappellent certains hauts magistrats, « s'ils ne sont pas contestés, les faits même non prouvés peuvent aussi être tenus pour acquis » (53). Cette situation est énoncée telle une évidence et elle est d'ailleurs soutenue par certains raisonnements doctrinaux (54). Mais la faculté, pour le juge, de retenir dans sa décision un fait constant qui n'a pas été prouvé n'est exprimée par aucune règle de droit écrit. Une clarification est donc nécessaire sur ce point. Un article devrait être intégré dans le code civil, autorisant le juge à considérer comme « constant » ou « prouvé » un fait, au seul motif qu'il n'a pas été contesté par une autre partie au procès, après avoir provoqué les

explications des parties.

B - La charge de la preuve

Les règles relatives à la charge de la preuve paraissent claires et bien établies. La charge de la preuve serait ainsi définie à l'article 1315 du code civil, et celle-ci pourrait être modifiée par des présomptions. Cette simplicité apparente dissimule une grande complexité et un certain nombre de confusions.

Confusions quant à la charge initiale de la preuve. La charge de la preuve fait l'objet de deux règles écrites : l'article 1315 du code civil et l'article 9 du code de procédure civile. La doctrine a coutume de dire que ces deux articles énoncent la même règle et qu'il n'existe pas de raison de changer cet état de fait (55). Dans cet esprit, le projet gouvernemental reproduit à l'identique l'article 1315 du code civil (56). En réalité, les deux textes ne sont similaires qu'en apparence. L'article 1315 fait reposer la charge de la preuve alternativement sur celui qui demande l'exécution d'une obligation et sur celui qui se prétend libéré. En revanche, l'article 9 du code de procédure civile lie la charge de la preuve à l'allégation. Le critère de rattachement est donc différent. Par exemple, dans un litige sur la responsabilité contractuelle, l'article 1315 du code de civil prévoit que la victime qui invoque l'inexécution de l'obligation contractuelle doit simplement démontrer l'existence du contrat. Il reviendra alors au débiteur de prouver qu'il a exécuté le contrat et donc, qu'il n'a pas commis de faute. Si l'on applique littéralement l'article 1315, la faute contractuelle est présumée dès que l'existence du contrat est prouvée. A l'inverse, l'article 9 du code de procédure civile implique que la victime supporte la charge de la preuve de la faute qu'elle allègue. A partir de cet exemple, on s'aperçoit que les deux articles énoncent parfois des règles opposées. L'harmonie n'existe donc pas entre ces deux dispositions. L'article 1315 du code civil n'a pu survivre à cette contradiction qu'à l'aide d'une jurisprudence qui l'applique avec une infinie souplesse. Cette disposition devrait être réécrite pour rattacher la charge de la preuve à l'allégation. L'article 9 du code de procédure civile n'aurait alors plus de raison d'être et pourrait être supprimé.

Ambiguïté de la catégorie des présomptions. Dans le code civil, les présomptions se divisent sommairement en présomptions légales et présomptions du fait de l'homme. Elles sont traitées à la fois comme des dispenses de preuve et des modes de preuve. Le projet gouvernemental prévoit de scinder ces deux catégories. Les présomptions légales seraient rattachées à la charge de la preuve, alors que les présomptions du fait de l'homme seraient considérées comme des modes de preuve. L'unité des présomptions serait ainsi rompue. Cette option est souhaitable, mais il est nécessaire d'aller plus loin. D'une part, la catégorie des présomptions légales doit être modernisée. L'effet de ces présomptions ne peut être réduit à une « dispense de preuve » comme le prévoit le projet de réforme (57). Ainsi, une présomption qui déplace l'objet de la preuve ne constitue pas une dispense de preuve. Par exemple, celui qui prouve qu'il est inscrit au registre du commerce et des sociétés est présumé avoir la qualité de commerçant (58). Il n'est pas dispensé de preuve, mais la preuve qui lui incombe n'a pas le même objet que son allégation. D'autre part, la notion de présomption légale est réductrice. En effet, la jurisprudence crée régulièrement de nouvelles présomptions qui s'appliquent avec la même généralité que les présomptions légales (59). Il en est ainsi lorsque la Cour de cassation inverse la charge de la preuve de l'origine d'une infection nosocomiale, en imposant à l'établissement de santé de démontrer qu'il n'est pas à l'origine de cette infection (60). Ces présomptions jurisprudentielles s'étendent aux domaines les plus divers (61). Elles illustrent la très grande latitude d'action dont le juge dispose pour répartir la charge de la preuve. Il conviendrait de viser dans le code civil, non pas les « présomptions légales », mais les « présomptions de droit ».

La notion de présomption irréfragable mériterait également d'être précisée. Le projet gouvernemental reprend *in extenso* la formule du projet « Terré 3 », selon laquelle la présomption irréfragable peut être renversée par l'aveu ou le serment. Il s'agit du régime des présomptions légales du code de 1804. Mais, depuis, le concept a évolué. La Cour de cassation et le législateur ont reconnu comme irréfragables certaines présomptions qui n'admettent aucune preuve contraire. Il en est ainsi de la libération du débiteur par la remise volontaire d'un titre original (62), de la désignation du bénéficiaire de l'aval d'une lettre de change (63), de la présomption de représentativité de certains syndicats (64) ou encore de certaines clauses « regardées, de manière irréfragable, comme abusives » (65). Il est ainsi nécessaire de reconnaître l'existence d'une autre catégorie de présomptions qui ne sont pas susceptibles d'être combattues (66).

C - La constitution du dossier probatoire

La question du dossier probatoire est généralement renvoyée au code de procédure civile qui traite de l'administration de la preuve. Encore une fois, cette vision est réductrice. Le concept de « constitution du dossier probatoire » est plus large et il permet de décrire un double mouvement de réunion et d'exclusion des preuves. Ce double mouvement est dominé par de nombreux principes qui devraient être rassemblés dans le code civil.

Principes relatifs à la réunion des preuves. Le projet de réforme prévoit d'introduire dans le code civil le principe de la liberté de la preuve des faits juridiques et, de façon corrélative, le principe de légalité de la preuve des actes juridiques. Cette inscription de la liberté de la preuve dans le code est bienvenue, mais elle bute sur l'absence de généralité du concept de « fait juridique ». Par exemple, il est difficile de parler de fait juridique lorsque la preuve porte sur le nom d'une personne ou sur la qualité d'auteur d'un artiste. La catégorie des faits juridiques est vaine. A cet égard, la proposition du projet « Terré 3 » est convaincante. Ce projet propose de définir un principe général de liberté de la preuve applicable « hors les cas où la loi en dispose autrement ». Par conséquent, la preuve légale serait logiquement conçue comme une exception au principe de liberté de la preuve qui domine le droit privé.

A côté de la liberté, le code civil devrait reconnaître le « droit à la preuve », qui a été consacré récemment par la Cour de cassation (67), mais qui existait déjà de façon latente. Pour éviter les difficultés d'application, le droit à la preuve devrait être limité à l'offre de preuve et ne pas concerner la demande de preuve. En effet, il est nécessaire de reconnaître à tout plaideur le droit de produire en justice les preuves utiles au succès de sa prétention. Cette règle semble aller de soi, mais son affirmation garantit un équilibre avec le principe de licéité des preuves.

Principes relatifs à l'exclusion des preuves. L'exclusion des preuves découle du contrôle de leur admissibilité. Ce contrôle est opéré au regard de deux principes très différents : le principe de licéité des preuves, qui s'impose de façon générale, et le principe de légalité des preuves (68), dont le domaine est limité.

La licéité est exprimée à l'article 9 du code de procédure civile. Elle s'entend du respect des principes généraux du droit de la preuve et des règles techniques propres à chaque preuve. La licéité s'impose à toutes les preuves, quel que soit le système de preuve (libre ou légale). Au-delà des principes déjà mentionnés par le code de procédure civile (69), le code civil devrait énoncer trois principes essentiels, dans un article qui prescrirait qu'une preuve peut être écartée, si elle porte atteinte à la vie privée, à un secret juridiquement protégé (70) ou si elle a été obtenue de façon déloyale. Ces trois principes (vie privée, secret, loyauté) sont régulièrement visés par la Cour de cassation et ils méritent de figurer parmi les principes généraux du droit de la preuve. Mais ils doivent également être conciliés avec le droit à la preuve. A ce titre, la Cour de cassation a adopté une méthode qui consiste à mesurer la proportionnalité de l'atteinte à un droit par rapport à l'intérêt que constitue la production d'une preuve (71). Elle l'applique notamment pour arbitrer un conflit entre droit à la preuve et vie privée. Cette méthode de conciliation devrait être étendue à tous les conflits qui opposent le droit à la preuve et l'un des principes lié à la licéité des preuves.

L'exclusion d'une preuve concerne ensuite le principe de légalité de la preuve. Depuis le code civil, la légalité de la preuve s'impose aux actes juridiques, et le projet de réforme propose d'ajouter qu'il peut être dérogé à ce principe par convention (72). Mais le projet de réforme omet des éléments essentiels du système des preuves légales. Par exemple, rien n'est dit sur le principe selon lequel « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » appliqué avec constance par la Cour de cassation à la preuve des actes juridiques (73). Plus regrettable encore, la définition de la preuve écrite laisse planer un doute sur la nature juridique de nombreux documents qui ne présentent pas les garanties de l'acte sous seing privé papier ou électronique. Il en est ainsi du courriel (74), du document PDF sur lequel a été apposée une signature scannée, de la télécopie (75), de la quittance non signée émise par informatique, etc. En d'autres termes, les ambiguïtés du code ne sont pas levées par la réforme, ce qui est préjudiciable à la sécurité des transactions qui se multiplient sous ces formes écrites contemporaines.

D - L'appréciation des preuves

Le projet de réforme, à l'instar du code civil, aménage individuellement la force probante de chaque mode de preuve : l'acte authentique, l'acte sous signature privée, les registres professionnels, les copies, etc. Par ailleurs, il définit les modes de résolution des conflits de preuves. Il en est ainsi des conflits entre deux écrits ou entre un écrit et un

témoignage. Cet ensemble de règles emporte deux effets généraux. D'une part, il existe une hiérarchie légale entre les modes de preuve. D'autre part, le juge est lié par la force probante définie par la loi (76). Ces deux caractéristiques entrent en contradiction avec le principe de liberté de la preuve en dehors du champ des actes juridiques.

Libérer l'appréciation de la preuve. La difficulté tient au fait que les règles définissant la force probante des modes de preuve sont d'application générale. Elles s'imposent à la preuve des actes, comme à celle des faits. Or la preuve des faits étant libre, le juge devrait pouvoir apprécier librement la force probante de chaque mode de preuve. Telle n'est pas la solution retenue en jurisprudence. Dans un exemple topique, la Cour de cassation a eu à faire face à un conflit de preuves portant sur la date de délivrance d'un congé par un bailleur. Le congé avait été signifié en mairie par un huissier dans les délais imposés par la loi. Pourtant, l'employée de mairie attestait que le congé avait été délivré à une autre date. La preuve portait donc sur un fait juridique : la date de délivrance du congé. La Cour de cassation a considéré que la date de signification d'un acte par un huissier de justice faisait foi jusqu'à inscription de faux et que cette preuve ne pouvait pas être contredite par un témoignage (77). Pourtant, dans cette affaire, la fiabilité du témoignage était corroborée par d'autres éléments qui rendaient les constatations de l'huissier hautement improbables (78). Ainsi, le constat d'huissier liait le juge, mais sa fiabilité était contestable. Dans un tel contexte, on comprend mal l'intérêt de lier le juge par une preuve que l'on sait inexacte. La force probante contredit la vérité et remet en cause la fonction même des règles de preuve. Il est donc essentiel de libérer l'appréciation des preuves hors du domaine des actes juridiques ou des cas limités prévus par la loi (79).

Définir le principe de l'intime conviction. La signification de l'intime conviction en droit français est discutée. Deux courants de pensée s'affrontent. Selon le premier, l'intime conviction impose une certitude au juge (80). Cela signifie que la partie sur laquelle repose la charge de la preuve doit prouver le fait allégué jusqu'à le rendre certain ; et le juge ne peut fonder sa décision que sur des faits avérés. Cette conception de l'intime conviction repose notamment sur la règle selon laquelle le doute est préjudiciable à la partie à qui incombe la charge de la preuve (81), et sur l'interdiction pour le juge de se fonder sur des motifs dubitatifs ou hypothétiques (82). Certains arrêts retiennent d'ailleurs explicitement le critère de la certitude (83). Un autre courant doctrinal affirme que l'intime conviction ne se confond pas avec la certitude et que le juge peut fonder sa décision sur une forte probabilité (84). Cette thèse repose sur une conception pragmatique du syllogisme juridictionnel, en adéquation avec la pratique. Elle est corroborée par un courant jurisprudentiel qui rejette l'exigence d'une « preuve scientifique » (85) et qui admet qu'en situation d'incertitude, la preuve puisse reposer sur un faisceau d'indices constituant des présomptions du fait de l'homme (86).

Le principe de l'intime conviction est si fondamental en droit français que sa signification ne devrait pas donner lieu à controverse. A titre de comparaison, en Allemagne, la Cour fédérale de justice a apporté une réponse claire sur le degré de conviction que doit atteindre le juge. Dès 1970, elle a affirmé que le juge devait atteindre une « conviction personnelle à partir d'une probabilité à la frontière de la certitude » (87). Dans cet esprit, le projet Catala proposait d'adopter une conception souple de l'intime conviction. Suggérant que le juge apprécie la valeur des preuves « en conscience », le projet ajoutait que « dans le doute, le juge s'en tient à la plus forte vraisemblance ». La formule est maladroite, car elle renvoie au standard de preuve bien connu en *common law* : celui de la preuve prépondérante (88). Ce standard repose sur une probabilité de plus de 50 % et il s'éloigne donc de l'intime conviction. La position du droit allemand est plus proche de la culture française. Un article pourrait ainsi être inséré dans le code civil pour préciser que, dans les domaines où la preuve est libre, toutes les preuves produites en justice sont appréciées par le juge « en conscience », ce dernier pouvant fonder sa décision « sur une probabilité proche de la certitude ».

Conclusion. Le droit de la preuve dans le code civil ne concerne pas seulement la preuve des obligations. Il structure une grande partie de la théorie de la preuve civile. Le droit de la preuve constitue un pan autonome du droit civil. Il serait difficilement imaginable que, dans ce domaine, deux siècles de doctrine et d'évolutions jurisprudentielles soient ignorés par un projet qui se propose de réformer le code civil en profondeur. On comprendrait mal que des principes aussi fondamentaux que le droit à la preuve, la loyauté de la preuve ou l'interdiction de se constituer une preuve ne figurent pas dans le code civil du XXIe siècle. On ne comprendrait pas plus les raisons d'ignorer les questions relatives à l'objet de la preuve ou de ne pas clarifier les relations entre les

systèmes de preuve. L'enjeu de la réforme du droit de la preuve est aussi considérable que celui qui préside à la réforme du droit des obligations. Certes, la doctrine du droit de la preuve est plus dispersée et moins visible. Ses auteurs n'ont pas su se faire entendre lorsque les projets relatifs aux obligations ont émergé. Pourtant, il existe des éléments de réponse pour construire un droit de la preuve tourné vers l'avenir, plutôt qu'ancré dans un lointain passé et on peut souhaiter qu'au ministère de la justice et au Parlement, des personnes attentives à l'enjeu d'une telle réforme pourront s'en saisir.

ANNEXES

Chapitre II

L'HYPOTHÈSE DU NON-DROIT *

Les juristes dogmatiques pensent, sinon que tout est droit, du moins que le droit a vocation à être partout, à tout envelopper, à soutenir, comme un idéal, tout l'univers habité. Il règne, chez les juristes dogmatiques, à la fois un idéal et un postulat de panjurisme. Une théorie comme l'universalité du droit de punir (en droit pénal international) trahit naïvement ce panjurisme foncier.

La sociologie du droit, du temps qu'elle faisait ses premiers pas, aurait souvent incliné à la même attitude. Parce qu'elle voyait dans le juridique la forme la plus achevée du social (à cause de la sanction organisée), il lui semblait que, la société étant partout, le droit ne devait être absent de nulle part, et elle le concevait comme un continu sans faille.

Parvenue par la maturité à plus de compréhension, la sociologie juridique d'aujourd'hui a cessé de revendiquer pour le droit cette ubiquité divine. Elle reconnaît que tout le social n'est point juridique, outre que, dans les rapports entre les hommes, il s'en rencontre peut-être qui échappent au droit parce qu'ils ne sont même pas socialisés. Elle en vient ainsi à admettre que le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine, qu'il y a, dans les sociétés, des vides de droit, et elle pose, au moins comme une hypothèse, à côté du droit, le non-droit.

Le non-droit, s'il faut en donner une première approximation, est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu

---

* Le texte avait paru pour la première fois dans les *Archives de philosophie du droit,* 1963, Sirey, édit. et avait scandalisé, sur le moment, mon ami Charles EISENMANN, admirateur et traducteur de la *Théorie pure de droit* de KELSEN. Cf. dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* 2e éd., 1993, v° Non droit, l'article d'André-Jean ARNAUD ; et dans la *Revue de Recherche Juridique, Droit prospectif,* 1995 (1), p. 13 et s., la minutieuse critique d'Alain SÉRIAUX. Ne pas manquer d'y ajouter, de Jean PÉRIN, savant psychanalyste, un article débordant d'humour, au *Journal français de psychiatrie*, n° 12, 4e trim. 2000, p. 19-23 : « *L'a-droit* ou un espace vert pour la psychanalyse ».

vocation théorique à être présent. Ce n'est pas, bien entendu, l'anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif (1). Ce n'est pas non plus le sous-droit, tel qu'il peut se produire dans la sous-culture de certains groupements particuliers. Les phénomènes que l'on qualifie d'infrajuridiques — ainsi, le droit folklorique, ou la coutume ouvrière (au sens de Maxime Leroy) — apparaissent comme du droit dégradé, à tout le moins du droit imparfait (parce que non étatique) : ce sont, en tout cas, eux aussi, des phénomènes positifs. Le non-droit, au contraire, une négativité, une absence caractéristique.

Deux réflexions, à cet endroit, peuvent être proposées : l'une qui aggrave la difficulté de l'hypothèse, l'autre qui l'atténue quelque peu.

La réflexion maximisante est que le non-droit n'est pas simplement le non-contentieux. Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable, dans un minimum de sociabilité. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux — cette pathologie — est infiniment plus petit que le droit. Mais l'hypothèse du non-droit ne se réduit pas à n'être qu'un non-contentieux : elle a un sens beaucoup plus grave : c'est que l'homme pourrait bien n'avoir même pas besoin du droit.

La réflexion minimisante est que la différence du droit au non-droit, différence de nature s'il en fut, peut tout de même, assez souvent, être ramenée à une différence de degré : la différence de plus de droit à moins de droit. Ce passage d'un ordre de différence à l'autre est légitime d'un point de vue sociologique, parce que, d'un tel point de vue, le droit qui est présent dans une catégorie de relations humaines peut être conçu comme une masse statistique, susceptible de plus ou de moins. Quand nous parlerons de non-droit, il sera donc loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique. La relativité ainsi introduite peut dissiper les tourments philosophiques que susciterait le concept d'un pur néant.

---

(1) La confusion, cependant, a quelquefois été faite, l'expression de non-droit (*Nicht Recht* = *Unrecht*) étant alors employée pour qualifier un état de fait où il n'y aurait qu'une apparence de droit (ainsi, suivant les points de vue, le droit hitlérien ou le droit stalinien). Il va de soi que c'est une acception entièrement distincte de celle qui est ici proposée. Cet état supposé de perversité dans la législation devrait plutôt être rapproché de la *dysnomie* que dépeint Hésiode — enfantée par la Nuit entre les désastres et les combats. L'*Unrecht* au sens de Hegel, (*Principes de la philosophie du droit.* § 82), c'est du reste encore autre chose que cette injustice perverse, quelque chose de plus fortuit, de moralement plus neutre : que l'on pense au tort innocemment causé (*unbefangenes Unrecht,* § 84 ; cf. E. FLEISCHMANN, *La philosophie politique de Hegel*, 1964, p. 106). Le non-droit de notre hypothèse se rapproche plutôt, en définitive, de ce qu'entendait JHERING (*Scherz und Ernst*, p. 321), après SAVIGNY, par *Nicht Recht* : les faits qui sont *juridiquement indifférents.*

Ces touches successives laissent subsister, cependant, beaucoup de vague. Pour donner à l'hypothèse sa véritable signification, sa signification de pointe, il est capital d'aller plus loin que la simple constatation d'une coexistence du droit avec d'autres systèmes de normes. Car cette constatation est, au fond, d'une banalité extrême. Il est banal de se représenter le droit comme une mince pellicule à la surface des choses humaines ou — pour reprendre une métaphore à peine moins usée — comme la partie visible d'un iceberg symbolisant l'ensemble des relations sociales (2). Même les juristes dogmatiques le savent : s'ils veulent que le droit soit partout, ils s'empressent, pourtant, d'ajouter, parce qu'ils sont moralisants, que le droit n'est pas tout : *quid leges sine moribus ?* Et c'est, pour eux, un exercice classique que d'exposer la distinction de la morale et du droit (comme de deux cercles concentriques). Les sociologues américains se servent d'un outillage conceptuel plus moderne, en distinguant *folkways, mores* et *law* (*law*, le droit, *mores*, les règles de mœurs, telle que celle qui oblige le séducteur à épouser sa victime ; *folkways*, les manières de vivre, par exemple le port de la cravate pour un bourgeois). Mais l'aboutissement est toujours le même : que le droit n'est pas seul, qu'il coexiste avec d'autres systèmes de normes.

Ces règles de conduite qui ne sont pas du droit, c'est déjà, en un sens, la rencontre du non-droit. Sans pénétrer au cœur du problème, on se bornera à reconnaître statistiquement, que des règles non juridiques sont là, le long du droit ; on jaugera leur épaisseur par comparaison au droit ; on essaiera de saisir en quoi elles se séparent du droit (ce qui revient à rechercher le critère, du reste fuyant, de la juridicité). Tout cela a son importance. Mais quoi ? S'il faut étudier le *non*-droit, il paraît logique de s'attacher en première ligne au *non*, au vide, à l'absence, remettant à plus tard le soin de découvrir ce qui viendra à la place du droit. L'essentiel, dans l'hypothèse du non-droit, est le *mouvement* du droit au non-droit, l'abandon, par le droit, d'un terrain qu'il occupait ou qu'il aurait été de sa compétence d'occuper. Le non-droit, en ce qu'il a de plus significatif, est le retrait ou la retraite du droit. Par une démarche très sociologique, pulvérisons le non-droit abstrait en une multitude de phénomènes : nous dirons que les phénomènes de non-droit sont les mécanismes par lesquels le droit se retire.

Comment cela peut-il se produire ? Est-il possible d'y trouver un sens ? La théorie sociologique se doit avant tout de faire l'*inventaire* des phénomènes de non-droit ; ce n'est qu'ensuite, et avec prudence, qu'elle se hasardera à en chercher l'*interprétation*.

---

(2) DAHRENDORF (du temps qu'il n'était pas lord), « Ueber Gestalt und Bedeutung des Rechts in der modernen Gesellschaft », *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, 7e année (1962).

I. — INVENTAIRE DES PHÉNOMÈNES DE NON-DROIT

L'hétérogénéité des exemples surgissants nous invite à un essai de classification. Puisse-t-il n'être pas trop superficiel, et avoir quelque utilité pour une construction que l'avenir tient en réserve ! Il nous semble que le non-droit est tantôt objectivement *donné par la société*, tantôt subjectivement *choisi par l'individu*.

➤ LE NON-DROIT COMME DONNÉE SOCIALE

Contre les juristes dogmatiques qui supposent la continuité du droit objectif, il nous faut observer, à l'intérieur de celui-ci, de larges intervalles de non-droit. Il est naturel d'imputer le phénomène à des forces antagonistes qui font reculer le droit. Mais ces forces ne sont pas toujours extérieures au droit : elles peuvent résider dans le droit lui-même, et bien mieux, dans la volonté même du droit. En reprenant cette triple distinction à rebours, nous rencontrerons successivement : 1° un non-droit par *auto-limitation du droit* ; 2° un non-droit par *auto-neutralisation* du droit ; 3° un non-droit par la *résistance du fait au droit*.

a) *L'auto-limitation du droit*. Il arrive que le droit se limite lui-même et organise, paradoxalement, ce que l'on pourrait appeler des *institutions juridiques de non-droit*. Dans son *continuum* de contrôle social, il aménage, par politique, des espaces verts et des temps de repos.

1° Il y a des *lieux de non-droit*. Le type en est donné par le droit d'asile, sous les formes multiples qu'il a revêtues dans l'histoire. Ce prétendu droit peut équivaloir à la reconnaissance d'un îlot de non-droit (de non-droit pénal). Il a fait un retour remarquable sous la Ve République : des bâtiments — la Sorbonne en mai 68, et à maintes reprises des églises abritant des sans-papiers — ont invoqué une aura de sacré (par le sacre du savoir ou de la grâce) pour revendiquer d'être exempts des incursions de police. Il se peut, toutefois, que le phénomène ait été dû moins à une poussée enthousiaste de non-droit qu'à une irruption d'archétypes de droit médiéval dans des consciences restées plus ecclésiastiques que l'on eût pensé. S'il faut un exemple, le plus banal sera le plus probant : aujourd'hui encore, nos maisons sont nos forteresses ; et quoique le droit puisse y pénétrer, à l'occasion, par voie de perquisitions et arrestations selon la loi, la pression juridique y est infiniment moins lourde que dans les rues ou les lieux publics. Un trait encore de non-droit dans notre Droit : lorsque la loi pénale fait de la publicité un élément constitutif de certaines infractions, elle confesse *a contrario* que, pour le secteur juridique considéré, les cachettes sont lieux de non-droit.

2° Il y a des *temps de non-droit*. Contre un postulat du droit dogmatique, nous devons enregistrer que l'intensité du droit (de la pression sociale spécifiquement juridique) n'est pas égale dans les divers instants de la durée.

Le calendrier judiciaire de la Rome antique en est un témoignage, avec ses jours néfastes, fermés aux actions de la loi (3). Selon P.F. Girard, esprit trop positif, ce calendrier n'aurait été, à l'origine, que l'agenda royal : les jours néfastes étaient ceux où le roi ne pouvait s'occuper des *legis actiones* parce qu'il était retenu ailleurs. D'autres, moins imperméables à la magie, scrutent les tabous d'où pouvait bien venir cette répugnance périodique à la procédure. Mais, par-delà les explications secondes, la vérité sociologique est que les hommes ne sauraient faire du droit continûment. Les vacances du droit sont une nécessité de l'hygiène sociale.

À telles enseignes qu'aujourd'hui encore nous avons un calendrier du droit. Les dimanches et jours de fête, les nuits (art. 664 C. proc. civ.), le cœur de l'hiver (art. L. 613.3 du Code de la construction et de l'habitation) ne sont pas pleinement juridiques. Tous les actes d'exécution n'y sont pas autorisés. Ce sont des moments où la pression sociale se relâche, et pour partie, des intervalles de non-droit.

Du même besoin nous ferions dériver les périodes de licence sociale. Telles que l'Antiquité les avait institutionnalisées, principalement dans les Saturnales (4), elles évoquent pour nous un renversement de la morale courante. Mais il faudrait y voir davantage la suspension des règles du droit (les maîtres servaient les esclaves), l'insertion périodique d'un non-droit dans la vie quotidienne.

À travers l'Occident chrétien, le Carnaval a prolongé cette double tradition : période de relâchement moral, il a été, il reste partiellement période de non-droit (5). Longtemps, il a paru conférer à ses participants un droit d'insulte, ce qui revenait à un non-droit pénal, une non-répression de l'injure et de la diffamation. Même aujourd'hui, là où il n'est pas tombé en désuétude, il a pour effet de suspendre les règlements de police proscrivant les attroupements et le tapage nocturne.

Plus pur peut-être dans sa signification de non-droit, c'est enfin le phénomène du sommeil de la loi, jadis observé au Tonkin (6) : pendant plusieurs jours, le grand sceau de la justice demeurait enfermé dans un coffret, l'effigie en dessous ; les tribunaux étaient clos ; les crimes et délits (sauf les crimes de

(3) Cf. H. LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, 1960, p. 104 et s. ; et l'admirable article de P. BRAUN, Les tabous des feriae, *A.S.*, 1959, p. 49 et s., spécialement p. 68 et s.

(4) Cf. BRAUN, *loc. cit.*, p. 77 et s.

(5) Cf. VAN GENNEP, *Manuel de folklore français contemporain*, 1947, t. I, 3, p. 881, 981, 1068 et s.

(6) V. R. CAILLOIS, *L'homme et le sacré*, 1939, p. 124.

sang) n'étaient plus poursuivis. C'étaient bien les vacances du droit, plus exactement, c'était le droit qui, de lui-même, se mettait en vacances, comme par l'obscur sentiment d'une nécessité psychothérapique.

3° Temps et lieux de non-droit matérialisent l'autolimitation du droit. Mais cette autolimitation peut être aussi toute intellectuelle. Nous désignons par *non-droit intellectuel* le régime juridique où, la règle de droit présentant des lacunes et l'extension analogique étant interdite, certaines situations ne sont pas conceptuellement appréhendées par le droit. L'article 4 du Code civil, suivant l'interprétation panjudiciaire qui a prévalu, exclut du droit privé un tel régime. Au contraire, le principe libéral de la légalité des délits et des peines (consacré par l'article 4 C. pén., l'article 111-3 du Nouveau) a pour conséquence la discontinuité du droit criminel. Par ce principe, le droit pénal moderne s'est constitué de lui-même en un quadrillage, en un filet, où les vides comptent infiniment plus que les pleins. La maxime « Tout ce qui n'est pas défendu est permis » peut être traduite ici. « Tout ce qui n'est pas expressément juridicisé est non-droit », et le droit apparaît comme l'exception, le non-droit comme le principe. Beaucoup des actions qui passent ainsi à travers les mailles de la répression légale sont parfaitement innocentes. Mais il en est d'autres qui sont moralement répréhensibles, et qui ne doivent qu'à l'interdiction de l'analogie de n'être pas traitées en infractions pénales. À leur propos, les critiques des doctrines libérales parlent de « crimes impunissables » (7). On ne saurait mieux mettre en relief que de telles actions se situent dans une zone qui, rationnellement, pourrait être balayée par le droit, quoique, pour des motifs d'opportunité contingente, celui-ci s'en soit désintéressé (8).

b) *L'auto-neutralisation du droit.* Que l'on pardonne le barbarisme ! Il veut dire que, par ses propres exigences, le droit en arrive à s'annihiler lui-même, tel le serpent qui se dévore par la queue. Dans un nombre immense de cas, il dévore les phénomènes juridiques, neutralise leur juridicité. Ce n'est plus son dessein, ce sont ses contradictions internes qui creusent des trous de non-droit. En voici deux exemples :

---

(7) V. STANCIU, La criminalité impunissable, *IIIe congrès international de Criminologie*, Londres, 1955.

(8) On pourrait objecter ici que l'hypothèse du non-droit n'ajoute rien à ce qu'enseignait depuis longtemps, la théorie des lacunes du droit *(Rechtslücken)*. La différence est, cependant, considérable. C'est une différence de point de vue : la théorie dogmatique envisage les lacunes du droit avec malaise, et n'a de cesse qu'elles ne soient comblées, tandis que, pour l'hypothèse sociologique, le non-droit créé par le régime de légalité est un phénomène naturel, qu'il y a seulement lieu de constater (cf. PERELMAN, TERRÉ et autres, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968).

1° *L'exigence de la preuve* rejette hors du droit tout ce qui ne peut être prouvé : *idem est non esse aut non probari* (ce *non esse* est digne d'être médité). Or, pour une infinité d'opérations juridiques (la vente au détail des denrées de consommation courante), il n'y a pas de preuve, ou il n'y a de preuve que très rapidement périssable (le souvenir, qui aurait pu être le ressort d'un aveu, s'effacera en quelques jours).

2° *L'exigence d'une intervention humaine* pour accomplir le droit tend à rejeter hors du droit tout ce qui vaut moins que cette intervention. Le droit est dépourvu d'automatisme, il ne s'accomplit que par l'intermédiaire des hommes ; or, l'action des hommes est soumise à la grande loi de l'intérêt. Même amiable, *a fortiori* contentieuse, la réalisation du droit requiert de l'argent et du temps (qui est encore de l'argent). Si l'intérêt qui s'y attache est trop faible, il ne se rencontrera personne pour plaider, voire pour réclamer amiablement : il n'y aura rien ; le droit aura été neutralisé par le coût de son accomplissement. Il existe ainsi une série de seuils juridiques que *la plupart* des relations sociales ne franchissent pas (9). C'est le motif pour lequel, par exemple, un droit de la vente de la laitue au détail aurait peine à se constituer, et de même un droit de ce *furtum usus* qui consiste à lire un journal, sans payer, à l'étalage du marchand. Des règles de droit régissant ces matières sont théoriquement imaginables ; seulement, elles sont frappées d'une incapacité congénitale d'émerger à la surface de la vie pratique. Ce ne sont là, dira-t-on, que frottements dans la machinerie du droit. Mais l'étude des frottements fait partie de la mécanique.

c) *La résistance du fait au droit.* La sociologie juridique est fort éloignée de la position des juristes dogmatiques, pour qui l'inapplication du droit n'est jamais qu'accident et sujet de réprobation. Elle est prête à traiter avec une égale sollicitude le droit et les obstacles auxquels il se heurte. Il s'en faut, néanmoins, que tout obstacle au droit crée du non-droit. Une discrimination s'impose, qui est un des points délicats de l'hypothèse.

Les phénomènes de violation du droit ne sont certainement pas des phénomènes de non-droit par le seul fait qu'ils violent le droit. Sans entrer dans les vues d'Adamson Hoebel, qui laisse entendre qu'une règle ne s'affirme jamais

(9) Parfois, c'est le droit lui-même qui organise ces seuils, et nous pourrions, à leur propos, employer de nouveau l'expression d'institutions juridiques de non-droit. L'explication vaudrait, notamment, pour la notion classique du *bonus dolus* : tromperie trop insignifiante pour être traitée par le droit en vice du consentement. Il est, de même, des législations pénales qui ont fait d'une certaine dose de préjudice un élément constitutif de l'infraction (v. par ex. : art. 6 C. pén. soviétique de 1926 ; art. 757 C. pén. espagnol de 1928 : en France, le principe de l'opportunité des poursuites suffit à y pourvoir). On peut rapporter enfin à la même considération la maxime : *De minimis non curat praetor*. Cf. *infra*, p. 74.

mieux comme juridique que lorsqu'elle est violée (10), il faut reconnaître qu'entre la règle juridique et sa violation (l'infraction pénale, le contrat nul) se forme un couple conceptuel, qui est tout entier du droit. Ceux qui transgressent le droit font encore du droit à leur manière.

Si l'on veut délimiter ce qui relève du non-droit dans les phénomènes de violation du droit, et plus généralement, d'ailleurs, dans tous les phénomènes d'inefficacité (qui sont de bien différentes sortes : ineffectivité par ignorance, timidité, impécuniosité, etc.), ce n'est pas du côté des transgresseurs du droit qu'il convient de regarder, c'est du côté du droit lui-même. Pourquoi la criminalité punissable *de jure* et impunie *de facto* ne contribue-t-elle pas à constituer du non-droit ? Parce que la répression cherche encore à l'atteindre, quoique vainement. Pour isoler ce qui, dans cette direction, est proprement non-droit, nous avancerions un critère double : il faut cumulativement que le droit ait *renoncé* à saisir les faits considérés, et que sa renonciation ait un caractère de *généralité*. Dans le cas de la criminalité impunie, le droit n'a pas renoncé à poursuivre et punir les coupables, et même s'il advient que le ministère public y renonce en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, cette renonciation n'opère qu'à titre particulier. Demandons à la forêt l'épreuve du critère. Que, dans la France paisible d'aujourd'hui, quelques malfaiteurs puissent trouver refuge au fond des bois, on n'en déduira pas que l'épaisseur des taillis, parce qu'elle s'oppose à l'application du droit, est une manifestation du non-droit. Mais c'étaient bien des massifs de non-droit que ces forêts impénétrables du Moyen Âge où vivait un peuple d'*outlaws*. Le droit avait renoncé en bloc à s'y aventurer, avouant ses propres frontières (11).

À cet endroit, on ne peut s'empêcher d'insérer, pour le mettre en observation, un phénomène d'actualité, fortement suspect de non-droit, tant l'expression lui a été appliquée depuis 1990 dans le discours politique. Sont ainsi couramment désignés comme *lieux de non-droit*, sur fond de délinquance et de violences, certains quartiers très typés des banlieues pauvres dans la région parisienne, mais aussi autour de Lyon, Marseille et autres grandes villes. Non-droit parce que l'État de Droit, en ses organes les plus voyants — la police, la justice — n'y pénètre plus ; et petit signe, mais qui frappe, les conducteurs de bus obtiennent d'en détourner leurs trajets. C'est bien l'illustration de la définition : le droit s'est retiré d'un espace où il avait vocation à être présent.

---

(10) Une règle de conduite sociale qui n'est jamais violée pourrait bien n'être rien de plus qu'une omnipotente règle de mœurs. C'est l'application éventuelle d'une sanction juridique par une procédure juridique (toujours aléatoire) qui révélera s'il faut y voir du droit. Cf. Adamson HOEBEL, *The Law of Primitive Man*, 1954, p. 37.

(11) Le marronnage au temps de l'esclavage colonial avait donné lieu à un phénomène comparable : des communautés d'esclaves marrons vivaient hors du droit dans des zones-refuges (V. DEBBASCH, Le marronnage ; essai sur la désertion de l'esclave antillais, *A.S.*, 1961, p. 1 et s., spécialement p. 56, 89 et s. et 1962, p. 117 et s.).

L'analyse, néanmoins, doit rester prudente, et il est probable que la même ne conviendrait pas à tous les cas. Il est des quartiers d'immigrés qui, en se repliant sur leurs identités, se constituent en ghettos : un ghetto a sa coutume et ses juges, c'est du droit, bien qu'étranger ; le phénomène est de pluralisme juridique, non pas de non-droit. Ailleurs, les carences juridiques devraient être évaluées de plus près. Il ne semble pas que le service de l'état civil, ce symbole, ait jamais cessé de fonctionner, et si les impôts ne rentrent pas, la manne des prestations sociales continue d'être recueillie. L'image générale est, plutôt que de non-droit, de violations du droit, d'obstacles à l'exécution, imparfaitement combattus.

Des dysfonctionnements localisés n'empêchent pas une société moderne d'être dominée par l'économie, et même par l'économie de marché. Aussi peut-on s'attendre à ce que les poches de non-droit les plus vivaces, s'il doit s'en former, procèdent d'anomalies économiques. Une fois de plus, cependant, il faut distinguer. Que, par-ci, par-là, des bricoleurs bricolent au noir, des vendeurs vendent sans factures, etc., ce ne sont que des contraventions aux règlements – contre le droit, donc au péril du droit. Ce n'est pas le non-droit. Mais que de tels actes se multiplient et s'articulent, que les acteurs prennent conscience de participer à un système cohérent, une économie souterraine se constitue, indépendante de l'autre et, du même coup, détachée du droit, qui est là-haut, à la surface. Engendré par les excès mêmes de l'intervention réglementaire, l'*underground*, l'économie parallèle pourrait bien être l'espace de non-droit promis au plus bel avenir.

➤ LE NON-DROIT COMME CHOIX INDIVIDUEL

Ce qui différencie de la précédente cette nouvelle chaîne de cas, c'est le rôle que la volonté individuelle y tient. L'individu a une option à exercer. Non pas nécessairement ce que nous appellerons une option *organique* : entre droit et non-droit, comme entre deux routes également bien tracées, qui s'ouvriraient devant lui une fois pour toutes. Mais, plus fréquemment peut-être, une option *diffuse*, une préférence marquée au jour le jour pour les solutions de non-droit à l'intérieur d'une situation de droit. Au demeurant, le mécanisme est toujours de même nature : c'est toujours l'individu qui, par sa volonté, fait reculer le droit, crée du non-droit.

a) *Les choix diffus* — L'individu inséré dans une situation juridique peut avoir à décider, pour chacun des épisodes qui en tissent la trame, s'il le vivra juridiquement ou non. Les juristes ne mesurent pas assez combien le droit est facultatif, même dans les secteurs qu'ils proclament d'ordre public.

Le droit de la famille en est l'illustration. C'est une réflexion qui traîne un peu partout, que les institutions familiales, pour fonctionner harmonieusement,

ont besoin d'être soutenues par des relations affectives entre les participants, et que, par exemple, un mariage où chacun des époux s'enfermerait dans le statut de droits et d'obligations que la loi lui assigne, serait, à la vérité, un bien pauvre mariage. Mais, partant de cette réflexion juste, on en arrive à une conclusion discutable : on se représente le mariage et les autres institutions du droit de la famille comme des composés de droit et de mœurs, de droit et de morale, de droit et d'affection, de droit et d'amour. On accorde bien un rôle au non-droit, mais sous le droit; un office d'imprégnation et, suivant une image fameuse, de sève cachée.

Ce n'est pas décrire exactement les faits. Dans le déroulement quotidien d'une institution familiale, les individus ne sont pas continûment à pratiquer un droit mouillé de non-droit, de mœurs et de morale. Pour la plupart, ils ne pratiquent le droit que de loin en loin, quand ils ne peuvent pas faire autrement (ainsi, quand il leur faut célébrer leur mariage, ou rassurer un acheteur qui redoute une incidence du régime matrimonial) : dans l'intervalle, ils vivent comme si le droit n'existait pas. Le non-droit ne vient pas se mélanger au droit, il est d'un côté, et le droit de l'autre. Il y a de longs jours de non-droit, pour quelques instants de droit. Car le non-droit est l'essence, le droit l'accident. Le droit, le plus souvent, n'entre en scène que s'il est appelé par la volonté expresse de l'un au moins des intéressés, tandis que leur volonté implicite suffit à le tenir à l'écart.

b) *Les choix organiques.* — Il advient que l'on aperçoive dans le non-droit comme un décalque, un reflet du droit. En face de l'institution juridique se dresse une sorte de *shadow*-institution, dont les structures sont similaires quoique plus floues. Il y manque les effets juridiques, l'exigibilité, l'action en justice. Ce n'est pas toujours assez pour détourner les individus d'y recourir. Leur choix est très net, très structuré : ils refusent de s'engager dans la situation de droit, et se placent dans la situation de non-droit correspondante. *Situation de fait*, dit-on couramment dans certains cas; *situation d'amitié*, dirons-nous dans d'autres. Du premier type au second, ce pourrait bien être par une plus haute dose de volonté que se marquerait la gradation : les relations d'amitié ont pour ressort la volonté des amis; elles sont, dans le non-droit, la transposition de la liberté contractuelle.

1° *Les situations de fait.* — Le sujet a ses heures de vogue (12), bien qu'il ne soit jamais absolument neuf : la possession n'est-elle pas vieille comme la

(12) V. R. SAVATIER, Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui; structures matérielles et structures juridiques, *Etudes Ripert*, 1950, t. 1, p. 75; et ultérieurement, outre les *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journées de Lille, 1957 t. XI, 1960), de très bonnes synthèses : NOIREL, Le droit civil contemporain et les situations de fait, *R.T.*, 1960, p. 456 et s.; LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, 1990.

propriété ? Mais, de nos jours, les exemples paraissent s'être multipliés, quelques-uns pimentés de désordre : ménage de fait, séparation de fait, filiation (naturelle ou adultérine) de fait, que l'on étudie avec prédilection. Dans la théorie des situations de fait, tout n'est pas, cependant, également utilisable pour une construction du non-droit.

Il faut, d'entrée, relever l'ambiguïté de la position doctrinale : si les auteurs s'intéressent aux situations de fait, c'est dans la mesure où elles sont devenues, du moins partiellement, des situations de droit. Ils cherchent, avant tout, à systématiser les effets que des législations spéciales ou la jurisprudence ont pu attacher à l'union libre, aux séparations amiables, à la filiation naturelle non reconnue, etc. Mais ces effets sont des effets juridiques, et un statut juridique, même incomplet, même de seconde zone, est l'antithèse du non-droit.

Ce qui appartient à l'hypothèse du non-droit, ce sont les situations de fait à l'état pur ; considérées *avant* les effets juridiques que des législations spéciales ou la jurisprudence ont pu y accrocher artificiellement. Mais toutes les situations de fait dont on établit le catalogue sont-elles susceptibles d'être ainsi appréhendées dans une espèce de « factualité » pure ? Une nouvelle distinction paraît nécessaire (13).

Il est des éventualités où la situation de fait prise en considération était, d'intention première, une situation de droit, mais elle a déchu au rang du fait par suite de quelque obstacle juridique : ainsi de la possession de bonne foi, des sociétés de fait, de ces relations que l'on qualifie de paracontractuelle (l'occupation du locataire congédié ; la relation de travail que l'on suppose sous le contrat de travail annulé). Une des parties au moins avait voulu créer du droit ; quoiqu'elle n'y ait pas réussi, le droit lui accorde une fraction de ce qu'elle avait voulu faire. Cette survie partielle des effets d'un acte malgré son inefficacité de principe, c'est du droit, et même de la technique juridique, non point du non-droit.

Mais il est d'autres éventualités où, dès l'origine, les intéressés se sont installés dans la situation de fait : ils ont emménagé en concubinage là où l'on aurait attendu le mariage ; ils se sont séparés de fait au lieu de plaider en séparation de corps ; ils ont recueilli un enfant à leur foyer plutôt que de l'adopter selon les règles. Il se peut que leur choix n'ait pas été purement potestatif (il a été longtemps interdit au père adultérin de reconnaître son enfant ; des convenances peuvent empêcher un mariage). Mais, dans tous les cas, c'est bien une décision volontaire qui, au départ des événements, a mis la situation hors du droit. Ici, la situation de fait n'apparaît plus comme la dégénérescence ou la conversion d'une situation de droit : elle est situation de fait à titre originaire, et il est légitime de l'analyser comme phénomène de non-droit.

(13) NOIREL, *loc. cit.*, n° 7.

2° *Les situations d'amitié.* — Nous évoquons Aristote sans prétendre le tirer à nous. À ses yeux, les deux principaux facteurs de l'harmonie entre les hommes étaient la justice et l'affection (amitié, amour), la *diké* et la *philotes*. Traduisons librement en disant que la vie sociale peut s'ordonner sur l'un ou l'autre de ces deux axes, le droit et l'amitié, et qu'elle peut parfaitement fonctionner sans droit, par l'amitié réciproque des individus.

Les philosophes n'ont pas toujours suffisamment noté l'antinomie de l'amitié et du droit. Quand Jean Lacroix écrit que le droit est amitié organisée, l'amitié droit spontané, la formule est captieuse parce qu'elle laisserait conclure à une identité de substance (14). Domat, dans le chapitre du *Traité des lois* qu'il a consacré à « la nature des amitiés et à leur usage dans la société (chap. VI) », est d'une sécheresse plus exacte : « L'amitié, énonce-t-il, n'est pas régie par les lois civiles ». L'amitié, en effet, implique une volonté de se tenir en dehors du droit. Sinon, les amis auraient fondé une association selon le droit, une amicale. Et cela pourrait bien être la fin de leur amitié.

Il est ainsi une foule de relations, de conventions officieuses qui demeurent dans la nuit paisible du non-droit, parce que ceux qui les ont nouées n'ont pas eu la volonté de les porter au grand jour du droit (15). Ce n'est que par hasard que le droit, quelquefois, est amené à les prendre en considération, non pas en tant que conventions et *in globo*, mais pour tel ou tel incident particulier qu'il isole dans leur exécution. C'est seulement par ce biais que leur existence se révélera. Ainsi :

— Le *conseil* qu'un individu donne à un autre se situe dans le non-droit. Le droit y est indifférent, selon l'antique adage *consilii non fraudulenti nulla obligatio* (16). Une démarcation est tracée entre le mandat et le conseil, comme entre le droit et le non-droit (17). Du conseil ne peut sortir une responsabilité contractuelle à la charge de celui qui le donne, car il n'a pas voulu prendre d'engagement juridique, s'assujettir à l'empire du droit. Il ne peut même en sortir de responsabilité délictuelle dans les conditions du droit commun : le conseiller n'est tenu que de son dol (18), non de sa simple faute (indiscrétion ou témérité). Ce qui l'oblige le cas échéant, à réparer le dommage, ce sont, en

(14) Jean LACROIX, *Force et faiblesses de la famille*, 1949. p. 139, Dans *L'amour et la justice comme compétences, trois essais de sociologie de l'action* (1991), Luc Boltanski présente l'amour (*agapé* plutôt qu'*eros*) comme une alternative générale à la justice. Mais si l'*agapé* peut entrer dans la *philotes* d'Aristote, la Justice dans la pensée de Boltanski est autre chose que le droit des juristes.

(15) Le crédit ouvert par une banque à son client, c'est du droit (un contrat) ; la « facilité de caisse » qu'elle pratique en sa faveur, du non-droit (« Votre banquier est Votre ami »). Cf. JHERING, *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, 1880, p. 56, 61.

(16) Digeste, 50, 17 (*De diversis regulis juris antiqui*), 47.

(17) Digeste, 17.1.2.6 ; cf. POTHIER, *Traité du mandat*, n° 20.

(18) Cf. AUBRY et RAU, *Cours de dr. civ.*, t. VI, 6e éd. par P. EISMEIN, § 410, texte et note 19.

réalité, des manœuvres frauduleuses dont le conseil n'a été qu'un élément, non le conseil lui-même, phénomène de non-droit.

— La jurisprudence distingue, dans les testaments, les dispositions juridiquement obligatoires pour les héritiers et celles qui sont *purement précatives*, n'ayant valeur que de prière, de vœu, de recommandation (19). La distinction a surtout servi à sauver des libéralités de la nullité que l'article 896 du Code civil édicte contre les substitutions fidéi-commissaires (20). Mais elle repose sur une constante psychosociologique : un individu peut, pour assurer la dévolution de ses biens après sa mort, se fier, plus qu'au droit, à l'affection de ses proches.

— Le *transport bénévole* a longtemps donné lieu à des arrêts notables (21). La Cour de cassation avait toujours refusé de regarder le « transporté » comme un co-contractant du « transporteur ». La doctrine s'était parfois étonnée de cette position (22) : le problème aurait dû être placé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, non des articles 1382 et suivants, et aurait abouti ainsi à faire présumer la faute du transporteur ; le transport bénévole est-il autre chose qu'un contrat de transport non salarié, où, comme dans le transport salarié, le transporteur contracte une obligation de sécurité ? C'était, pourtant, la Cour de cassation qui avait perçu le plus clairement la situation psycho-sociologique : dans le transport bénévole, les parties n'entendent point soumettre leurs relations au droit, faire un contrat juridiquement obligatoire. Si l'automobiliste commet une faute (et même on ne devrait, rationnellement, la retenir qu'autant qu'elle assez grave pour être dissociée de la relation amicale), une responsabilité peut s'ensuivre, mais qui vient de la faute, non point du pacte antérieur *ex amicitia*.

La synthèse des exemples qui précèdent, peut être cherchée dans la notion de *volonté juridique*. Suivant notre système consensualiste, la volonté est créatrice d'engagements juridiques. Mais pas n'importe quelle volonté. Il n'est que de se rappeler la définition classique de l'acte juridique : une mani-

---

(19) Req. 7 janv. 1902, D. 1903.1.302 ; Civ. 27 mai 1952, *J.C.P.* 1952.IV, p. 111.

(20) Ex. Req. 11 juin 1860, D. 1860.1.447 ; Civ. 5 juin 1899, S. 1900.1.259 ; cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité prat. dr. civ.*, t. V, *Donations et Testaments*, par TRASBOT et LOUSSOUARN, n° 298.

(21) Civ. 27 mars 1928, D. 1928.1.145, note R. Ripert ; Req. 5 mai 1942, S. 1942. 1.125, note H. Mazeaud ; 2e sect. civ., 19 mai 1958, D. 1959.294, note Aberkane. v. cep. Poitiers, 8 déc. 1954, *J.C.P.* 1955.11.8510 : il n'y aurait pas eu transport bénévole dans les rapports entre deux amis, parce que le propriétaire de la voiture devait escompter que l'autre le relayerait au volant et lui épargnerait ainsi une part des fatigues du trajet (la solution semble un véritable contresens sociologique : l'amitié est-elle moins sûre lorsqu'elle est également sentie des deux côtés ?). Dans un arrêt du 20 décembre 1968, une Chambre mixte de la Cour de cassation a abandonné l'article 1382 pour l'article 1384, al. 1er, et en 1985 le transfert bénévole s'est trouvé noyé dans la loi Badinter sur les accidents de la circulation.

(22) En ce sens : R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., t. 1, nos 123 et s. ; LAMBERT-FAIVRE, D. 1969, chr., 93.

festation de volonté qui est destinée à produire des effets de droit, des modifications de l'ordonnancement juridique ; autrement dit, qui est *destinée* à introduire une relation humaine dans la sphère du droit. Réciproquement, la volonté des parties peut se proposer de maintenir hors du droit, dans le non-droit, la relation envisagée. L'autonomie de la volonté n'est pas seulement la liberté de créer du droit : elle est aussi la liberté, largement ouverte aux hommes, de demeurer dans la pure absence qu'est le non-droit (23).

La pratique n'a pas toujours une conception assez ferme de ce caractère facultatif du droit contractuel, de cette option fondamentale entre le contrat juridique et l'accord purement amical. Témoin certaines assertions au sujet de ce que l'on a nommé la convention d'hébergement ou d'occupation précaire. Sous réserve de la fraude à la loi, cette convention échappe à la législation contraignante des baux à loyer, et notamment à l'interdiction des sous-locations. On y met, toutefois, la condition que l'hospitalité donnée soit non seulement gratuite, mais temporaire. Si elle était durable, quoique gratuite, le cas retomberait dans la sous-location prohibée (24). Mais une telle condition n'est admissible que s'il existe un acte juridique véritable entre le locataire et son hôte. Or, bien souvent, celui qui accueille ainsi à son foyer des parents ou des amis n'entend pas contracter envers eux d'engagement juridique, faire naître contre lui-même le principe d'une action en justice ; sa volonté est de se cantonner rigoureusement dans le non-droit. Il n'y a donc pas, dans ces arrangements domestiques, un contrat juridique de sous-location qui puisse, en tant que tel, être saisi par le droit (25).

II — INTERPRÉTATION DES PHÉNOMÈNES DE NON-DROIT

La sociologie, qui s'estime compétente pour la collecte des faits, se sent mal à l'aise s'il faut mettre en eux quelque intelligibilité. Elle ne saurait, pourtant, se dispenser d'un minimum de réflexion philosophique sur les rapports

(23) Un passage de POTHIER (*Traité des obligations*, n° 3), qui a une réelle valeur sociologique, met bien en lumière ce qu'est l'engagement de non-droit : « Il y a des promesses que nous faisons de bonne foi, et avec la volonté actuelle de les accomplir, mais sans une intention d'accorder à celui à qui nous les faisons, le droit d'en exiger l'accomplissement ; ce qui arrive lorsque celui qui promet, *déclare en même temps qu'il n'entend pas néanmoins s'engager ; ou bien lorsque cela résulte des circonstances, ou des qualités de celui qui promet, ou de celui à qui la promesse est faite.* Par exemple, lorsqu'un père promet à son fils qui étudie en droit, de lui donner de quoi faire, dans les *vacances*, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps, il est évident que le père, en faisant cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils un engagement proprement dit » (c'est-à-dire un engagement juridique).

(24) En ce sens : Soc. 8 juill. 1955 et Civ. 15 mai 1962, *Bull. civ.*, 1955.IV.460 et 1962, III. n° 248 ; cf. *R.T.*, 1958, 627.

(25) Cf. 1re Sect. civ., 7 févr. 1962, *J.C.P.* 1962.11.12727, note Désiry.

du non-droit au droit. Car, droit et non-droit étant posés, il est immanquable qu'une question de préséance surgisse entre eux. Et même deux questions, autre chose étant la primauté à l'intérieur d'un système juridique donné, le *rapport hiérarchique*, autre chose la priorité dans le temps à travers la série des systèmes juridiques, le *rapport chronologique*.

➤ LE RAPPORT HIÉRARCHIQUE ENTRE DROIT ET NON-DROIT

Dans un système juridique saisi à un instant de la durée, nous constatons des poches, souvent énormes, de non-droit. Mais cette observation ne nous livre pas l'essence des phénomènes, et il n'est pas illégitime de chercher à savoir lequel, au fond, du droit ou du non-droit, soutient l'autre.

a) *Hypothèses.* — L'esprit flotte entre deux extrêmes.

1° D'une part, il est tentant pour des juristes, d'affirmer le *caractère secondaire des phénomènes de non-droit.* Les phénomènes de droit, expliquera-t-on, créent une atmosphère juridique, qui se diffuse dans les intervalles où nous apercevons le non-droit, si bien que ces intervalles ne sont pas, néanmoins, vides de droit. Selon cette hypothèse, un droit serait latent derrière les phénomènes de non-droit, et seul il les rendrait tolérables.

Ainsi, dans la vente de la laitue au détail — pour remettre sur la table l'échantillon de tout à l'heure — il ne se forme jamais de contentieux et même, si l'on veut, jamais de droit, parce que le droit n'a ni le temps ni la force économique de se former. Mais la confiance réciproque qui permet à l'opération de se dérouler sans droit, et qui fait que le vendeur ne délivre pas de marchandises trop avariées, que l'acheteur ne part pas avant d'avoir acquitté le prix, cette confiance réciproque repose sur l'existence d'un système général de droit, toujours présent lors même qu'il ne peut pas, en fait, intervenir. Pareillement, ce qui maintient le Carnaval dans le droit, c'est l'universelle conviction que le droit est prêt à revenir tout armé si des excès se produisent (il est l'invisible gardien de la paix). Ou bien encore, si la loi consentait à s'endormir au Tonkin, c'était d'autant plus tranquillement qu'elle était sûre de se réveiller à point nommé.

Et pour toutes les manifestations du non-droit, l'interprétation se répéterait : le non-droit n'est possible que sous-tendu par du droit. Est-il même juste de parler de non-droit ? Cette aire d'action où les hommes peuvent s'ébrouer sans contrainte, parce qu'elle a été évacuée par le droit, si le droit continue à la ceinturer de sa protection, elle se transforme en droit subjectif, à tout le moins en faculté ou liberté, et c'est encore du droit. Par exemple, sous l'interdiction de l'analogie en droit pénal, ce n'est pas un vide de droit qu'un juriste aimera voir, mais bien au contraire, la plénitude de droit d'une liberté publique.

2° Toutefois, des esprits moins dogmatiques — semblables en cela au fameux Tao, qui exalte le vide et chante les trous, portes et fenêtres, comme les parties vitales de la maison — préféreront affirmer le primat du non-droit, le *caractère secondaire des phénomènes de droit.*

Il faut bien comprendre que le non-droit n'est pas néant ni chaos. C'est un monde de relations que le droit quand il se retire, n'abandonne point à la dissolution et au désordre (même dans les périodes dites de licence sociale). Le terrain qu'il évacue sera tout simplement réoccupé par les anciens occupants, principes d'ordre, de paix et d'harmonie dont on postule plus ou moins, dans l'hypothèse considérée, l'antériorité au droit. Ces principes coulent de maintes sources.

Ils coulent, d'abord, de tout le social non juridique, qui a vocation, dans cette zone, à prendre le relais du droit, de tous les systèmes de normes qui ne sont pas des systèmes de droit : les *folkways*, *mores*, pour revenir aux catégories de la sociologie américaine ; *costume*, pour en emprunter une autre à la sociologie italienne (26) ; ou, tout bonnement, les règles de mœurs, de convenance, de courtoisie, de civilité, les impératifs de l'éthique et de la religion (à supposer que morale et religion procèdent totalement de la société).

Cependant, un large pan du non-droit paraît échapper non seulement au droit, mais à la société elle-même ; car on n'y aperçoit de relations qu'entre les individus. Or, il s'en faut que ce vide absolu de pression sociale suffise à faire de l'homme un loup pour l'homme. Chaque individu découvre en lui-même son propre frein. Quel frein ?

C'est avant tout, une certaine prudence raisonnable. Le principe de prudence est entré dans le droit positif (Voir l'art. 14 du Code de commerce). Il est analogue — on ne saurait trop le souligner — à celui qui, visiblement, préside depuis des millénaires aux relations entre États, dans le grand vide juridique imparfaitement dissimulé par ce que nous appelons droit international public. Mais, sur un registre tout différent, c'est aussi une certaine tendresse humaine, une certaine sympathie pour le semblable, la sociabilité de l'homme insociable. Et c'est enfin l'amour (*agape* plutôt qu'*eros*, mais pourquoi pas *eros* ?).

On objectera que ces sentiments viennent eux-mêmes de la société, qui en a imprégné l'homme à travers le droit. Ils seraient, dans la mentalité individuelle, un résidu diffus des comportements auxquels le droit nous contraint. Autrement dit, c'est en regardant opérer le droit que chacun acquiert le besoin d'un ordre même pour le non-droit, et conquiert la pratique des mécanismes élémentaires de cet ordre : la régularité, l'équilibre, la modération, le respect

(26) AMBROSETTI, *Contributi a una filosofia del costume,* 1959 (C.R., *Archives de philosophie du droit,* 1961, n° 6, p. 255).

de l'autre. Ainsi, l'auto-discipline que nous admirons dans le non-droit ne serait qu'imitation ou transfert de la discipline collective.

Mais c'est soulever un problème de génétique. Si nous envisageons une région de non-droit à un moment de la durée, son ordre intérieur nous a bien l'air de n'être déterminé que par des phénomènes de psychologie individuelle, et si quelque paix y règne, quelque harmonie, il semble (sans essayer de sonder le fond de l'histoire) que ce soit en toute indépendance du droit et de la société.

De même qu'il est permis d'étudier les choses terrestres sans s'inquiéter de ce qui soutient la terre, pourquoi n'étudierions-nous pas le non-droit sans avoir égard à son support inconnu ? Tout se passe, à un moment de la durée, comme si les individus arrangeaient hors du droit *la plupart* de leurs relations mutuelles, relations de famille ou d'échange. Bien mieux, comme s'ils voyaient une réussite de la vie à ne jamais rencontrer le droit. *Slalom* magnifique ! Il faut arriver au but en zigzaguant, sans s'être jamais heurté à un gendarme ou à un juge. Les gens heureux vivent comme si le droit n'existait pas.

b) *Vérification.* — Reconnaissons tout de suite qu'il n'en est pas de décisive (si bien que nos jouissances dialectiques ne sont pas près d'être épuisées).

1° Nous disposerions d'une *expérience cruciale*, si nous pouvions observer les effets d'une ablation totale du droit dans une société donnée. Mais l'histoire ne nous offre, à ce sujet, que des constatations restreintes (27).

On concevrait, en théorie, que, dans des périodes révolutionnaires, le droit ancien fût radicalement abrogé avant la promulgation du nouveau, de sorte qu'un vide de droit pourrait se produire, au moins pendant quelque temps.

Cependant, quelque passion qu'ils éprouvent pour la transformation de la société, des gouvernants responsables balanceront toujours à créer une espèce de *no man's land* juridique. Ils préféreront maintenir un principe de continuité du droit. Ainsi fit la Révolution de 1789 ; ainsi la Libération de 1944 (la nullité de principe prononcée en bloc contre la législation de Vichy signifiait seule-

(27) On ne confondra évidemment pas avec l'abolition du droit la suspension du cours de la justice. L'Ancien Régime a connu des grèves des Parlements qui, à ce qu'il semble, causaient de grandes perturbations sociales (peut-être parce que les procès tenaient alors dans la vie un rôle plus considérable que de nos jours). Mais elles n'étaient que temporaires et n'affectaient que le contentieux, aspect très partiel du droit.

ment le rétablissement de la légalité républicaine, c'est-à-dire du droit antérieur, ce qui empêchait tout *vacuum legis*) (28).

2° Il semblerait scientifique de s'en remettre à la *statistique* pour décider de l'importance respective de droit et du non-droit dans la société contemporaine. Cette sorte de vérification serait, toutefois, bien aléatoire, lors même que nous disposerions d'instruments scientifiquement parfaits (29).

Car où trouver le critère de l'importance ? Le nombre de cas est peu significatif dès qu'il s'agit de comparer des phénomènes aussi dissemblables que, par exemple, la vente de légumes au détail (non-droit) et la vente d'immeuble (droit). Et si l'on substitue au nombre l'évaluation monétaire des phénomènes, en laissant de côté tout ce qui ne s'exprime pas pécuniairement : comment savoir si l'enregistrement des naissances et des décès, domaine d'un droit quasi sans non-droit pour les Français d'aujourd'hui, tient plus ou moins de place dans leur vie que le transport bénévole ?

Une investigation empirique achèverait probablement de constater que, dans notre société du XXe siècle finissant, les situations de fait qui relèvent du non-droit sont, en général, sensiblement moins fréquentes que les situations de droit correspondantes : les concubinages de vieux, même grossis des cohabitations de jeunes, restent plus rares que les mariages (30) ; les séparations de fait, moins nombreuses que les divorces et séparations de corps ; et il y a, sans doute, plus d'enfants légalement adoptés que d'enfants recueillis *de facto*. On ne saurait en être surpris puisque la pression sociale pèse de tout son poids en faveur des situations juridiques. Dans l'État bureaucratique, il est quotidiennement plus simple, pour l'individu, de vivre dans des situations de droit, avec « des papiers

(28) Au contraire, c'est une opinion assez accréditée que la Révolution soviétique, dans sa première phase, celle du communisme militaire (avant les codifications de la N.E.P), avait connu un instant de désert juridique. On mentionne en ce sens un décret du 22 novembre 1918 sur la justice, à teneur duquel les tribunaux ne pouvaient appliquer les lois des gouvernements renversés que si elles ne se trouvaient pas soit abolies par la Révolution, soit contraires au sentiment du droit et à la conscience révolutionnaire (un sentiment du droit pouvant bien n'être qu'une vapeur de non-droit). Et surtout un décret du 30 novembre 1918, interdisant purement et simplement aux juges de se référer aux lois des gouvernements renversés, ce qui fut interprété comme une abrogation globale du droit antérieur, sans que rien vînt encore le remplacer. Mais, en fait, il ne se produisit pas un vide absolu de droit. Outre que des lois fragmentaires avaient été promulguées par le nouveau pouvoir, les jugements continuèrent, dans la pratique, à se référer au droit antérieur, sous le couvert d'une fiction : la conscience révolutionnaire était censée s'approprier la disposition abolie que le juge estimait opportun de maintenir.

(29) Il sied de ne pas confondre, ici non plus, le contentieux (ou le non-contentieux) avec le droit (ou le non-droit). *L'Annuaire statistique de la justice* permet de supputer que, chaque année, seule une petite minorité de Français se trouve engagée dans un procès. Mais le droit est infiniment plus vaste que le contentieux.

(30) V. pour le concubinage ancien style, R. THÉRY, Le concubinage en France, *R.T.*, 196[illegible], p. 33 et s. ; et pour la cohabitation juvénile, M. LERIDON et C. VILLENEUVE-GOKALP, Les nouveaux couples, *Population*, 1988, p. 331 et 1990, 265.

bien en règle ». Il serait téméraire d'en conclure que ces situations représentent plus que les autres la normalité sociologique; et surtout, de se figurer qu'elles sont devenues, pour l'homme en société, comme une nouvelle nature.

3° Cette dernière remarque suggérerait de déplacer de la collectivité aux individus le lieu de la vérification : ne pourrait-on rechercher, par voie d'enquête extensive, lequel, du droit ou du non-droit, tient le rôle principal dans les *motivations individuelles* ?

Bien qu'il n'ait pas été spécialement orienté à cette fin, le test de Mira y Lopez nous offre un aperçu de la recherche possible (31). C'est une histoire à compléter. Une histoire toute classique : le mari adore la femme; celle-ci adore l'amant. À chaque interrogé on demande quel épilogue, entre dix concevables, il ajouterait à l'histoire s'il était lui-même à la place du trompé. Or, il est fort suggestif que la seule solution parfaitement juridique, savoir la séparation de corps (on était dans un pays d'indissolubilité canonique), n'ait été retenue que par 32 % des hommes et 17 % des femmes (signe très palpable d'une moindre juridicité féminine, où il n'est pas défendu d'entrevoir une supériorité) (32). À la vérité, on n'en saurait déduire que cette proportion se retrouverait dans la pratique : il ne faut pas confondre la réponse qu'un individu, à tête reposée, donne à une enquête avec celle qu'il donnerait aux événements, éventuellement après consultation de parents, d'amis et d'hommes de loi. La place relativement réduite que le droit paraît occuper dans la psychologie individuelle n'en est pas moins symptomatique.

➤ LE RAPPORT CHRONOLOGIQUE ENTRE DROIT ET NON-DROIT

Allons-nous du non-droit au droit, ou du droit au non-droit? Le point peut sembler relever de la spéculation la plus imaginative. Sous quelque forme, d'ailleurs, que l'on envisage la recherche : *historique* ou *prophétique*, car le brouillard des origines n'est pas moins difficile à percer que celui des fins dernières. Ce nous sera une raison de nous en tenir à un rapide survol, abandonnant chaque lecteur, pour le surplus, aux ressources de sa poétique personnelle.

(31) MIRA Y LOPEZ, *Manuel de psychologie juridique*, trad. franc. de Florès, 1959, p. 78 et s.

(32) Corrélativement, la solution qui semble typiquement de non-droit, la séparation de fait, recueillait 19 % des suffrages masculins, 36 % des féminins. Parmi les autres solutions proposées, on en remarque qui pouvaient révéler, plutôt que le non-droit, des couches mal refoulées de droit archaïque : provoquer le rival en duel; l'assassiner; assassiner l'infidèle; appliquer le talion au rival en séduisant sa femme. Ces solutions ralliaient au total 16 % des hommes et 9 % des femmes (ce droit archaïque est, avant tout, un droit masculin).

a) *Dans l'histoire.* — L'opinion la plus répandue — non pas théorisée, mais diffuse — est que l'évolution s'est faite du non-droit au droit (33). Dans le détail, ne voit-on pas qu'à Rome, beaucoup de combinaisons usuelles — telles que la fiducie ou le dépôt — avant d'être sanctionnées par le droit comme contrats, ont commencé à fonctionner hors du droit, comme services d'ami ? Et en général, n'est-il pas évident que les juristes sont payés pour croire que tout passage au droit présente en soi un progrès ? Ce qui n'empêche pas les non-juristes, bien qu'ils paient, de penser eux aussi que les codes et les jugements font partie de la civilisation, au même titre que les arts et les sciences. À tout le monde il paraît naturel que les sociétés archaïques aient un droit rudimentaire, les sociétés évoluées un droit développé.

Sur ce schéma ont brodé les philosophes de l'histoire. Des distinctions ont été introduites. Ainsi, Montesquieu, s'il prend à son compte l'idée d'une simplicité initiale du droit, la restreint au droit civil, et il prête au droit pénal une ligne d'évolution inverse, où c'est la simplification qui va de pair avec la civilisation (34). Ce qui sera, au XIXe siècle, un des rochers de la doctrine libérale : une formule célèbre de Jhering (que notre temps devait bien se charger de jeter à bas) assurait que l'histoire de la peine avait été celle d'une abolition constante.

Plus tard, l'effort s'est porté sur l'explication du processus, la détermination des causalités. Pourquoi le progrès se traduit-il, dans une société, par un accroissement de la quantité globale du droit ? À cause de la division du travail social, laquelle, en s'intensifiant, multiplie les relations entre les hommes, donc les rapports de droit. On reconnaît les thèses de Durkheim, adaptées par Duguit. À l'heure actuelle, c'est le progrès technique et économique qui est ordinairement invoqué pour expliquer, justifier l'inflation du droit. Il semble que le droit, de plus en plus de droit, soit tout à la fois le moyen nécessaire et le résultat inéluctable du développement (35), tandis que le sous-développement a l'air d'avoir partie liée avec le non-droit, ou du moins avec un état d'insuffisance juridique, dont la sous-administration serait la variété la plus voyante.

Inverser le schéma pour le seul plaisir de ranimer les paradoxes de l'évolution régressive, en soutenant que l'évolution générale s'est faite du droit au

---

(33) Cf. Digeste, 1.2 (*de origine juris*), 2.1. : *Et quidem initio civitatis nostræ populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit.*

(34) *Esprit des Lois*, livre VI : *Conséquences des principes des divers gouvernements par rapport à la simplicité des lois civiles et criminelles.*

(35) Ce qui ne signifie pas : de plus en plus de contentieux (en quoi se vérifie de nouveau la proposition fondamentale que le contentieux est plus petit que le droit). Tout à l'opposé, on peut raisonnablement former l'hypothèse que l'industrialisation s'accompagne d'une réduction relative du nombre des procès. ASCARELLI (*Saggi di diritto commerciale*, 1955, p. 521 et s.) avait relevé en ce sens un contraste statistique entre l'Italie du Nord et le *Mezzogiorno*.

non-droit, serait proprement saugrenu. Mais pourquoi le mouvement, quel qu'il soit, devrait-il être forcément en droiture ? Des *ricorsi* ne sont pas inimaginables. L'ethnologie s'inscrit en faux contre la prétendue pauvreté des droits primitifs. Ces droits sont souvent d'une grande richesse, non seulement par leur formalisme, mais par la subtilité de leurs combinaisons. Plus près de nous, n'est-il point patent que l'Ancien Droit avait été plus compliqué, plus luxuriant que le droit du Code civil de 1804 ? De la décomposition féodale du domaine à la propriété unitaire définie par l'article 544, le passage s'est fait du complexe au simple. Ce n'est pas un des moindres méfaits du schéma courant que de rendre notre Révolution immanquablement ridicule, comme si elle avait voulu nous ramener aux Troglodytes, parce que, rêvant d'un Code lapidaire et dépouillé de technique, substituant parfois la conciliation à la justice, elle essaya d'apporter aux Français les prémices du non-droit.

b) *Dans la prophétie.* — C'est sinon l'histoire, du moins la légende qui souvent nourrit la prophétie : l'âge d'or est à la fois le passé mythique et l'avenir idéal. Il est quasi instinctif d'identifier le non-droit à l'âge d'or et de l'installer ainsi aux deux bouts du temps. Les doctrines du droit naturel peuvent y aider, pour peu qu'on sublime le droit naturel en une morale sans obligation ni sanction.

C'est avec cette nuance d'équivoque qu'il convient d'entendre ceux qui, dans l'Antiquité, tel Ovide (36), ont exalté l'âge d'or, à reconquérir, comme l'heure d'innocence où l'homme *sine tege fidem rectumque colebat* (37). *Rectum sine lege*, ce peut être une définition du droit naturel (à moins que ce ne soit celle du jugement d'équité sans règle préexistante). Mais il est plus vraisemblable de comprendre par là — ne serait-ce que parce qu'il y faut un degré de plus d'irréalité et de lyrisme — que chaque individu portait alors en lui-même sa propre justice, ce qui est l'exacte négation de tout droit, fût-il

(36) *Métamorphoses*, livre I, v. 89-93 :

Aurea prima sata est aetas, quae, vindice nullo,
Sponte sua, sine lege, fidem rectumque colebat.
Pœna metusque aberant; nec verba minacia fixo
Aere legebantur, nec supplex turba timebat
Judicis ora sui, sed erant sine vendice tuti.

Ce tableau du non-droit est d'une justesse remarquable, où tous les traits sont à relever : la spontanéité de l'ordre non juridique (*sponte sua*) ; la libération psychique qui en résulte (*metusque aberant; nec verba minacia*) ; la radicale différence entre un système de droit, quel qu'il soit, fût-il de nature gnomique (*fixo aere*) et le pur non-droit ; la nécessité, pour accomplir le non-droit, d'éliminer le juge en même temps que la loi (*judicis ora sui*).

(37) Cf. BRAUN, *loc. cit.*, A.S., 1959, p. 61 ; selon cet auteur, les tabous des *feriae* constituent le moyen par lequel la tradition et la loi religieuse protègent un rêve collectif, le retour à l'âge d'or, transfiguration mythique d'un passé réel.

naturel — si le droit doit se définir dans et par la société. C'est du non-droit que nous venons ; c'est vers son retour que notre attente est dressée.

La théorie du dépérissement de l'État, canonisée, sinon inventée par le communisme marxiste, semble relever de la même ligne prophétique. Et elle n'est pas non plus exempte d'équivoque, quoique l'équivoque soit ici d'un autre genre, tenant à ce que l'État n'est point le droit. Parmi les adeptes de la théorie, peut-être en est-il beaucoup qui considèrent que, si l'État doit s'évanouir un jour, et avec lui le droit étatique, ce sera en laissant la place à des formes non étatiques de droit (il faut songer à des droits de microcosme, au niveau de la commune ou de l'usine, du kolkhoze ou du kibboutz, l'espoir ou l'illusion étant qu'un droit est plus affectueux, moins lourd quand il s'élabore et s'accomplit au sein d'un petit groupe). Une interprétation plus radicale pourrait, néanmoins, trouver des répondants : que derrière l'État, c'est aussi le droit, tout le droit, même non étatique, qui est visé, et que le dépérissement de l'État aura pour suite naturelle l'avènement du non-droit. Le gouvernement des hommes, annonce-t-on, cédera la place à l'administration des choses. Les choses sont-elles des sujets de droit ?

À voir les esprits forts se réunir aux autres pour mettre dans le non-droit leurs espérances messianiques, plus d'un sera tenté de crier Noël ! Disons-nous bien, pourtant, que le prophétisme contraire se rencontre aussi, quoique rarement explicite, parmi les doctrinaires du progrès. Si le cosmos est entraîné par une loi de complexité croissante, l'évolution juridique doit participer à cette loi. Au *superman* du troisième millénaire, ce n'est pas le non-droit qu'il faut promettre, mais, à l'opposé, un *super-droit*, embrassant des relations de plus en plus nombreuses dans les plis d'une technologie de plus en plus riche, complexification supportée sans effort, parce qu'une capacité cérébrale accrue, une éducation à l'infini feront de chaque sujet de droit un juriste spontané.

La sociologie ne se risquerait à prendre parti entre ces prédictions adverses que si l'actualité sociologique, interrogée, révélait déjà, par quelques signes, l'amorce d'un dessein. Or, combien les signes sont ambigus ! D'un côté, on ne peut pas ne pas constater que de vastes provinces (ainsi dans le domaine du préjudice moral), jadis abandonnées aux mœurs ou à la résignation, se sont juridicisées, sous nos yeux. En revanche, certains phénomènes typiques de notre temps ne signifient-ils pas autant de terrain gagné par le non-droit ? Ainsi, la remontée du don, et sous sa forme la plus non-juridique, le présent d'usage, l'empire accordé au hasard dans le cadre illusoire d'un contrat de jeu : le développement d'une civilisation de loisirs et de vacances, alors que vacances et loisirs impliquent un relâchement de la pression sociale et du droit ?

Une sociologie objective se refusera à prophétiser ; elle pourra estimer, toutefois, être dans son rôle en s'essayant à une typologie des prophètes. Car chacun de nous projette un peu de lui-même dans l'idée qu'il affiche des chances du droit ou du non-droit. Entre ceux qui attendent qui plus, qui moins de droit.

le contraste, à première vue, pourrait bien être de tempéraments politiques, comme entre interventionnistes et libéraux.

Mais il tient peut-être bien davantage aux situations personnelles : le jeune spécialiste qui cultive une branche nouvelle de la science, et plus encore de la pratique juridique, est porté à souhaiter, donc à prédire une expansion illimitée du droit ; le juriste fatigué pour avoir cheminé trop longtemps dans une forêt trop touffue aspire, comme physiquement, à retrouver les clairières, voire les champs ouverts, le désert peut être. L'allusion qui vient d'être faite à l'âge doit, du reste, s'entendre avec un grain de sel : on a l'impression que certains empereurs byzantins furent des inflationnistes du droit jusque sur leur lit de mort, tandis que Salomon avait reçu très jeune la grâce de la sobriété juridique.

May 11,2011 14:23 1/10

LÉVIATHAN
COLLECTION DIRIGÉE
PAR STÉPHANE RIALS

LA THÉORIE DU DROIT, LE DROIT, L'ÉTAT

Michel Troper

Professeur à l'Université de Paris X
Membre de l'Institut universitaire de France

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

CHAPITRE V

Une théorie réaliste de l'interprétation

Si l'on appliquait la méthode recommandée par nos maîtres, il faudrait commencer par expliciter le titre et donner quelques définitions en commençant par l'interprétation, qui fait l'objet de théories rivales, tantôt une théorie réaliste, tantôt d'autres théories qu'il est trop tôt pour oser appeler « irréalistes ». Après avoir défini l' « interprétation » comme activité, on pourrait passer à la définition de « la théorie réaliste », et enfin examiner de quelle manière cette théorie s'applique à l'interprétation.

Pourtant, cette méthode ne peut être utilisée ici sans précaution. Pour définir l'interprétation, il faudrait en effet choisir entre deux possibilités : interpréter, c'est *indiquer* la signification d'une chose ou c'est *déterminer* la signification de cette chose. La première définition repose sur le présupposé qu'il est possible de connaître le sens, que l'interprétation est une fonction de la connaissance, la seconde qu'elle est une fonction de la volonté. Chacune de ces définitions correspond à une théorie différente. La définition ne porte donc pas sur une activité qui peut être l'objet d'une théorie ; elle est elle-même l'expression de cette théorie.

À leur tour, les deux théories visées reposent sur des présupposés ontologiques et épistémologiques. Ontologiques : si je prétends qu'interpréter c'est indiquer un sens, c'est que je présuppose l'existence d'un sens objectif qu'il est possible de décrire. À l'inverse, je peux supposer que le sens n'existe pas et qu'il n'est donc pas possible de le décrire, mais seulement de le déterminer.

Présupposés épistémologiques ensuite : toute théorie prend place dans un système intellectuel auquel on peut assigner une certaine fonction. On peut ainsi considérer ce système intellectuel comme un discours pratique, celui des juges par

May 11, 2011 14:23 2/10

exemple, et adopter la définition de l'interprétation rendra les meilleurs services dans l'exercice de l'activité judiciaire. Ainsi, pour le doyen Vedel, le juge ne peut exercer son activité, se donner une légitimité et argumenter, que s'il présuppose qu'elle consiste à découvrir un sens[1]. À l'inverse, on peut penser que ce système intellectuel est un système scientifique et, dans ce cas, il faut rechercher non pas la théorie qui rendra les meilleurs services, mais celle qui satisfera aux conditions de vérité de cette science.

Il faut noter que les deux présupposés ontologique et épistémologique sont liés : nous choisissons une ontologie en fonction de notre conception de la tâche à accomplir. Si notre ambition est de contribuer avec la théorie de l'interprétation à un système scientifique, nous devons choisir une ontologie qui permette une vérification de type scientifique.

Aussi, si l'on veut éviter tout engagement hâtif, c'est par stipulation qu'il faut définir l'interprétation comme cette « activité qui consiste soit à indiquer, soit à déterminer la signification » d'une chose. On doit encore apporter une précision importante car elle servira d'argument en faveur de la théorie réaliste : l'interprétation dont il sera question est exclusivement l'interprétation *juridique*, c'est-à-dire celle qui produit des effets dans le système juridique, à l'exclusion par conséquent de l'interprétation musicale ou littéraire, qui doit être traitée tout à fait différemment.

On peut à présent définir la théorie réaliste. Il s'agit d'une variante du positivisme juridique, donc d'une doctrine qui veut s'efforcer de construire une science du droit sur un modèle dérivé des sciences empiriques. Le positivisme juridique peut se présenter sous deux formes : certaines théories, appartenant au courant normativiste, prennent pour objet les normes en tant que devoir-être et se donnent pour tâche de le décrire selon des méthodes spécifiques, différentes des sciences de la nature ; d'autres entendent prendre un objet véritablement empirique et envisagent les normes comme des comportements humains ou des expressions linguistiques. La théorie réaliste comprend elle-même plusieurs variantes. L'une prend pour objet le comportement des juges, donc un phénomène psychosocial. Le droit est alors un comportement effectif. Une autre variante prend pour objet non les comportements, mais le mode de raisonnement effectif des juristes. Elle cherche à comprendre les contraintes qui pèsent sur ces acteurs – et *a contrario* la marge d'appréciation dont ils disposent – et les contraintes qu'ils produisent.

C'est à une théorie réaliste de l'interprétation que Kelsen semble s'être rallié à partir de la deuxième édition de *Théorie pure,* après l'avoir critiquée dans des termes

[1] Exposé inédit au séminaire du Centre de philosophie du droit de l'Université de Paris II, résumé au chapitre VI : « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel. »

MAY 11, 2011 14:23

très durs. Cependant, il ne lui a consacré que des développements très courts et n'en a pas accepté toutes les conséquences logiques, peu compatibles avec certaines de ses idées relatives à la structure de l'ordre juridique.

Celle qu'on exposera ici, tout en prenant appui sur la conception kelsenienne de l'interprétation s'en écartera donc sur de nombreux points.

Cette théorie réaliste peut se résumer en trois propositions principales :

1 / l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance ;
2 / elle n'a pas pour objet des normes, mais des énoncés ou des faits ;
3 / elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique.

UNE FONCTION DE LA VOLONTÉ

Trois séries d'arguments militent en faveur de la thèse que l'interprétation est une fonction de la volonté : l'interprétation *contra legem* n'existe pas ; il n'y a pas de sens à découvrir ; il n'y a pas d'intention de l'auteur ; il n'y a pas de sens objectif, indépendant des intentions.

L'interprétation contra legem *n'existe pas*

On peut reprendre ici la distinction établie par Kelsen entre l'interprétation scientifique et l'interprétation authentique. L'interprétation « scientifique » ou « de « doctrine » est celle qui est produite non seulement par la science du droit ou la doctrine juridique, mais par toute personne, qui n'a pas été habilitée par l'ordre juridique à donner une interprétation dotée du monopole de la validité.

Kelsen emploie l'expression « interprétation authentique » dans un sens légèrement différent du sens habituel. Dans la langue juridique classique, l'interprétation authentique est celle qui émane de l'auteur même du texte à interpréter, par exemple le pouvoir législatif pour les lois, conformément à l'adage *ejus est interpretari legem cujus est condere.* Pour Kelsen, c'est celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets. Elle peut émaner de n'importe quelle autorité habilitée à interpréter, par exemple, mais non exclusivement, les tribunaux supérieurs. L'effet de l'interprétation authentique est qu'elle s'impose, quel que soit son contenu. Le texte interprété n'a pas et ne

eut avoir d'autre sens que celui que lui a donné l'autorité habilitée, même si ce sens araît contraire à toutes les interprétations données par d'autres personnes, même si lle paraît déraisonnable et même si elle va à l'encontre de tout ce qu'on peut savoir e l'intention de l'auteur du texte. On trouve dans n'importe quelle histoire de la ırisprudence de nombreux exemples de telles interprétations qui s'imposent contre ɔute compréhension intuitive. Ainsi, le Conseil d'État interprétant la formule insusceptible de tout recours » comme n'excluant pas recours pour excès de pouoir dame Lamotte en est un. Ainsi encore le cas, cité par Chaïm Perelman, des tribuaux anglais qui devaient condamner à mort les voleurs de tout objet d'une valeur upérieure à 2 £ et qui, pour éviter de prononcer des condamnations aussi dures, valuaient n'importe quel objet à 39 shillings, jusques et y compris un portefeuille ontenant 10 £ en espèces, lui aussi évalué à 39 shillings.

De telles interprétations ne peuvent pas être dites *contra legem*. Une interprétaion *contra legem*, en effet, serait celle qui irait à l'encontre du sens véritable de la loi. Or, on ne dispose d'aucune interprétation permettant d'établir ce sens véritable, auquel on pourrait comparer le produit de l'interprétation authentique. Le seul standard juridiquement incontestable est celui qui est déterminé par l'interprétation authentique.

Il ne faudrait cependant pas croire que l'ordre juridique fait prévaloir arbitrairement un sens imposé par une autorité dotée d'un pouvoir de décision, sur un sens existant, mais qui, pour des raisons d'ordre ou de sécurité, serait privé d'effet et victime d'une espèce de raison d'État du droit. Il n'y a en réalité dans les textes aucun sens à découvrir.

Il n'y a pas de sens réductible à l'intention du législateur

Il faut remarquer d'abord que si l'on assimile le sens à l'intention de l'auteur, c'est-à-dire à un certain état mental, il existe de nombreux textes pour lesquels une telle intention n'existe pas. Le cas le plus frappant est celui d'un texte adopté par une autorité collégiale. L'auteur du texte est réputé être l'autorité tout entière et pas seulement les membres qui ont voté pour lui, mais une autorité collégiale ne peut avoir une intention, parce qu'elle n'est pas un sujet psychique. Même l'intention des membres envisagés individuellement est impossible à établir. Si nous prenons le cas d'un Parlement, tous ceux qui ont voté pour l'adoption du texte ne se sont pas exprimés au cours du débat et ceux qui l'ont fait ont pu mentir sur leurs intentions. Même si elles ont été exposées sincèrement, ces intentions peuvent être multiples et même contradictoires. Ceux qui ont voté pour le texte, sans s'être exprimés, ont pu le faire avec les

May 11, 2011 14:23

mêmes intentions que certains des orateurs, mais parfois avec des intentions toutes différentes. Ils ont pu être animés par toutes sortes de raisons : la paresse, l'ignorance, l'imitation de leurs collègues, le souci de respecter la discipline du parti. À supposer même que tous les membres du collège aient pu s'exprimer, qu'ils aient tous été parfaitement sincères et qu'ils aient été tous dans le même état psychique, ils n'ont pu avoir une intention concernant la situation concrète pour laquelle il faut interpréter le texte, parce qu'au moment de son adoption, on ne pouvait avoir en vue cette situation concrète, mais seulement une classe de situations.

Il arrive d'ailleurs souvent que l'auteur au sens juridique ne soit pas l'auteur intellectuel. C'est le cas lorsqu'un projet de loi a été préparé par une administration et adoptée par le Parlement ou encore lorsqu'une constitution a été adoptée par référendum. L'auteur est alors le corps électoral et il est bien évidemment impossible de découvrir une intention commune aux millions d'électeurs.

Mais même si l'on pouvait réellement déterminer l'auteur et découvrir une intention univoque, on ne pourrait identifier cet état mental à un sens, car une telle identification rendrait très difficile l'application des lois. L'application des lois ne serait en effet que l'application de la volonté du législateur. Il est normal selon cette conception de distinguer le sens de la loi de celui qui pourrait résulter d'une interprétation littérale ou téléologique, parce que le législateur a pu ne pas vouloir ce que révèlent ces interprétations. Mais, si le juge s'en tient à ce qu'il peut connaître de l'état mental du législateur, il ne pourra jamais appliquer la loi à des situations que celui-ci n'a pas considérées et il devra refuser de juger. Si le sens de l'article 1384 coïncide avec l'état mental des rédacteurs du Code civil, on ne peut l'appliquer à des accidents causés par des machines dont ces rédacteurs ne pouvaient avoir aucune représentation.

Au demeurant, si l'état mental du législateur portait véritablement sur une classe d'objets qu'il connaissait et si le juge devait déterminer si la loi est applicable à tel objet, qui lui apparaît clairement comme appartenant à cette classe, il ne pourrait toujours pas dire qu'il applique la loi, conformément à l'intention de son auteur. Ce que celui-ci avait à l'esprit n'était pas l'objet concret, mais seulement la catégorie. Dans l'état mental réel dans lequel il se trouvait, il a très bien pu négliger le fait qu'on pourrait subsumer un jour tel ou tel objet sous la catégorie. Pour prétendre qu'on applique la loi, selon l'intention du législateur, il faut donc admettre la construction suivante : le sens de la loi est ce que le législateur avait présent à l'esprit et toutes les conséquences qu'il aurait dû raisonnablement en tirer, même s'il ne les a pas réellement tirées ou qu'il en aurait tirées s'il avait pu prêter attention à tel ou tel fait concret.

L'interprétation conformément à l'intention est donc toujours une construction de l'interprétation. Cependant, si le sens n'est pas réductible à l'intention, il n'y a pas non plus de sens objectif indépendant des intentions.

Il n'y a pas de sens objectif indépendant des intentions

On peut songer à découvrir un sens, qui serait différent de l'intention éventuellement révélée par les travaux préparatoires. Ce serait celui qui ressort des mots du texte ou du contexte systémique dans lequel il figure ou encore de la fonction sociale ou économique que doit remplir la norme. La raison en est que ces différents sens ne peuvent être approchés qu'à travers l'emploi de certaines méthodes spécifiques à chacun d'eux, le sens littéral par l'interprétation littérale, le sens fonctionnel par l'interprétation fonctionnelle, etc. Or, ces diverses méthodes conduisent à des résultats différents entre lesquels on ne peut trancher qu'au moyen d'une décision. C'est alors la décision de l'interprète de faire prévaloir une méthode sur une autre qui seule produit le sens.

Il n'y a donc pas de sens objectif, ni dans l'intention du législateur, ni indépendamment de cette intention. Le seul sens est celui qui se dégage de l'interprétation et l'on peut dire que, préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens, mais sont seulement en attente de sens. Il en résulte certaines conséquences théoriques importantes pour la détermination de l'objet de l'interprétation.

L'OBJET DE L'INTERPRÉTATION

Si le sens ne préexiste pas à l'interprétation et s'il en est seulement le produit, alors, contrairement à ce que pensent de nombreux auteurs et Kelsen lui-même, l'objet de l'interprétation ne peut être une norme juridique. Si une loi contient la formule *il est interdit de p*, l'expression *p* peut désigner, selon le sens qu'on lui attribue, plusieurs actions différentes *p1, p2..., pn,* de sorte que la loi ne contient pas une norme, mais, selon l'interprétation qui en est donnée, plusieurs normes potentielles différentes : *il est interdit de p1, il est interdit de p2..., il est interdit de pn.* C'est l'interprète qui choisit entre ces différentes normes. La norme n'est ainsi pas dotée de sens. Elle est elle-même un sens et ne peut donc être interprétée parce qu'il est évidemment absurde de chercher à déterminer le sens d'un sens.

Ce qui peut faire l'objet d'une interprétation, c'est donc seulement ce qui peut se trouver porteur de sens, le texte ou le fait.

Le texte

Le texte doit toujours faire l'objet d'une interprétation et pas seulement s'il est obscur. Selon un adage répandu, *« in claris cessat interpretatio »* ou *« in claris non est interpretandum »,* ce qui est clair n'a pas besoin d'être interprété. Mais cette idée se heurte à plusieurs objections. Tout d'abord, si l'interprétation est une décision, alors elle peut aussi porter sur le caractère clair ou obscur du texte. Une autorité jouissant du pouvoir de donner une interprétation authentique peut parfaitement déclarer qu'un texte est obscur pour justifier qu'elle l'interprète ou au contraire qu'il est clair de manière à affirmer qu'il a tel sens, sans avoir à reconnaître qu'elle l'interprète, comme le fait, par exemple, le juge administratif français à l'égard de certains actes, pour éviter d'en référer à une autre autorité. En second lieu, l'adage contredit la vision traditionnelle de l'interprétation. Même si l'on admet qu'interpréter c'est connaître un sens qui est déjà là, on ne peut pas affirmer qu'un texte est clair sans reconnaître qu'on connaît son sens, donc qu'on l'a déjà interprété. Par conséquent, même les textes réputés clairs ont déjà été interprétés.

Cela étant, si l'interprétation porte sur un texte et si tout texte doit toujours être interprété, il ne faut pas réduire l'interprétation à la seule détermination du contenu du texte, de ce qu'il prescrit. En d'autres termes, on ne s'attache pas seulement à ses dispositions, mais on peut aussi interpréter son statut.

L'idée qu'on peut interpréter le statut du texte découle d'un concept large d'interprétation. Si nous ramassons une pierre nous pouvons nous demander s'il s'agit d'un objet naturel ou d'un artefact comme un outil préhistorique ou un fragment de maçonnerie. En droit, avant de déterminer le sens d'une disposition, la perception qu'elle énonce, il nous faut établir qu'il s'agit bien d'une disposition juridique et qu'elle a bien la signification d'une norme. Si c'est une disposition juridique, il nous faut déterminer à quel niveau elle appartient. Ainsi, avant de déterminer ce que signifie le mot « égalité » dans le texte de la Déclaration ou ce que désigne dans le préambule de 1946 l'expression « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », le Conseil constitutionnel doit établir que ces textes sont juridiquement obligatoires et qu'ils ont une valeur constitutionnelle.

Ainsi, l'interprète est-il en mesure de déterminer sa propre compétence. Le statut du texte, en effet, détermine la compétence de l'autorité qui l'applique. Le pouvoir du juge constitutionnel par exemple est généralement justifié par l'idée que certains textes ont une valeur juridique, qu'ils ne sont pas simplement l'exposé d'une idéologie politique, qu'ils ont une valeur supérieure à celle des lois et qu'il appartient au juge de contrôler la conformité des lois aux normes supérieures contenues dans

May 11, 2011 14:23 5/10

ces textes. Si c'est l'interprète qui détermine lui-même le statut du texte, il détermine à la fois les limites de la compétence du législateur et la sienne propre.

Cette idée aurait été rejetée par Kelsen. L'auteur de la théorie pure du droit distingue en effet soigneusement entre la valeur juridique d'un énoncé et son contenu. Il y aurait une différence importante entre l'affirmation qu'un énoncé présente le caractère d'être une norme (parce que, d'un point de vue dynamique, il a été formulé par une autorité compétente conformément à la procédure prévue par une norme supérieure) et une autre affirmation, selon laquelle il possède une signification, autrement dit qu'il prescrit telle ou telle conduite. Par conséquent, l'interprétation ne porterait que sur le contenu de l'énoncé – telle conduite et non telle autre est prescrite ou permise – mais non sur sa valeur ou son statut – tel énoncé a la signification d'une norme juridique de niveau constitutionnel. Il est d'ailleurs très compréhensible que Kelsen soit attaché à cette distinction, parce qu'elle constitue le seul moyen de préserver la thèse qu'un énoncé présente la signification objective d'une norme du point de vue de l'ordre juridique. Si en effet un texte présente le caractère d'une loi parce qu'il est conforme à la constitution, peu importe que la signification de son contenu soit déterminée par un interprète, la théorie de la signification objective conférée par la norme supérieure est préservée pour l'essentiel.

Cependant, cette distinction n'est pas acceptable. On peut sans doute concevoir qu'un interprète se limite à déterminer la signification du contenu et s'interdise de se prononcer explicitement sur son statut, mais il s'agit là d'une distinction purement pratique et l'on ne pourrait d'ailleurs concevoir l'attitude inverse. On rencontre d'ailleurs dans la pratique juridique de nombreux exemples d'interprétations qui portent sur le caractère ou le statut de l'acte : le Conseil constitutionnel décide que le préambule fait partie de la constitution, le Conseil d'État qu'une circulaire est en réalité un acte réglementaire, etc. En réalité, l'interprétation du statut est toujours implicite dans l'interprétation du contenu car on ne peut pas affirmer qu'une loi prescrit de faire *p*, sans présupposer que le texte qui contient cette prescription est bien une loi et non la déclaration de volonté d'un simple particulier.

De l'idée que l'interprétation porte autant sur le statut que sur le contenu de l'énoncé, il découle une conséquence théorique importante relative au fondement de la validité. On peut donner de la validité, pour les besoins de l'argumentation, une définition acceptée par plusieurs théories par ailleurs concurrentes : dire qu'une norme est valide signifie qu'elle appartient à un ordre normatif. Selon la théorie kelsenienne de la hiérarchie des normes, une norme est valide quand elle a été posée conformément à une norme supérieure. Mais si l'on accepte les éléments de la théorie de l'interprétation qu'on vient de schématiser, un énoncé a la signification d'une norme, non pas en raison de sa conformité à une norme supérieure, mais du

May 11, 2011 14:23 6/10

fait qu'il a été interprété par une autorité habilitée comme signifiant qu'une certaine conduite doit avoir lieu. C'est donc le processus d'application – et non la conformité à la norme supérieure – qui conduit à identifier un énoncé comme ayant la signification objective d'une norme juridique. Cette idée permet alors d'éviter deux des difficultés auxquelles se heurte la théorie pure du droit.

La première concerne la norme fondamentale. Selon Kelsen, puisque chaque norme trouve le fondement de sa validité dans une norme supérieure, la constitution est le fondement de validité ultime de toutes les normes qui appartiennent à l'ordre juridique. Mais, comme il n'y a pas de norme positive au-dessus de la constitution, celle-ci ne peut pas être valide, donc ne peut pas être identifiée comme norme juridique de la même manière que toutes les autres normes. Pourtant, si elle n'était pas identifiée comme norme juridique, elle ne serait pas apte à fonder la validité des normes inférieures. Par conséquent, il faut nécessairement, si l'on entend considérer les normes juridiques comme valides, présupposer que la constitution est valide. Ce présupposé est la norme fondamentale. Kelsen parvient à réfuter la plupart des objections, qui lui ont été présentées en soulignant qu'il ne suppose pas réellement l'existence d'une norme fondamentale, que cette norme n'existe pas, mais qu'elle est seulement une hypothèse logique-transcendantale, que font tous les juristes de façon spontanée et que la Théorie pure du droit révèle à la conscience. Le raisonnement de Kelsen est parfaitement admissible, mais il ne remplit pas entièrement la fonction que la théorie pure lui assigne : il permet de comprendre pourquoi les juristes tiennent les normes pour valides, mais non pas pourquoi elles le sont réellement ou objectivement.

La théorie réaliste de l'interprétation permet d'éviter cette difficulté. Si c'est l'interprète qui détermine la norme signifiée par un énoncé, alors à la question : « Pourquoi la norme est-elle valide, pourquoi appartient-elle à l'ordre juridique », il suffit de répondre : Parce qu'elle a été produite au cours du processus d'interprétation. »

La deuxième difficulté est épistémologique et on ne peut la traiter que par allusion. Si la validité est perçue comme un rapport de conformité entre des significations, alors les propositions de droit, par lesquelles la science du droit décrit des normes valides, ne décrivent pas des faits empiriques. Les positivistes se trouvent alors confrontés à une tâche redoutable : construire une science du droit sur le modèle des sciences empiriques, bien qu'elle n'ait pas pour objet des phénomènes empiriques. Au contraire, la théorie réaliste permet de traiter le droit comme un ensemble de faits empiriques, puisqu'il s'agit des actes par lesquels les interprètes déterminent la signification des énoncés.

Mais l'interprétation ne porte pas seulement sur les énoncés, mais aussi sur les faits.

Les faits

Si le sens n'est pas présent dans l'énoncé avant l'interprétation, c'est que l'énoncé n'est pas « naturellement » doté de sens. Ce sens lui est seulement attribué par l'interprétation. Mais, on peut aussi en attribuer à n'importe quel fait qui n'est pas non plus naturellement porteur de sens. C'est d'ailleurs ce qui se produit dans au moins deux cas.

Le premier est celui de la coutume. Selon la définition habituelle, la coutume est une pratique répétée, assortie du sentiment du caractère obligatoire de cette pratique. Elle est donc un fait. Mais, comme un fait ne peut être producteur de droit, il faut d'abord qu'une norme prescrive qu'on se conforme à la coutume, puis qu'une autorité habilitée déclare que telle pratique répétée assortie d'un sentiment d'obligation constitue une coutume et présente, ainsi la signification d'une norme à laquelle il faut se conformer.

L'interprétation porte ici sur la mineure d'un syllogisme (il faut se conformer à la coutume ; or, ceci est une coutume, donc...). La spécificité de cette opération consiste en ce qu'elle transforme un fait en norme.

En réalité, à chaque fois que l'interprétation porte sur la mineure du syllogisme, elle ne transforme pas un fait en droit, mais elle peut se substituer à l'interprétation d'un texte. C'est ce qui se produit avec la qualification juridique. Prenons le cas du fameux arrêt Gomel. Aux termes de la loi, l'administration peut refuser un permis de construire si l'immeuble projeté est de nature à porter atteinte à une perspective monumentale. Pour apprécier si un refus est légal, le juge peut ou bien déterminer la signification de l'expression « perspective monumentale » ou bien rechercher si tel lieu possède ou non le caractère d'une perspective monumentale. S'il emprunte la deuxième voie, il n'aura pas en apparence interprété le texte, mais seulement qualifié le fait. L'opération se présente comme une subsomption : dès lors qu'il existe une classe, il suffit de rechercher si un objet présente les critères d'appartenance à cette classe pour pouvoir l'y affecter. Mais en réalité, il n'y a un contentieux que parce qu'il n'existe pas de liste des critères d'appartenance à la classe, autrement dit pas de définition. L'affirmation par le juge que tel lieu présente ou ne présente pas le caractère d'une perspective monumentale ne peut évidemment résulter de la seule observation du lieu et constitue bien une définition de la perspective monumentale.

Tout se passe en réalité comme si le juge avait interprété le texte. D'ailleurs, les juristes ne s'y trompent pas lorsque pour donner le sens d'une expression, ils donnent de longues listes des cas où le texte qui la contient a été appliqué.

Le juge a en effet déterminé l'extension du concept. Cette définition ne peut être que volontaire, mais elle offre par rapport à l'interprétation avouée du texte un double avantage. En premier lieu, elle ne se présente pas comme une interprétation. Or, il est quelquefois difficile à un juge d'admettre qu'il interprète, lorsque, comme c'est le cas par exemple du droit français, le droit positif ne l'habilite pas expressément à le faire et encore plus difficile lorsque, comme en France sous la Révolution, le droit lui interdit tout simplement d'interpréter. D'autre part, elle n'a pas à être justifiée par référence à l'une des méthodes d'interprétation canoniques, puisque ces méthodes ne valent que pour les textes. Enfin, la qualification du fait ne vaut en principe que pour le cas concret, si bien que, comme la définition qu'il a fallu employer est restée implicite, le juge ne peut être lié par ses propres formulations.

LE POUVOIR DE L'INTERPRÈTE

Dès lors que l'interprétation est une opération de la volonté et qu'elle porte aussi bien sur des faits que sur des énoncés, elle doit être comprise comme l'exercice d'un pouvoir considérable. Analyser ce pouvoir, c'est déterminer son fondement, son siège, les normes qu'il permet de produire et les limites dans lesquelles il s'exerce.

Le fondement du pouvoir

Le fondement du pouvoir de l'interprétation réside dans la validité de l'interprétation qu'il produit.

Cette interprétation n'est pas en effet susceptible d'être vraie ou fausse. Cela ne tient pas, comme on l'écrit parfois, au fait qu'il n'existe pas d'interprétation standard à laquelle on pourrait comparer celle qui émane de l'interprète authentique. L'absence d'une interprétation standard pourrait seulement servir d'argument à la thèse qu'on ne peut pas démontrer la vérité ou la fausseté de l'interprétation authentique, mais non pas à celle qui concerne le statut logique de l'interprétation authentique. En réalité, on ne peut pas non plus démontrer la vérité ou la fausseté de l'interprétation scientifique. Celle-ci n'en est pas moins logiquement susceptible d'être vraie ou fausse. Mais pour ce qui concerne l'interprétation authentique, si elle ne peut être vraie ou fausse, c'est seulement parce que, quel que soit son contenu,

May 11, 2011 14:23 7/10

l'ordre juridique lui confère des effets. Elle est la décision de conférer un sens à un énoncé ou à un fait et une décision ne peut être ni vraie ni fausse, mais seulement valide ou non valide dans un ordre normatif donné.

La validité de la décision interprétative est exclusivement formelle, c'est-à-dire qu'elle ne résulte que de la compétence juridique de l'autorité qui la prend et non pas de son contenu, ni même des méthodes par lesquelles elle est justifiée. Le fait qu'une autorité a eu recours à telle ou telle méthode d'interprétation n'a aucune incidence sur la validité. Cela ne tient pas à la distinction bien connue du *context of justification* et du *context of discovery,* c'est-à-dire au fait que la décision a pu être prise pour des raisons toutes différentes de celles qui sont invoquées pour la justifier. L'ordre juridique en effet attache des conséquences non à la méthode, invoquée ou réellement employée, mais seulement à l'exercice par une autorité habilitée de la compétence qui lui a été conférée. Quelle est alors cette autorité ? Qui doit être considéré comme un interprète authentique ?

L'auteur de l'interprétation

Si l'interprétation authentique est seulement celle à laquelle l'ordre juridique attache des effets, celle qui ne peut être contestée et qui par conséquent, dans le cas de l'interprétation d'un texte, s'incorpore à ce texte, alors l'interprète est toute autorité compétente pour donner cette interprétation.

Il s'agit naturellement tout d'abord des juridictions suprêmes. Mais il y a en outre bien d'autres autorités ayant la compétence pour donner des interprétations authentiques. Celles qui, bien que non juridictionnelles, peuvent donner une interprétation incontestable devant une juridiction quelconque. La Constitution française de 1958 en offre quelques exemples : Le président de la République interprète seul les termes de l'article 16 et décide ce que signifient les expressions « menace grave et immédiate » ou « interruption dans le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ». On peut d'ailleurs noter que l'interprétation peut, comme dans le cas de l'arrêt Gomel, porter soit sur le texte, soit sur les circonstances. De même, c'est lui qui décide que dans l'article 13 l'expression : « Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres » signifie qu'il a le droit de ne pas les signer[1]. De même encore, c'est le Parlement qui décide ce

[1] Ce pouvoir d'interprétation du président de la République n'a pas été aussi ignoré des acteurs politiques que des juristes. Ainsi, Alain Peyrefitte rapporte cette remarque du ministre de Broglie au conseil des ministres du 19 septembre 1962, à propos de la révision de la constitution par la voie de l'article 11 : « Personne n'a parlé du pouvoir d'interprétation de la constitution par le président de la république. C'est un pouvoir fondamental et, au moins implicitement, inclus dans la constitution. C'est justement dans les cas où les juristes sont divisés entre eux que le président de la République doit user de ce pouvoir. Il a les moyens de le faire en faisant appel au peuple souverain, suivant le droit qui lui en est expressément reconnu. Il constate les discussions entre juristes. Il donne son sentiment, et le peuple tranche. » D'après A. Peyrefitte, de Gaulle ne répond rien (Alain Peyrefitte, *C'était de Gaulle,* Paris, Fayard, 1994, p. 230).

qu'est la « haute trahison », dont le président de la République peut se rendre coupable. C'est d'ailleurs ce qu'avait très bien exprimé Gerald Ford, alors leader républicain du Sénat, selon lequel les « high crimes and misdemeanors », qui justifient l'impeachment du président des États-Unis, sont ce que décide le Sénat.

On remarque que l'interprétation authentique donnée par une autorité non juridictionnelle est si bien une décision qu'elle peut être parfois interprétée par une autre autorité comme criminelle. Tel est bien le cas de l'article 16 de la Constitution de 1958 : le président de la République peut bien interpréter telle ou telle circonstance comme justifiant la mise en œuvre des pouvoirs de crise, cette interprétation peut elle-même être interprétée par le Parlement comme constitutive du crime de haute trahison. Si le premier prend sa décision en considérant la possible décision du second, l'interprétation authentique est une activité exercée en commun et son produit est le résultat d'un rapport de forces entre autorités compétentes.

Le produit de l'interprétation

Si l'interprétation est bien une décision, cette décision a pour objet la production de normes appartenant au niveau de l'énoncé interprété. Ainsi selon la formule souvent citée de l'évêque Hoadly :

> whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them[1].

Par conséquent, une cour chargée, comme notre Cour de cassation, de contrôler l'application des lois, donc de les interpréter, doit être considérée comme disposant d'un pouvoir législatif. Il ne s'agit pourtant que d'un pouvoir législatif partiel. La raison n'est pas, comme on pourrait être tenté de le croire, que, avant toute interprétation, il faut que le texte ait été adopté par le pouvoir législatif « officiel », Le pouvoir d'interpréter peut en effet s'exercer sur n'importe quel texte et des normes de niveau législatif peuvent être greffées sur les énoncés les plus divers. Non, si cette cour n'est

[1] Cité par J. Gray, *The Nature and Sources of the Law,* 2e éd., 1927, p. 102. Citation reprise par Hans Kelsen, *General Theory of Law and State,* New York, NY, Russell & Russell, 1945, réédit., 1961, trad. franç. *Théorie générale du droit et de l'État,* Paris, LGDJ, 1997, p. 152 de l'édition américaine.

May 11, 2011 14:23 8/10

que colégislateur, c'est parce que sa décision peut toujours être surmontée par un nouveau texte. Sans doute ce nouveau texte, à son tour, pourra-t-il être lui aussi interprété, mais dans l'épreuve de force qui s'instaure, la cour n'est pas certaine d'avoir le dernier mot.

De la même manière, une cour constitutionnelle est, elle, coconstituante. Elle aussi peut interpréter librement la constitution et son interprétation peut se greffer sur les énoncés constitutionnels les plus divers ou même se produire en l'absence d'énoncé, comme elle le fait parfois lorsqu'elle proclame des principes non écrits. Mais, elle aussi peut voir ses décisions surmontées par un nouveau texte constitutionnel, produit par le pouvoir constituant. Ce n'est que dans le cas où la cour parviendrait à se doter du pouvoir de contrôler largement la validité des lois de révision constitutionnelle, qu'elle devrait être considérée non comme coconstituant, mais comme pouvoir constituant tout court.

Mais l'interprétation authentique est surtout une source de pouvoirs formidables si elle permet à une autorité d'étendre sa compétence. C'est le cas lorsque cette compétence résulte de textes qu'elle interprète elle-même. La Cour suprême des États-Unis a ainsi interprété en 1803 la Constitution américaine de telle manière que ce texte lui confère le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel français a procédé de la même manière en France en 1971.

À ce point, la théorie réaliste de l'interprétation se voit fréquemment opposer un raisonnement par l'absurde : elle aboutirait à renverser complètement la hiérarchie des normes ; la constitution en effet ne serait une norme que par l'interprétation du législateur, la loi par celle des tribunaux et ainsi de suite jusqu'à l'exécution matérielle, si bien que l'autorité suprême serait le policier[1].

L'objection peut néanmoins être facilement écartée. La hiérarchie de l'ordre juridique n'est nullement une hiérarchie d'énoncés ou de textes. Entre deux textes, il ne peut exister de rapport hiérarchique, mais seulement entre les contenus ou significations de ces textes. Mais si quelqu'un détermine simultanément la signification du texte de la constitution et celle du texte de la loi, c'est-à-dire s'il détermine les deux normes, il établit du même coup l'existence d'une hiérarchie entre eux, qui est non pas inverse, mais identique à la hiérarchie telle qu'on la présente habituellement. La norme législative, telle qu'elle est déterminée par le processus de l'interprétation, trouve le fondement de sa validité ou, si l'on préfère, est présentée comme obligatoire, en raison de sa conformité avec la norme législative, telle qu'elle est elle-même

[1] Denys de Béchillon, L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation, réflexions critiques, in *Revue de la Recherche juridique,* 1994-1, p. 247. Et la réplique de Michel Troper, même revue, p. 267.

May 11, 2011 14:23 9/10

déterminée par l'interprétation. Autrement dit, de ce que la validité provient du processus de production de normes inférieures, il résulte non que la hiérarchie est inversée, mais seulement qu'elle doit être considérée comme interne au discours de l'interprète.

Quant à l'idée que c'est le policier qui interpréterait la décision du tribunal, elle n'est pas fausse, mais on ne peut s'en tenir là et oublier que cette interprétation n'est nullement authentique. Elle est susceptible d'être contestée et anéantie par celle d'un autre tribunal. En d'autres termes, selon la théorie réaliste, la hiérarchie des normes reflète celle des pouvoirs.

La liberté de l'interprète

On oppose alors à la théorie réaliste une autre objection selon laquelle l'interprète, notamment lorsqu'il s'agit d'un juge, est soumis à des contraintes multiples, de sorte qu'on ne saurait dire qu'il est libre et qu'il exprime sa volonté[1]. Cet argument repose en réalité sur une confusion entre libre arbitre et liberté au sens juridique.

Au sens juridique, la liberté n'est pas autre chose que le pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire le droit d'un sujet ou d'un organe d'adopter la conduite qu'il veut ou de donner le contenu de son choix aux normes qu'il a le pouvoir d'énoncer. Cette liberté est naturellement différente du libre-arbitre et nul ne songerait à défendre la thèse philosophique que, dans une monarchie absolue, le roi, parce qu'il a le pouvoir de tout faire, échappe à tout déterminisme.

Il existe évidemment des contraintes multiples qui déterminent le comportement des organes[2]. Non seulement la théorie réaliste ne le conteste pas, mais elle permet même de les mettre en évidence bien mieux que la thèse opposée, selon laquelle l'interprétation serait un acte de connaissance. Si l'on admet en effet qu'il existe un sens caché, que l'interprétaiton aurait pour tâche de révéler, alors la portée d'une théorie déterministe est très limitée. Elle peut seulement expliquer quelles sont les causes notamment psychologiques ou politiques, qui ont empêché l'interprète de découvrir ce sens ou l'ont conduit à le nier. Mais dès lors qu'il s'agit de comprendre le contenu de l'interprétation, la théorie de l'interprétation-connaissance ne peut que rechercher si l'interprète s'est bien conformé aux obligations que lui prescrivaient les

[1] Cette objection est notamment formulée par Denys de Béchillon, dans l'article précité et par le doyen Vedel dans l'exposé résumé au chapitre suivant.

[2] Cf. Le chapitre suivant.

directives d'interprétation. Au contraire, la théorie réaliste, qui admet que l'interprète dispose d'une grande liberté juridique, peut rechercher les facteurs qui déterminent l'usage qu'il fera de cette liberté pour donner au texte telle signification plutôt que telle autre.

Elle conduit d'ailleurs à distinguer parmi ces facteurs ceux qui sont d'ordre psychologique, sociologique ou politique et ceux qui sont proprement juridiques. Ces derniers sont ceux qui proviennent du système juridique lui-même. Ils ne se confondent nullement avec l'obligation.

Par système juridique, on entend ici à la fois l'ensemble des organes dotés de compétences normatrices et des concepts employés dans le raisonnement juridique. Dans le choix d'une décision, en particulier d'une décision interprétative, une autorité tient compte des décisions que pourraient prendre les autres organes du système, si son raisonnement s'inscrit dans un ensemble de concepts qu'elle a déjà elle-même employés ou qui sont employés par d'autres. On peut dire alors que sa décision a obéi à des contraintes spécifiquement juridiques et qui ne sont explicables que si l'on accepte de les distinguer des obligations.

La théorie réaliste permet ainsi de concevoir la science du droit comme une science causale, sans la confondre pour autant avec une sociologie ou une psychologie juridique.

May 11, 2011 14:23 10/10

CHAPITRE VI

*La liberté d'interprétation du juge constitutionnel**

La reconnaissance par la théorie du droit d'un pouvoir discrétionnaire des juge pose à la théorie politique un problème redoutable, celui de la légitimité de ce pou voir dans un système démocratique. C'est cet enjeu qui explique l'ampleur du déb sur l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire. Quoique le pouvoir des juges n tienne pas seulement à son pouvoir d'interprétation, car il peut aussi résulter de faculté de choisir le texte de référence, d'apprécier les faits ou encore de détermin le montant de la réparation ou le quantum d'une peine, c'est surtout sur l'existenc de ce pouvoir d'interprétation que porte la discussion. C'est particulièrement vr dans le cas du contrôle de constitutionnalité des lois, puisque les cours n'ont qu rarement à examiner des questions de fait ou à déterminer le montant d'ur réparation.

La question de la liberté des juges fait ainsi l'objet de la réduction suivante : I juge est-il libre d'interpréter les textes qu'il est chargé d'appliquer ? Il est devenu cla sique de traiter la question ainsi réduite en reprenant une opposition formulée p Kelsen de manière particulièrement éclairante entre deux groupes de théories[1]. L unes admettent que tout texte possède une signification unique, « véritable » et qu appartient au juge de la découvrir par des méthodes appropriées. L'interprétatio serait ainsi une fonction de la connaissance et le produit de cette opération serait su

* Cet article reprend le texte d'un exposé prononcé au Centre de philosophie du droit de l'Université Paris II, au cours d'un débat avec le doyen Vedel le 27 avril 1993. Je tiens à exprimer ma reconnaissance doyen Vedel, qui avait eu la générosité de me communiquer ses notes, qu'il n'a malheureusement pas eu le lo sir de publier, pour me permettre de préparer mon propre exposé.

[1] H. Kelsen, *Théorie pure du droit,* Paris, Dalloz, trad. franç. de la 2e éd. all. par Ch. Eisenmann, 196 p. 453 et s. ; cf. M. Troper, Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique, in *Rev internationale de philosophie,* n° 138, 1981, p. 518 et s.